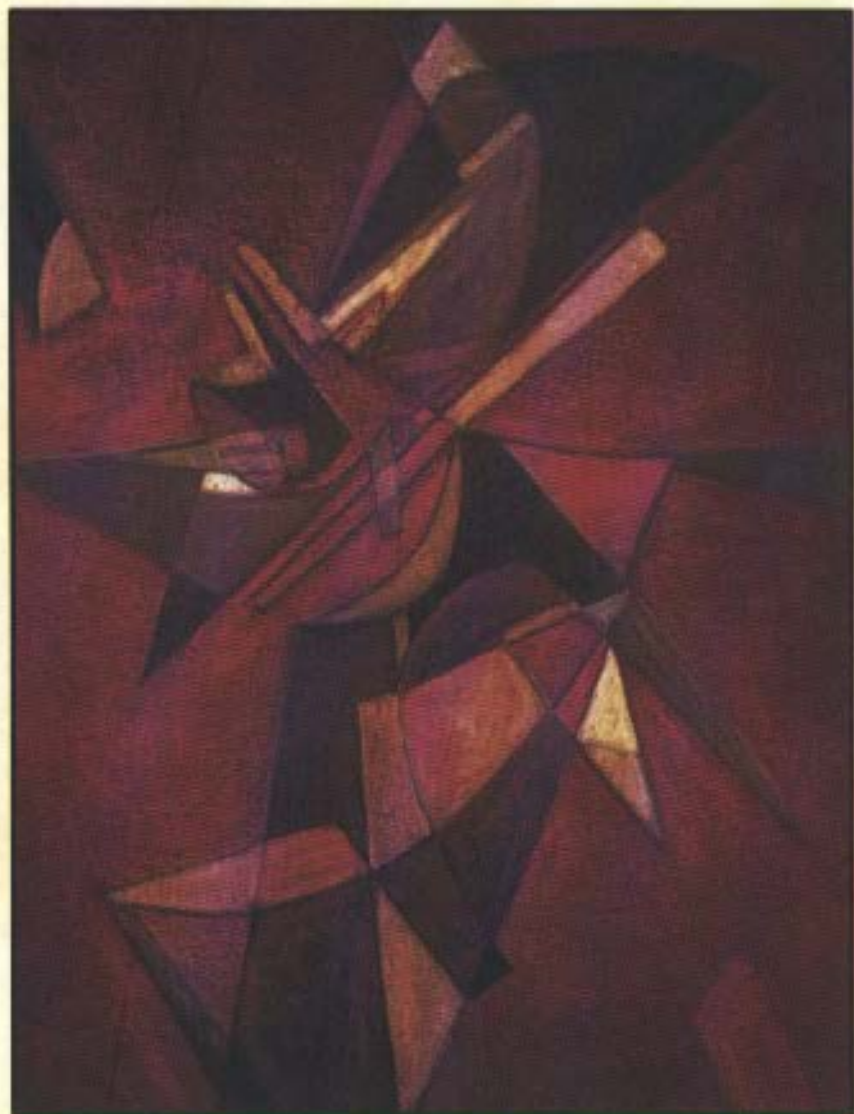


THĒMIS

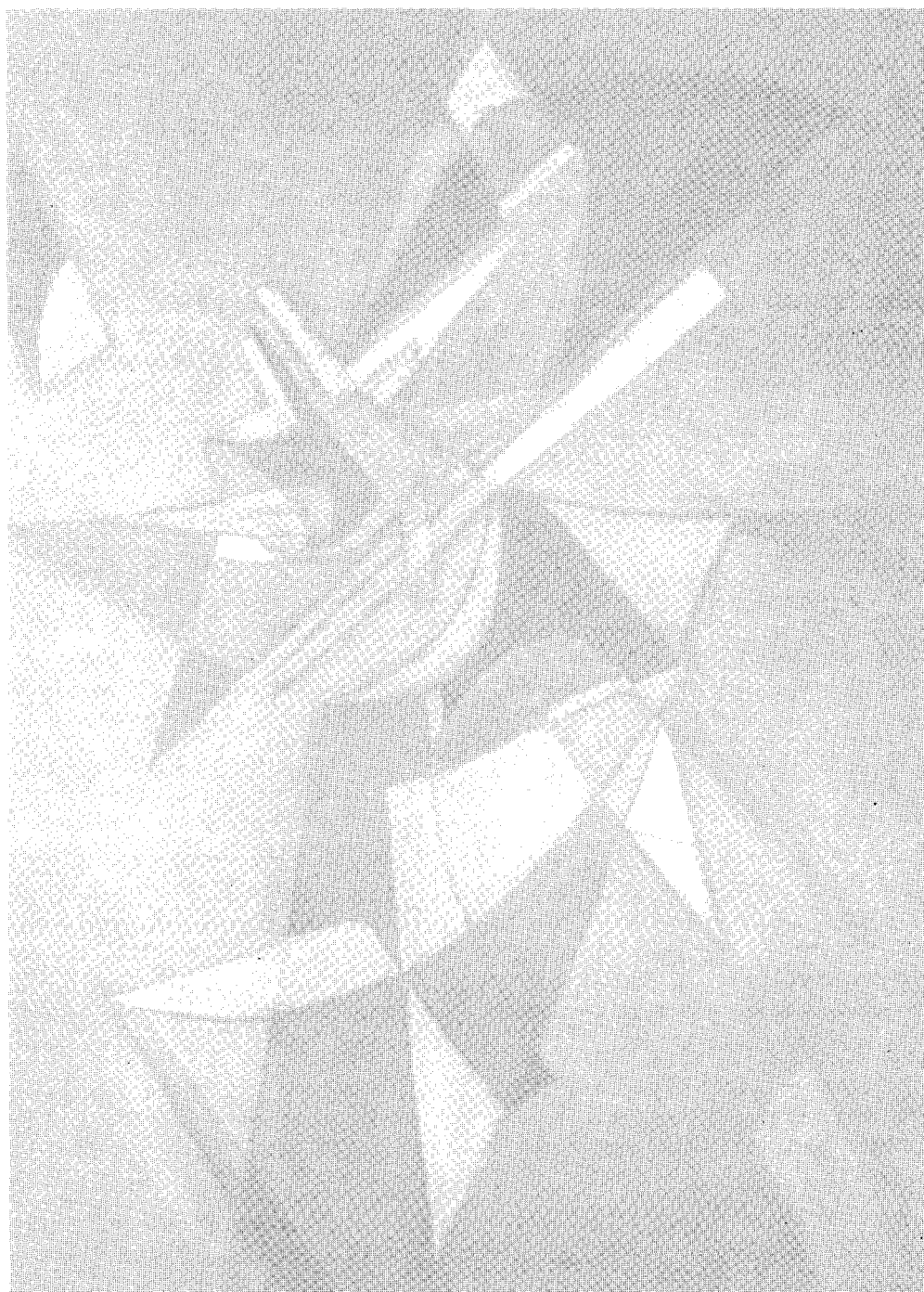
Revista de Derecho



Herbert J. Hovenkamp • Robert H. Bork • Richard A. Posner • George L. Priest
Douglas G. Lichtman • Jonathan B. Baker • Alfredo Bullard • Luis Diez Canseco
José Távara • Alejandro Falla • Eduardo Quintana • Ian Ayres • Robert H. Gertner
Iván Santos Esteras • Maite Vizcarra • Juan José Martínez • Daniel Abramovich
Gerardo Solís • Andrés Bayly • George J. Stigler • Amartya Sen • Owen M. Fiss
Juan Francisco Rojas • Joselyn Olaechea • Alberto Rebaza • Enrique Felices
Javier de Belaunde • Samuel Abad • Luis Pásara • Ernesto de la Jara



Fernando de Szyszlo
Sin título
Óleo sobre lienzo.
162 x 130 cm., 1952



THĒMIS

Revista de Derecho

THEMIS-Revista de Derecho desea agradecer de manera muy especial al señor **Fernando de Szyszlo** por habernos cedido gentilmente la pintura que presentamos en la carátula de la presente edición.

Prohibida la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación sin autorización expresa de la Revista.

PRESENTACIÓN

La “mera cultura jurídica” no sirve por sí sola para solucionar los complejos problemas a los que se enfrenta nuestra sociedad. Ésta debe acompañar su análisis con otras disciplinas que le permitan entender la causa de tales problemas y que le faciliten los instrumentos necesarios para diseñar soluciones.

La apertura del mercado en el Perú durante la década de los noventa generó un nuevo reto para el sistema jurídico nacional: interrelacionar la técnica del Derecho con la técnica de la Economía para emitir normas y sanear patologías que pudieran generar imperfecciones en el mercado. La apertura del mercado naturalmente trajo consigo la necesidad de elaborar y aplicar Políticas de Libre Competencia en las cuales el Derecho y la Economía jugaron el rol principal.

Pero ni la elaboración ni la aplicación de tales políticas son estáticas. Por el contrario, el dinamismo del mercado y los constantes adelantos tecnológicos obligan al Derecho a infiltrarse cada vez más en los fundamentos económicos y tecnológicos para reformular dichas políticas. La “mera cultura jurídica”, en este caso, es notoriamente insuficiente y por sí sola nunca lograría cumplir el objetivo del Derecho de la Competencia: lograr el mayor beneficio posible para los consumidores.

La presente edición de THEMIS - Revista de Derecho pretende acercar a nuestros lectores a este dinamismo. El actual desarrollo de las industrias de redes, por ejemplo, requiere que la aplicación de las Políticas de Libre Competencia para el mercado informático sea entendida de distinta manera que para el mercado de transporte por ferrocarril (cuyos trust dieron origen a la primera ley de competencia en Estados Unidos en el año 1890).

Sobre el particular, en la presente edición el lector podrá encontrar trabajos relacionados con la adaptación del Derecho de la Competencia a las nuevas tecnologías y su aplicación en el mercado de softwares y hardwares, en el mercado de tarjetas de crédito y en el mercado de aerolíneas. Asimismo, podrá encontrar comentarios y conclusiones acerca de cómo la nueva economía ha influido en el Derecho de la Competencia. Tales artículos han sido elaborados por Richard Posner y Douglas Lichtman –profesores de la Universidad de Chicago–, George Priest –profesor de la Universidad de Yale– y Jonathan Baker –miembro de la agencia de competencia norteamericana–.

Sin embargo, no hemos restringido el contenido de la presente edición a la “nueva libre competencia”. Además, el lector podrá encontrar trabajos clásicos que han servido como instrumento didáctico para comprender los inicios y problemas del Derecho de la Competencia. Tales artículos han sido elaborados por Herbert Hovenkamp –profesor de la Universidad de Iowa– y Robert Bork –ex profesor de la Universidad de Yale–.

Pero ello no nos basta. La voz de los especialistas nacionales sobre el actual Derecho de la Competencia en el Perú y Latinoamérica resulta imprescindible para comprender dónde estamos y hacia dónde vamos. El lector podrá encontrar en la presente edición artículos elaborados por Alfredo Bullard, Luis Diez Canseco, José Távara, Alejandro Falla y Eduardo Quintana. Asimismo, no hemos dejado de lado el debate y, por ello, podrá encontrar una mesa redonda sobre el nuevo cambio de precedente aplicable a las concertaciones de precios en la cual participan Juan Francisco Rojas, Joselyn Olaechea, Alberto Rebaza y Enrique Felices.

Por otro lado, les presentamos en nuestra sección Miscelánea distintos artículos relacionados al Derecho Societario, a las Políticas Regulatorias y al Derecho Contractual. Respecto a este último, el lector podrá encontrar un artículo clásico (y vastamente citado en varios trabajos sobre el tema) escrito por Ian Ayres –profesor de la Universidad de Yale– y Robert Gertner –profesor de la Universidad de Chicago–.

Adicionalmente, no podríamos hablar de una poco útil “mera cultura jurídica” sin acercar a nuestros lectores trabajos de dos Premio Nobel de Economía. En nuestra sección Interdisciplinaria podrá encontrar trabajos de George Stigler y Amartya Sen.

Finalmente, les presentamos una mesa redonda sobre la Reforma del Poder Judicial, la misma que cuenta con la participación de Javier de Belaunde, Samuel Abad, Luis Pásara y Ernesto de la Jara y una entrevista efectuada a Owen Fiss –profesor de la Universidad de Yale– sobre violencia y educación.

Esperamos que la lectura de la presente edición cumpla su objetivo: enriquecer los conocimientos de nuestros lectores sobre la utilidad práctica del Derecho. Esperamos, además, satisfacer las expectativas que pudieran ser generadas por la lectura de esta presentación.

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

COMITÉ DIRECTIVO

Diego Carrión Álvarez Calderón
Cristina Ferraro Delgado
José Luis Gargurevich Valdez
Alejandro Manayalle Chirinos
Michel Seiner Pellny
Augusto Townsend Klinge

MIEMBROS

Luis Enrique Adrianzen Trint
Edgar Aguirre Ramos
Agnes Arbaiza Mejía
Fabiola Baquerizo Micheline
Sebastián Basombrío Dughi
Gonzalo Bernal Neumann
Daniel Cabrera Morgan
Javier Calmell del Solar Monasi
Vanessa Chávarry Meza
Nicolás Cornejo Germer
Javier de Belaunde de Cárdenas
Federico de Cárdenas Romero
Fernando de la Flor Koechlin
Walter Esquivel Valera

Edgardo Gamarra Bellido
José Goyburu Vassallo
Sheila La Serna Jordán
Ursula Martínez García
Vasco Mujica Roggero
Lucía Olavarría Salinas
Mariela Pérez-Costa
Diego Portocarrero Koechlin
Víctor Rodríguez Macedo
Angela Ruiz de Somocurcio
Michelle Salcedo Teullet
Cynthia Siles Estabridis
Eduardo Valdizán Sala
Diego Villanueva Contardo

Percy Wilman Arriarán

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Carlos Cárdenas Quirós
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Manuel de la Puente y Lavallo

Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS - Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los
autores y entrevistados en la presente edición.

Asociación Civil **THEMIS – Revista de Derecho**

2do. Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 460-2870 anexo 656.

Fax: 461-3465

Correo Electrónico: themis@pucp.edu.pe

<http://www.revistathemis.com>

TEMA CENTRAL: LIBRE COMPETENCIA

<i>Hebert J. Hovenkamp</i> Política <i>antitrust</i> , federalismo y la teoría de la firma: una perspectiva histórica	7
<i>Robert H. Bork</i> La regla de la razón y el concepto <i>per se</i> : fijación de precios y reparto de mercados	19
<i>Richard A. Posner</i> El derecho <i>antitrust</i> en la nueva economía	63
<i>George L. Priest</i> Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno derecho <i>antitrust</i> a las industrias de redes	75
<i>Douglas G. Lichtman</i> Derechos de propiedad en tecnologías de plataforma emergentes	99
<i>Jonathan B. Baker</i> Monitoreando los desarrollos en el derecho <i>antitrust</i>	121
<i>Alfredo Bullard</i> El regreso del Jedi (o de la discrecionalidad en la aplicación de las normas de libre competencia)	129
<i>Luis Diez Canseco y José Távara</i> Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú	159
<i>Alejandro Falla y Eduardo Quintana</i> Construyendo una estrategia común: el derecho de la competencia en la comunidad andina	175

MISCELÁNEA

<i>Ian Ayres y Robert H. Gertner</i> Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre las reglas supletorias	195
<i>Iván Santos Esteras y Maite Vizcarra</i> Las obligaciones de no discriminación en los mercados emergentes de telecomunicaciones: una aproximación a la experiencia española	223

Juan José Martínez

Los objetivos de la regulación del mercado de valores en la legislación nacional: análisis crítico

235

Daniel Abramovich Ackerman

La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley General de Sociedades

243

Gerardo Solís y Andrés Bayly

Educación pública: una mala receta para un pésimo plato por qué devolverle a los privados el control de la educación estatal

255

INTERDISCIPLINARIAS

George J. Stigler

El proceso y el progreso de las ciencias económicas

267

Amartya Sen

El valor universal de la democracia

277

MESA REDONDA

Juan Francisco Rojas Leo, Joselyn Olaechea,

Alberto Rebaza y Enrique Felices

¿"Regla per se" o "regla de la razón"?: premisas y efectos de un cambio

287

Samuel Abad, Javier de Belaunde L. de R.,

Ernesto de la Jara y Luis Pásara

Reforma del Poder Judicial: refundando el sistema de justicia en el Perú

297

ENTREVISTA

Owen M. Fiss

Violencia, debido proceso y educación en Latinoamérica

307

¿Qué está leyendo, ... Enrique Felices?

The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself

311

POLÍTICA ANTITRUST, FEDERALISMO Y LA TEORÍA DE LA FIRMA: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA*

Herbert Hovenkamp **

El conflicto entre la normativa antitrust estatal y federal, es la base histórica sobre la cual se forjó el Derecho Antitrust en los Estados Unidos. La aplicación de normas de uno y otro tipo reflejan cómo el derecho en sus inicios se enfrenta a una coyuntura complicada: muchas veces lo que se necesita es que los legisladores dejen de lado intereses personales y busquen la salida más favorable para el mercado y los consumidores.

La confluencia de ambas regulaciones complican su aplicación en el caso concreto, y es por ello que se nos expone la evolución que se fue desarrollando en el Derecho Antitrust, los modelos permitidos para el desarrollo de los trusts y demás formas de combinaciones, con los diversos problemas que presentaban dependiendo de las normas que se le aplicasen.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Antitrust Law Journal No. 59, bajo el título "Antitrust Policy, Federalism, and the Theory of the Firm: A Historical Perspective". La publicación se hace bajo expresa autorización de Herbert Hovenkamp. La traducción fue realizada por Javier Calmell del Solar Monasí, Miembro de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Domingo Rivarola Reisz, Master en Derecho por la Universidad de Virginia, becario del programa John M. Olin para el Análisis Económico del Derecho.

** Ben and Dorothy Willie Professor de la Universidad de Iowa.

Uno de los grandes mitos acerca de la política *antitrust*¹ americana, es que las cortes comenzaron a adoptar un enfoque económico para los problemas de las prácticas *antitrust* sólo en un pasado reciente. A lo sumo, esta “revolución” en la política *antitrust* tan sólo representa un cambio en los modelos económicos subyacentes porque lo cierto es que dicha política ha estado constantemente condicionada por la ideología económica desde sus inicios.

Me gustaría argumentar que las raíces del enfoque económico de la política *antitrust* radican en una controversia histórica acerca de qué soberanía, la estatal o la federal, debería tener la responsabilidad primaria de determinar la estructura de la industria americana y de sus empresas. Los estados tradicionalmente prefirieron un enfoque no económico al problema de los monopolios, derivado del Derecho Corporativo Estatal. La Sherman Act² se presentó como una alternativa basada en un enfoque económico derivado del *common law* de los contratos y de las combinaciones restrictivas de la competencia. Yo creo que cualquier evaluación sobre política de fusiones que se dé en el nuevo siglo debe poner un mayor énfasis en el rol del Derecho Corporativo Estatal. Sin duda, el más evidente fracaso de la política *antitrust* de estos tiempos fue la falta de habilidad del Derecho Corporativo Estatal, de desarrollar una política sobre fusiones anticompetitivas, puesto que en lugar de ello los estados adoptaron un modelo basado en el *common law* de los contratos restrictivos de la competencia. Históricamente, el Derecho Corporativo Estatal ha sido bastante aprehensivo en relación con la estructura corporativa y por ello la ha regulado de cerca. Aunque la ley de los contratos restrictivos de la competencia era poco tolerante a acuerdos restrictivos de la competencia entre las empresas, era bastante tolerante a las decisiones de los empresarios respecto de cuál debería ser el tamaño apropiado de su propia empresa. El *common law* de los contratos restrictivos de la competencia, no había sido utilizado generalmente para condenar fusiones hasta antes de 1890³, aunque sí había sido utilizado para invalidar pactos de no competencia contenidos en acuerdos de

fusiones. Esto sugiere que la política de fusiones de los estados debe basarse en el actual Derecho Corporativo.

Para 1900, la palabra *trust*⁴ se encontraba bien establecida en el léxico de los políticos, economistas y abogados. Pero el concepto de normas *antitrust* evolucionó en dos sentidos distintos. El primer sentido, que se podría denominar el modelo estructural, que estaba ya establecido en el Derecho Corporativo Estatal, y que se basa en una mezcla de leyes del Congreso y de reglas nacidas en el *common law*. El segundo sentido, que se podría denominar modelo estratégico, estaba generalmente relacionado con las reglas del *common law* sobre los contratos restrictivos de la competencia. Tanto el Derecho Estatal como Federal se ocupaban de combinaciones empresariales, tales como carteles, bajo las reglas del *common law*. El Derecho Corporativo Estatal fue bastante irrelevante en casos de carteles como *Trans-Missouri*² o *Addyston Pipe*³, ya que éstos no eran más que simples acuerdos entre competidores sobre precios o sobre la oferta de bienes o servicios. Pero las fusiones de empresas hicieron surgir un problema totalmente diferente: ¿cuál es la correcta relación entre el derecho de la persona natural –reconocido en cada estado– de formar una empresa y la política pública antimonopolios? Claramente, la unión de dos o más personas en una corporación, lícita bajo las leyes estatales, no es automáticamente una combinación ilegal o una conspiración en contra de la competencia.

Los académicos innovadores se inclinaron a creer que lo malo de los *trusts* que daban por resultado una empresa monopólica era causado por una falla en el Derecho Corporativo Estatal. Por lo menos desde la opinión del Presidente de la Corte Suprema Federal, el Juez Taney, en el caso *Bank of Augusta vs. Earle*⁴ (1839), en la que se estableció que una corporación sólo existe si cumple las reglas o normas del estado en el que se constituye y no puede trasladarse a otro estado sin permiso; quedó claro que las corporaciones tienen los poderes que el estado les haya otorgado. Por consiguiente, si el *trust* monopoliza el mercado multiestatal debe ser porque existe algún problema en

¹ Nota de Traductor: El término “*antitrust*” se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado.

² Nota de Traductor: Se usa el término “*act*” como sinónimo de “*statute*”. Ambos aluden al producto final del proceso deliberativo llevado a cabo en un Congreso, ya sea de nivel federal o estatal. En otros términos, “*act*” o “*statute*” alude a “ley” como producto del Congreso que regula una serie indeterminada de conductas. La versión original de la “Sherman Act” fue publicada el 2 de julio de 1890.

³ POPE. “The Legal Aspect of Monopoly”. En: Harvard Law Review No. 20. pp. 167-181, 1907.

⁴ Nota de Traductor: El término “*trust*” tiene una connotación bastante amplia en el Derecho Anglosajón. Desde su origen en las Cortes de Equidad del Reino Unido, el término se relaciona con confianza en el sentido de buena fe-lealtad y tiene que ver con el estándar de conducta al que está sujeto quien administra un patrimonio ajeno y que lo obliga a cautelar los intereses del beneficiario de dicho patrimonio ajeno. Así, cuando se constituye un fideicomiso regulado en nuestra Ley de Bancos, el patrimonio sujeto al fideicomiso es un “*trust*” en los términos del Derecho Anglosajón. Posteriormente, se comienza a entender por “*trust*” una combinación empresarial, como una fusión de empresas, que tiene efectos monopólicos. En adelante, utilizaremos “*trust*” como sinónimo de concentración empresarial.

² Caso *United States vs. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 166 U.S. 290, 1897.

³ *United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.* 85 F. 271 6th Cir. 1898, *aff’d*, 175 U.S. 211, 1899.

⁴ Caso *Bank of Augusta vs. Earle*, 38 U.S. 13 Pet. pp. 519, 588, 1839.

el sistema de Derecho Corporativo Estatal. Quienes se dedicaban al estudio de las restricciones de la competencia a nivel estatal, buscaron primero la solución en el Derecho Corporativo Estatal. Y cuando éste falló idearon una nueva legislación estatal basada en el *common law* sobre restricciones de la competencia. Algunas de estas normas estatales se inspiraron en ella, y algunas inclusive la antecedieron. Algunas de las primeras normas estatales sobre el tema reconocen que la política *antitrust*, es fundamentalmente un problema corporativo. Por ejemplo, las secciones sustantivas de la legislación de Iowa e Illinois, promulgadas en 1890 y 1891, se aplicaban sólo a corporaciones⁵.

El juez Holmes, en su voto en minoría en el caso *Northern Securities*⁶ (1904) interpretó la Sherman Act como si adoptase únicamente el modelo contractual como solución a los problemas de competencia. Como resultado de ello, concluyó que la Sherman Act no puede ser aplicada para condenar una fusión que eliminaba la competencia entre dos ferrocarriles, la fusión no era un contrato para restringir la competencia sino que era la creación de una nueva corporación. "Me parece imposible", concluyó el juez Holmes, interpretar que la Sherman Act puede "mandar a la prisión a los miembros de una alianza empresarial entre dos corporaciones y más imposible aún decir que prohíbe que un hombre o una corporación compren cuantas acciones quieran en ambas corporaciones"⁷. El efecto lógico del voto en mayoría condenado la fusión podría "desintegrar la sociedad tanto como sea posible hasta llevarla a un nivel que la convierta en átomos individuales"⁸.

Muchos abogados creen que la aproximación que el Congreso adoptó en la Sherman Act, aproximación basada en el *common law* de las restricciones de la competencia, era el más débil de los dos modelos existentes para lidiar con los *trusts* y ello reflejaba una falta de entusiasmo para con el problema entero. Una normativa federal que regule la constitución y capacidad de las corporaciones multiestatales pudiese haber colocado sus decisiones sobre su propia estructura, bajo el control federal. El Congreso podría haber establecido que en los estatutos de las corporaciones se incorporen disposiciones imperativas que regulen los casos de adquisición de una corporación o sus activos por otra corporación, los casos en los que una corporación puede celebrar acuerdos con otra, construir o comprar plantas en otros

estados, o integrarse verticalmente. El gobierno podría incluso haber decidido iniciar procesos judiciales dirigidos a obtener la disolución de corporaciones que violasen dichas disposiciones imperativas. Progresivamente, los abogados y políticos continuaron, por lo menos veinte años después de haberse dado la Sherman Act, clamando por una normativa federal que regulase la constitución y capacidad de las corporaciones.

Pero una importante debilidad del modelo del Derecho Corporativo para controlar los *trusts* consistía en que dicho modelo no permitía distinguir cuál es límite de crecimiento de una corporación eficiente, pasado el cual ésta se convierte en un monopolio indeseable. El enfoque del Derecho Corporativo era demasiado drástico. Por ejemplo, el desarrollo de la regla por la cual los *stock transfer trusts*⁹ calificaban como una alianza empresarial *ultra vires* significaba condenar toda fusión que sea el resultado de un CTA y no sólo aquellas fusiones que dieran por resultado un monopolio. De la misma manera, la regla de Derecho Corporativo que prohibía a una corporación adquirir acciones en otra, prohibía la existencia de *holdings* en general y no sólo de aquellos *holdings* que fueran anticompetitivos.

De hecho, al no dar respuestas ambiguas, el modelo de Derecho Corporativo fue el elegido por la mayoría de las cortes. En el caso del monopolio del azúcar⁹, en el cual se aplicó el Derecho Corporativo de Nueva York para condenar un acuerdo de combinación empresarial, celebrado bajo las reglas del *common law*, que resultó en un monopolio. La corte inferior estableció una regla inspirada en la regulación preexistente, referida a las restricciones de la competencia causadas por la venta de acciones de una empresa con posición de dominio a otra empresa que actuara en el mismo mercado. Para condenar el acuerdo, la corte se basó en que el acuerdo era contrario al interés público porque podría crear un monopolio. La Corte de Apelaciones de Nueva York confirmó la decisión de la corte inferior, pero fundó su decisión enteramente en el Derecho Corporativo. Según la Corte, era "innecesario incursionar en la más amplia discusión sobre monopolios, competencia, restricción de la competencia y los problemas de la política económica". La Corte de Apelaciones por consiguiente condenó la fusión sin importarle las consecuencias anticompetitivas de la misma. Bajo el modelo de Derecho Corporativo, la legalidad de las fusiones no se vio determinada por la política económica sino por los límites imperativos impuestos por las reglas estatales a las cuales

⁵ HOVENKAMP, Herbert. "Enterprise and American Law". pp. 1836-1937, 1990.

⁶ Caso *Northern Securities Company vs. United States*, 193 U.S. 197, 1904.

⁷ Ibid. p. 406.

⁸ Ibid. p. 411.

⁹ Nota de Traductor: Traducimos este término como concentración empresarial por transferencia de acciones o simplemente CTA.

⁹ Caso *People vs. North River Sugar Ref. Co.* 3 N.Y.S. pp. 401, 409-413 Cir. Ct. N.Y. County, *aff'd* 121 N.Y. pp. 582, 626, 24 N.E. p. 834, 1889.

quedaba sujeto el estatuto de una corporación. Según la Corte, el modelo económico debía ser reservado para casos como carteles de empresas no vinculadas, en los que el Derecho Corporativo no es aplicable. Igualmente, en el caso *Merz Capsule*¹⁰, una Corte Federal aplicó el Derecho Corporativo de Michigan para condenar una fusión por adquisición de activos. La Corte encontró innecesario emitir opinión sobre las argumentaciones de los litigantes y su “ilustrada discusión sobre los monopolios, la competencia, las restricciones a la competencia, y los problemas de política económica”¹¹, puesto que la ilegalidad de la transacción bajo las leyes de Michigan era bastante clara.

El Congreso mismo tenía muy buenas razones para no escoger el modelo estructural corporativo cuando dictó la *Sherman Act*. Cuando dicha act se aprobó en 1890, el Derecho Corporativo Estatal seguía pareciendo la solución adecuada para controlar la estructura corporativa. El Derecho Corporativo de la mayoría de los estados limitaba estrictamente las actividades en las cuales las corporaciones podían involucrarse sin violar su estatuto y la mayoría de los estados prohibía a las corporaciones la compra de acciones de otras corporaciones, o la transferencia de sus franquicias o la transferencia de autorizaciones especiales otorgadas por el estado a otras corporaciones. Más aun, las corporaciones eran estrictamente una creación de la ley. Tenían sólo los poderes conferidos por el estado y en la década de 1890 los estados no estaban obligados a permitir que corporaciones constituidas en otros estados hagan negocios dentro sus fronteras. Estas limitaciones hacían parecer que las corporaciones creadas dentro de un estado estaban bajo intenso control de dicho estado.

Sin embargo, las combinaciones empresariales para restringir la competencia eran otra cuestión, sobre todo si se trataba de comercio interestatal. Durante 1890 la *Sherman Act* fue utilizada mucho mejor como un mecanismo contra los carteles que como un mecanismo de control de fusiones que generasen fiscalización de *trusts*. Su eficacia en contra de los carteles se vio reforzada por el rechazo del Juez Peckham a la regla de la razón en el caso *Trans-Missouri*. Por otro lado, en el caso *E.C. Knight*¹² se estableció que la *Sherman Act*, como legislación que iba más allá de la autorización brindada por la Constitución de los Estados Unidos al Congreso Federal para regular la actividad económica, no era aplicable a empresas manufactureras con posición de dominio. Así, dado que en el caso de *Trans-Missouri* se sancionó un cartel de ferrocarriles

interestatales, la lectura conjunta de ambos casos (*Knight* y *Trans-Missouri*) sugería que la *Sherman Act* era la herramienta más efectiva contra los carteles multiestatales, mientras que el Derecho Corporativo Estatal debía ser más efectivo contra las concentraciones empresariales.

I. LA COMBINACIÓN EMPRESARIAL DESARROLLADA A TRAVÉS DE TRES DIFERENTES MODELOS LEGALES

El abogado de *Standard Oil*, S.C.T. Dodd, y el resto de los genios legales que inventaron los *trusts* estaban más preocupados en evitar quedar atrapados en el Derecho Corporativo Estatal. Cada uno de los modelos legales de *trusts* que crearon, estaban claramente diseñados para evadir las limitaciones especiales que los estados habían impuesto a la libertad de las corporaciones. Posiblemente estos hombres carecieron de la visión necesaria para avizorar su vulnerabilidad frente la normatividad que prohibía las combinaciones empresariales restrictivas de la competencia; seguramente sintieron su vulnerabilidad pero decidieron que no se podía hacer nada al respecto. En cualquier caso, la estructura legal de las concentraciones empresariales se encontraba dirigida a permitir las fusiones bajo el marco del Derecho Corporativo Estatal, y no bajo el marco legal que gobernaba las combinaciones empresariales restrictivas de la competencia.

A pesar de que las transacciones entre empresas que daban por resultado una empresa con posición de dominio eran negociadas individualmente y cada una era diferente, cualquier adquisición de empresas de fines del siglo diecinueve se organizaba bajo alguno de los siguientes tres modelos legales: (1) la concentración por transferencia de acciones; (2) la combinación por adquisición de activos; (3) la creación de una corporación holding. Cada uno de estos modelos legales generaba sus propios problemas a los funcionarios públicos estatales a cargo de las políticas de competencia.

A. La concentración empresarial por transferencia de acciones

El modelo clásico de *trust* fue el modelo de *trust* por transferencia de acciones (CTA). Este modelo caracterizó algunos de los primeros *trusts*, como el caso de *Standard of Ohio*, por lo menos antes de que la decisión de una corte estatal forzara a dicha *trust* a

¹⁰ Caso *McCutcheon vs. Merz Capsule Co.* 71 F. pp.787,792 6th Cir. 1896.

¹¹ *Ibidem*. p.792

¹² Caso *United States vs. E.C. Knight & Co.* 156 U.S. 1, 1895.

¹³ Caso *Ohio vs. Standard Oil Co.* 49 Ohio St. pp. 137,184. 1892.

reorganizarse como un holding¹³. Este modelo legal fue el que le dio el nombre al movimiento *antitrust*.

En este modelo, los accionistas de diversas corporaciones celebran acuerdos sujetos al *common law* en los cuales transferían sus acciones, a título de fideicomiso, a un grupo común de fideicomisarios a cambio de certificados representativos de las acciones afectadas al fideicomiso. Los fideicomisarios estaban entonces obligados a votar las acciones de acuerdo a los deseos de los titulares de los certificados. Luego, los fideicomisarios tomaban decisiones en relación con la gestión de todas las corporaciones cuyas acciones integran el fideicomiso, y los directorios de cada una de las corporaciones eran también obligados a votar de acuerdo con las órdenes de los fideicomisarios. La concentración empresarial resultante podría variar desde un acuerdo de concertación de precios hasta la efectiva fusión de las corporaciones involucradas que se convierten en una sola corporación. Este conjunto de transacciones estaban diseñadas de tal forma que fuesen legales bajo el Derecho Corporativo de cualquier estado, y no requerían que se cambiase la estructura legal de las corporaciones participantes. Sin embargo, son acuerdos entre distintas firmas y por ello eran vulnerables bajo el *common law* de las restricciones a la competencia. En el momento en que se crearon los primeros *trusts*, sin embargo, de acuerdo con el *common law* los acuerdos que resultaban en concentraciones empresariales restrictivas de la competencia solamente eran sancionados con la ineficacia de dichos acuerdos respecto de las partes que intervenían en ellos, pero no eran absolutamente ilegales en el sentido que pudieran ser cuestionados por el estado como una cuestión de orden público. Esto convertía a los *trusts* en inmunes a los ataques externos.

Quienes comentaban sobre el tema en esa época estaban convencidos inicialmente que las CTA podrían permitir satisfactoriamente a las corporaciones multiestatales evadir las estrictas regulaciones del Derecho Corporativo Estatal. En 1889 la economista de la Universidad de Brown, Elisha Andrews, escribió con una visión pesimista que los accionistas de las compañías participantes en una CTA no se verían motivados a cuestionar los acuerdos generadores de la concentración empresarial, debido a las ganancias monopólicas que ésta les generaba. Como resultado de ello, las normas sobre restricciones de la competencia serían ineficaces. Además, el estado no

tenía sustento legal para cuestionar una CTA sobre la base del Derecho Corporativo Estatal, porque parecía que las empresas no se encontraban en ningún supuesto que permitiese al estado seguir con éxito un proceso judicial de disolución de las empresas supuestamente infractoras¹⁴.

Pero Andrews subestimó la creatividad de los jueces estatales en su intento por destruir los monopolios. En el caso del cartel del azúcar, la Corte de Apelaciones de Nueva York se basó en que el Derecho Corporativo no permitía a sus corporaciones integrarse con otras corporaciones, y que el *trust* era un acuerdo ilegal. El Derecho de Nueva York prohibió a los accionistas contratar para renunciar a su poder de votación. Más aun, se requirió a las corporaciones que fuesen controladas únicamente por su junta de directores, pero una operación CTA efectivamente transfería el control a los fideicomisarios¹⁵. En general, las CTA encontraron un oscuro destino bajo el Derecho Corporativo Estatal, y, ya en los albores del cambio de siglo, las CTA fueron consideradas una forma de *trust* obsoleta puesto que la mayoría de los estados encontraron la forma de sancionarlas bajo el Derecho Corporativo Estatal¹⁶.

El resultado fue una regla *per se* contra las concentraciones empresariales del *common law*. Las cuestiones económicas sugeridas por el Derecho de los contratos restrictivos de la competencia —es decir, si la extensión de la restricción en el tiempo o en el espacio era razonable o si tendía a crear un monopolio— eran simplemente irrelevantes.

En 1898 William W. Cook concluyó, en su influyente Tratado de Derecho Corporativo, que las decisiones de Standard Oil y del caso del azúcar, “convencieron a los *trusts* que su original forma de organización era ilegal y que debía ser abandonada”¹⁷. Como Ernst von Halle añadió en 1900¹⁸, “Era considerado prudente ceder en el asunto de la forma. Las CTA (...) en su mayoría se reorganizaron y reaparecieron en la forma de gigantescas corporaciones”. Estas corporaciones eran combinaciones por adquisiciones de activos y *holdings*. Muy pocos CTA sujetos al *common law* se organizaron después de 1890.

B. La combinación empresarial por adquisición de activos

La combinación empresarial por adquisición de activos (IAA) evadió los problemas legales particulares que se

¹⁴ ANDREWS. “Trusts According to Official Investigations”. Q.J. Econ. No. 3. pp.117,131-136, 1889.

¹⁵ Caso *People vs. North River Sugar Ref. Co.* 121 N.Y. pp. 582, 623-626, 24 N.E. p. 834, 1889.

¹⁶ Por ejemplo, *Bishop vs. American Preserves Co.* 157 Ill. P. 284, 41 N.E. p. 765, 1895 (la corporación no tenía mayor poder para unirse con otras corporaciones) al igual que el caso *American Preserves Trust vs. Taylor Mfg. Co.* 46 F. 152 Cir. Ct. E. D. Mo. 1891.

¹⁷ COOK. “A Treatise on the Law of Corporations having a Capital Stock”. pp. 915-916, 1898.

¹⁸ VON HALLE, Ernst. “Trusts or Industrial Combinations and Coalitions in the United States”. p. 94, 1900.

presentaban en las CTA. Las corporaciones generalmente tuvieron el permiso de comprar y vender activos productivos. En el modelo IAA una corporación central era formada y luego ésta compraba o arrendaba todos los activos fijos –plantas, equipos, patentes, etc.– de las corporaciones individuales. Las IAA generalmente reflejaban un mayor grado de combinación que las CTA puesto que una simple corporación y un conjunto de accionistas se convertían en los dueños de todos los activos productivos.

En el proceso de sanción en el caso del azúcar, la Corte de Apelaciones de Nueva York sugirió que la combinación lograda solamente sobre la base de una IAA podía haber sido una alternativa legal bajo las leyes de Nueva York. Sin embargo, las empresas hicieron caso omiso a la ruta legal permitida por la Corte. Si es que hubiese existido una IAA “la combinación resultante sería por sí sola una corporación que derivaría su existencia del estado, estando sujeta a deberes y obligaciones frente al estado y al control y supervisión del estado; y no, como aquí, un directorio no constituido, una concentración empresarial gigante y colosal, sin funciones corporativas, y sin lealtad corporativa”¹⁹. La política de Nueva York obviamente prefirió el modelo IAA.

En el renovador Tratado de Fusiones Corporativas de cambio de siglo, el juez Walter Chadwick Noyes se dio cuenta de una limitación importante en las fusiones del tipo IAA: la adquisición de propiedad debía ser “útil o conveniente” para las operaciones de la corporación en la línea de negocio “para el cual se había organizado la corporación”²⁰. Como resultado, adquisiciones horizontales –por ejemplo, la compra de una refinería por parte de uno de sus competidores– eran generalmente lícitas. No obstante, las adquisiciones verticales, como la compra por parte de una refinería de un ferrocarril o de un conjunto de puntos de ventas no sería legal a menos que la firma adquirente tuviese también la autorización respectiva para operar estas líneas de negocio.

La observación de Noyes probablemente fue hecha con poca base conceptual acerca de políticas económicas o de competencia. Pero revelaba una gran inconsistencia entre el Derecho Corporativo sobre fusiones y la emergente legislación *antitrust* que evaluaba las fusiones bajo el Derecho de los contratos restrictivos de la competencia. Economistas ingleses y americanos recientemente habían comenzado a formular modelos económicos que ilustraban las consecuencias en el precio y en las ventas cuando se eliminaba la competencia. Bajo estos modelos, las

fusiones de competidores directos eran las más anticompetitivas. El Derecho sobre combinaciones empresariales restrictivas de la competencia se desarrolló rápidamente y como consecuencia de ello se desarrolló en general una mayor hostilidad que antes hacia los acuerdos entre competidores.

Pero las fusiones horizontales eran las que tenían mayor probabilidad de ser calificadas como legales bajo el Derecho Corporativo Estatal que regulaba las IAA, ya que no iban en contra de las normas imperativas impuestas por los estados que limitaban el objeto social de las corporaciones. Si una corporación decidía refinar petróleo simplemente le bastaba adquirir la refinería de un competidor, y así dicha corporación continuaría dentro de la misma línea de negocio, es decir, simplemente refinando petróleo. La integración vertical era mucho más propensa a violar las limitaciones imperativas al objeto social, aunque bajo la regla de las “transacciones colaterales” desarrollada en la segunda mitad del siglo diecinueve, dicho tipo de combinación era frecuentemente aceptada si se podía demostrar que los activos productivos, verticalmente integrados, eran ventajosos para la línea de negocio autorizada por el estado. Por ejemplo, sería legal para una compañía minera que extrae carbón adquirir una flota de botes para transportar el carbón extraído, o para una compañía ferroviaria adquirir un hotel para alojar a sus pasajeros. Las fusiones “conglomerado” –o la adquisición de activos no relacionados con línea de negocio de la firma adquirente– aparentaban ser la menor amenaza para la competencia. Sin embargo, bajo el modelo de Derecho Corporativo Estatal, estas adquisiciones eran las que tenían mayor probabilidad de ser cuestionadas. Por ejemplo, una corporación que refina petróleo que adquiere una compañía que fabrica zapatos, tendría muchos problemas para explicar por qué dicha operación le permite desarrollar de mejor manera su línea de negocio legalmente autorizada. El eminente escritor de tratados de Derecho Corporativo, Victor Morawetz, consideró como proposición “unánimemente aceptada” que “una corporación no podría incursionar en un negocio totalmente distinto de su actividad principal, solamente con la intención de captar fondos con el propósito de solventar dicha actividad (...)”. Teniendo en cuenta que la preocupación de la política de fusiones de fines del siglo diecinueve era mantener la competencia, económicamente definida, el Derecho Corporativo Estatal realizó un trabajo extraordinariamente pobre al afrontar dicha preocupación. De hecho, el Derecho

¹⁹ Caso *People vs. North River Sugar Ref. Co.* 121 N.Y. pp.582, 624, 24 N.E. pp. 834, 840. 1890 (en referencia al Derecho Corporativo de Nueva York de 1884 ch. 367).

²⁰ NOYES, Walter. “A Treatise on the Law of Intercorporate Relations”. 1909. pp. 202..

corporativo y las normas relativas a los contratos restrictivos de la competencia tenían objetivos contradictorios entre sí²¹.

Las IAA horizontales eran generalmente legales bajo el Derecho Corporativo Estatal, a menos que formaran parte de una conspiración para defraudar a sus acreedores. Si eran condenadas era casi siempre porque las IAA contenían acuerdos no competitivos que eran ilegales bajo el *common law* de las restricciones de la competencia.

Cuando las firmas intentan convertirse en dominantes adquieren los activos de sus competidores, y generalmente les exigen firmar pactos de no competencia que les impedían tener actividad dentro de la misma línea de negocio que el adquirente. Frecuentemente estos pactos cubrían una larga área geográfica y por un tiempo bastante amplio.

Aunque las IAA eran por sí mismas legales, los pactos de no competencia eran calificados algunas veces como contratos para restringir la competencia y por ende eran sancionados²². Pero las reglas sobre pactos de no competencia se encontraban en un proceso de liberalización, y para el cambio de siglo, la mayoría de los pactos de no competencia en el marco de la venta de activos a otras corporaciones eran legales. Por ejemplo, en *Diamond Match Co. vs. Roeber*²³ (1887), la Corte de Apelaciones de Nueva York aprobó una IAA aunque tres años después cuestionaría una CTA en el caso del azúcar. En *Diamond Match Co.*, el comprador era una corporación de Connecticut que adquirió todos los inmuebles, maquinarias y las patentes de una compañía de fósforos de Nueva York. La compra formaba parte de un proyecto para crear un monopolio de fósforos y el acuerdo de compra contenía un pacto en virtud del cual no se le permitía a la vendedora competir en casi la totalidad del territorio de los Estados Unidos de América. La Corte no pudo encontrar nada malo en la compra en sí misma y aprobó el pacto de no competencia bajo la emergente regla de Nueva York otorgando amplia latitud a este tipo de pactos²⁴.

El generalizado uso de los pactos de no competencia en casos de IAA sugiere que muchas de las grandes fusiones del cambio de siglo eran anticompetitivas. Alfred Chandler ha argumentado que el logro de

economías de escala como resultado de integraciones verticales explica casi virtualmente todo el movimiento *trust*²⁵. Pero muchas de las grandes fusiones no pueden ser descritas tan fácilmente. Si las fusiones resultaran sólo en reducción de costos, sería muy difícil explicar el persistente uso por parte de los empresarios involucrados de pactos de no competencia, que son legalmente riesgosos, además de amplios territorial y temporalmente. Los administradores de los *trusts* se encontraban obviamente asustados por la posibilidad de que aquellos que vendieron sus compañías reingresen al mismo mercado para competir contra las empresas dominantes establecidas a las que vendieron sus activos. Pero un reingreso a pequeña escala no suele ser un mayor problema para las grandes corporaciones en una industria donde las economías de escala son substanciales. Pero aunque los *trusts* alcanzaran economías de escala significativas, los directores de éstos intentaron de todas maneras elevar los precios a un nivel tan alto que inclusive el ingreso al mercado de un competidor de pequeña escala era atractivo para éste. Este tipo de ingreso a pequeña escala, por los altos precios, ocurrió en por lo menos dos casos resueltos bajo la Sherman Act y que involucraron IAA y pactos de no competencia, como los casos *American Can* y *First Corn Products*, ambos ocurridos en 1916²⁶.

El incremento de las IAA dejó la siguiente idea en quienes se ocupaban de la política *antitrust* estatal: el Derecho Corporativo no puede ser siempre utilizado de manera confiable para controlar las concentraciones empresariales. Louis Boisot concluyó en 1891 que los estados que desearan combatir los monopolios resultantes de una IAA debían dejar de confiar en el Derecho Corporativo y más bien concentrarse en el *common law* de las conspiraciones y acuerdos restrictivos de la competencia. Una aproximación como ésta requeriría de nueva legislación, obviamente. Bajo el *common law*, los contratos restrictivos de la competencia eran ineficaces entre las partes pero generalmente no eran cuestionados por terceros o por el estado. El éxito de las IAA hizo que los estados confiaran menos en el Derecho Corporativo Estatal como un mecanismo antimonopolios y más en legislación estatal *antitrust* diseñada siguiendo los principios del *common law* de las restricciones de la competencia, pero dándole mayor poder a los estados

²¹ Sobre las reglas de transacciones colaterales: MORAVETZ, Victor. "A Treatise on the Law of Private Corporations". pp. 349-364, 373, 1886.

²² E.g. *Central Transportation Co. vs. Pullman's Palace Car Co.*, 139 U.S. 24, 1891; condenado un convenio restrictivo de 99 años que obligaba al arrendador de automóviles a no competir en el negocio con su arrendatario. *Garnett FIRE-Alarm Tel Co. vs. Crane*, 160 Mass. p. 50, 35 N.E. p. 98, 1893. (condenando un acuerdo de no competencia por la venta de una patente).

²³ 106 N.Y. 473, 13 N.E. 419, 1887.

²⁴ Otras decisiones aprobando adquisiciones de activos y acuerdo de no competencia, incluyen: *United States Chem Co. vs. Providence Chem Co.*, 84 F. p. 946 E.D. Mo, 1894; aprobando una adquisición con una cláusula de no competencia a nivel nacional; *Trenton Potteries Co. vs. Oliphant*, 58 N.J. Eq. p. 507, 1899; aprobando una adquisición con una cláusula de no competencia por cincuenta años.

²⁵ CHANDLER, A. "The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business". pp. 315-344, 1977.

²⁶ Caso *United States vs. American Can Co.*, 230 F. pp. 859-879, 1916; apelación, 256 U.S. p. 706, 1921; caso *United States vs. Corn Products Ref. Co.*, 234 F. p. 964. S.D.N.Y. 1916; apelación, 249 U.S. p. 621, 1918.

para fiscalizar el cumplimiento la mencionada legislación estatal²⁷.

C. Las corporaciones *holding*

El tercer modelo de concentraciones empresariales era el de las corporaciones *holding*, el cual cobró importancia luego de 1889, cuando el “estado traidor”, Nueva Jersey, modificó su legislación al permitir a las corporaciones comprar y controlar las acciones de otras corporaciones. Decisiones judiciales previas de cortes de distintos estados consideraron consistentemente que sin una autorización expresa una corporación no podía controlar las acciones de otra. Sólo Maryland siguió la regla inglesa que permitía que una corporación sea dueña de acciones de otra²⁸.

Nueva Jersey tenía una larga historia de indulgencia frente a las corporaciones. En 1865 había modificado su legislación para permitir a corporaciones de Nueva Jersey ser titulares de activos productivos y así poder llevar a cabo negocios en otros estados. En la misma época, otros estados habían intentado limitar las actividades corporativas en varias formas, una de ellas era confinar sus operaciones al estado en el cual se habían constituido. En 1870 y 1880 Nueva Jersey descubrió que podía recaudar grandes ingresos si cobraba impuestos a sus corporaciones por la transferencia del objeto social, autorizado por el propio estado, a las empresas multi-estatales. Esto desencadenó la dación de la primera Holding Act, dada en 1888. Durante los 1890s, muchos otros estados imitaron esta iniciativa²⁹.

Las *Holding Acts* fueron diseñadas para evadir los problemas legales que habían encontrado los *trusts*, además de dos adicionales: primero, aunque los estados tenían el poder de excluir corporaciones extranjeras de sus fueros, no tenían muchas veces el poder para controlar la identidad o la naturaleza de accionistas extranjeros. Segundo, para el momento en que se dieron las *Holding Acts*, dichas corporaciones no eran consideradas una combinación o conspiración bajo la Sherman Act.

Aquellos que hasta fines del siglo diecinueve habían visto al Derecho Corporativo Estatal como un poderoso instrumento *antitrust*, se han basado en el poder esencial que cada estado tenía para excluir a las

corporaciones “extranjeras” - esto es corporaciones constituidas y autorizadas para funcionar en un estado diferente - de poder tener activos productivos dentro de su territorio. A pesar de que los estados generalmente no podían discriminar a los agentes de ventas extranjeros o prevenir el flujo de bienes proveniente de otros estados, nada en la constitución les requería permitir a las corporaciones extranjeras el construir plantas o comprar bienes inmuebles en su territorio. Si todos los estados o un gran número de ellos, hubiesen formulado políticas de persistente exclusión de las corporaciones extranjeras, los *trusts* interestatales no hubiesen sobrevivido nunca.

Pero el crecimiento de los *holdings* desbordó el poder estatal de excluir, aún cuando lo quisiera, capital extranjero. Aunque el poder para excluir corporaciones extranjeras demostró que era un impedimento substancial para la formación de IAA, los *holdings* se diferenciaban en un punto crítico: en las corporaciones *holding* los accionistas, y no la corporación, eran extranjeros. Supongamos que una corporación de Illinois dueña de una sola planta en Illinois deba vender su planta a una corporación de Nueva Jersey. Bajo el modelo IAA, la corporación de Illinois se convertirá en un armazón vacío y la planta, propiedad ahora de la corporación de Nueva Jersey, se encontrará ahora sometida al poder de Illinois, con la posibilidad de que Illinois excluya a las corporaciones que no son de su jurisdicción. No obstante, bajo el modelo del *holding*, la mayoría de los accionistas transferirán sus acciones a la corporación *holding* de Nueva Jersey. De esta manera, la planta continúa siendo controlada directamente por una corporación local de Illinois, y por ello toda la panoplia de protecciones constitucionales para las corporaciones domesticas de Illinois mantiene plena vigencia.

Aunque el estado de Illinois podía prevenir esta transferencia de acciones, ello dependía en su habilidad, primero, de controlar la transferencia de acciones de una corporación de Illinois a alguien que no es residente de Illinois; y segundo, de prevenir que una corporación de Illinois sea propietaria directa de las acciones de otra corporación de Illinois. La opinión prevaleciente era que el estado tenía el poder de colocar restricciones en los estatutos de las nuevas corporaciones. Sin embargo, no podían limitar

²⁷ Por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Illinois condenó la combinación de la glucosa en 1899, se basó en la recientemente promulgada Ley Antitrust de Illinois, así como en el Derecho Corporativo Estatal. *Caso Harding vs. American Glucose Co.* 182 Ill. pp. 551, 615, 55 N.E. pp. 577, 598, 620-621, 623-624. 1899. BOISOT. “The Legality of Trust Combinations”. AM. L. REG. No. 39. p. 751, 1891.

²⁸ MUCKRAKER, Lincoln Steffen’s diatribe: New Jersey: A Traitor State. En: McClure Magazine N°41. *Caso People ex rel Peabody vs. Chicago Trust Gas Co.* 130 Ill p. 268, 1889; *Caso Valley Ry. Co. vs. Lake Erie Iron Co.* 46 Ohio St. p. 44, 1888; *Millbank vs. Nueva York, Lake Erie & W.R. Co.* 64 How. Pr. 20, NY, 1882. La regla exceptuaba adquisición de acciones con pago si preexistía una deuda en las corporaciones del negocio de comprar y vender acciones, como negocios de intermediación. *Caso National Bank of Jefferson vs. Texas Inv Co.* 74 Tex 421, 1889. En el Derecho de Maryland, véase *Booth vs. Robinson.* 55 Md. pp. 433-435, 1880.

²⁹ STEVENS, W. “Industrial Combinations and Trusts”. pp. 67-80. “On the holding company provisions of New York”, 1892; Delaware, 1899; Maine, 1901; Reports of the Industrial Commission. 1900. pp. 598-599, ZILMER. “State Laws: Survival of the Unifit”. En: PA. Law Review No. 62. p. 509. DILL. “National Incorporation Law for Trusts” En: Yale Law Journal No. 11 p. 273. Dill fue autor de la Ley de Holding Companies de Nueva Jersey.

retroactivamente las transferencias de acciones. Los estados, sin embargo, sí podían haber limitado las transferencias futuras a corporaciones extranjeras. Si los estados hubieran pretendido anular transferencias que fueron legales cuando se realizaron, hubieran tenido que indemnizar a los propietarios afectados. En pocas palabras, en el momento que las *Holding Acts* se habían promulgado, éstas parecían facilitar las fusiones legales, siempre que éstas hubieran ocurrido antes que la nueva legislación estatal cerrara la puerta.

Mucha de nuestra confusión sobre el desarrollo de los *holding* y de la política antimonopolio estatal yace en la incapacidad de distinguir entre el poder que tienen las firmas domésticas de ser titulares de acciones en otras corporaciones, y el poder que tienen corporaciones extranjeras para ser titulares de acciones de corporaciones domésticas. Para el cambio de siglo, la mayoría de los estados prohibió a sus propias corporaciones ser titulares de las acciones de otras corporaciones. No obstante, como Walter Chadwick Noyes estableció en 1909, las cortes uniformemente sostuvieron que las acciones en corporaciones domésticas podían ser de propiedad de corporaciones extranjeras, a menos que el estado explícitamente prohibiera ese tipo de *holding*. En 1898 el entonces juez Lurton concluyó que una corporación extranjera tenía el poder de comprar acciones de corporaciones domésticas. "La reciprocidad entre estados requiere que este poder (de la corporación extranjera) debe ser reconocido como válido si no se opone a alguna ley o política del estado que creó la corporación en la cual se han adquirido las acciones"³⁰. La mayoría de los estados no tenían este tipo de políticas porque había enfrentado este problema en muy raras oportunidades.

El escritor de tratados Noyes dice que, una vez que una corporación extranjera ha adquirido las acciones de una corporación doméstica, el legislador estatal no puede actuar retroactivamente para imponer una política contra la adquisición de acciones por parte de corporaciones extranjeras pues este tipo de políticas podría violar principios de libertad contractual garantizados por la Constitución³¹. Sin embargo, la creación de un monopolio podría ser prohibido como acto contrario a la política doméstica de un estado³². En pocas palabras, las *Holding Acts* forzaron a las cortes a voltear la mirada hacia la legislación *antitrust* para detectar lobos con piel de oveja.

No obstante, la legislación sobre restricciones de la competencia en la mayoría de los estados era mucho más ambigua, afectada por nociones de política económica, y se inclinó a ser tolerante incluso con los monopolios con tal de que éstos no hayan sido creados por acuerdos que buscasen limitar la competencia en el futuro. Tal vez más importante es que el *common law* de las prácticas restrictivas de la competencia representaba alternativa alguna frente al Derecho Corporativo y los procedimientos judiciales de disolución de corporaciones mediante los cuales el estado por sí mismo cuestiona actos ilegales. El *common law* de las prácticas restrictivas de la competencia sólo podía ser utilizado por los privados, es decir, por alguno de los participantes en un acuerdo ilegal que pretendiese luego evitar que dicho acuerdo le sea oponible. El resultado de estas deficiencias fue que los estados incrementaron su confianza en legislación *antitrust* estatal que se pareció mucho a la Sherman Act. Walter Chadwick Noyes dejó en claro que el propósito de la legislación antimonopolio estatal era atravesar las formalidades del Derecho Corporativo Estatal. Bajo estas legislaciones *antitrust* "el examen de si una combinación empresarial es una violación (...) yace en el objeto o en las tendencias de la combinación y no en su forma legal"³³. Inclusive *holdings* que son formalmente legales bajo el Derecho Corporativo Estatal podían constituir combinaciones ilegales bajo el Derecho *Antitrust* Estatal.

II. COMBINACIÓN Y CORPORACIÓN: LA TEORÍA LEGAL DE LA FIRMA

Para el fin del siglo el Derecho Corporativo Estatal parecía ser un fracaso, o para verlo de otra manera, parecía haber dejado en libertad la fuerza de un poder que ya no podía seguir controlando: la corporación multi-estatal. En 1900, Christopher G. Tiedeman culpó al Derecho Corporativo Estatal de los problemas generados por las concentraciones empresariales. La única forma de prevenir el continuo crecimiento de las corporaciones gigantes era, según él, derogar las Leyes Generales de Corporaciones y supeditar la capacidad y existencia de una corporación a la autorización estatal, como prerrogativa especial del estado, tal y como se había dado un siglo atrás³⁴.

³⁰ Caso *Rogers Vs. Nashville R.R.* 91 F. 299, 312 6th Cir, 1898.

³¹ NOYES, Walter. "A Treatise on the Law of Intercompany Relations". p. 522. EDDY, A. "The Law of Combinations". pp. 602-603, 1901. A menos que las condiciones y limitaciones impuestas por la legislación se encuentren especificadas para la creación de la corporación, la legislación en gran medida pierde su poder para luego poder imponerlas. THOMPSON, S. "Commentaries on the Law of Private Corporations". 1909. Los accionistas tienen absoluto derecho a transferir acciones "a menos que la transferencia este limitada por los estatutos de la corporación".

³² Caso *National Cotton Oil Co vs. Texas*. 197 U.S. p. 115, 1905; *Marble Co vs. Harvey*. 92 Tenn. p. 199, 20 S.W. p. 427, 1897.

³³ NOYES, Walter. "A Treatise on the Law of Intercompany Relations". pp. 811- 812, citando los casos *Bigelow vs. Calumet & Hecla Minino Co.* 155 F. pp. 869-876, 1907. El resultado de ambas leyes estatales, la *Holding Act* y la *Ley Antitrust*, es que el poder fuera otorgado... para comprar acciones... pero el poder para ejercerlo en violación de las leyes antitrust no fue otorgado.

³⁴ TIEDEMAN, C. "A Treatise on State and Federal Control of Persons and Property in the United States". pp.609-610, 1900.

El problema de los monopolios fue así dejado a la legislación *antitrust* pero el régimen establecido por el Derecho Corporativo Estatal continuó existiendo. Una pregunta difícil para los intérpretes de la Sherman Act era, ¿cuándo un grupo de empresarios estructurados como una sola entidad legal, era una combinación ilegal bajo la Sherman Act? El Derecho Corporativo Estatal determinaba generalmente cuándo un grupo de personas actuando en forma conjunta era considerado una sola "firma", cuyos miembros individuales podían legalmente "integrarse" o "conspirar" en los términos de la Sherman Act. Para principios del 1900 era claro que los empresarios podían ubicarse fuera de la categoría de "combinación" si simplemente se organizaban como una sola entidad, calificada como tal por el Derecho Corporativo Estatal, pudiendo así frustrar el propósito de la Sherman Act.

Cuando se aprobó la Sherman Act, la corporación *holding* había recientemente hecho su primera aparición. El Congreso no le tomó mayor importancia. Nada en la historia legislativa de la Sherman Act sugiere que el Congreso le dio mayor importancia al problema de qué constituye una entidad singular y qué constituye una combinación o conspiración. La mayoría de los estudiosos en 1890 creían que la *holding* no se encontraba regulada por la Sherman Act porque era una estructura legal para una corporación individual. No era un cartel de entidades separadas caracterizadas como un "acuerdo para restringir la competencia" bajo el *common law*. En 1901 Arthur J. Eddy argumentó que las fusiones corporativas eran la alternativa legal para las concentraciones empresariales del *common law* y por ello debido a que aquellas no calificaban como una "combinación" en la acepción de la Sherman Act, sino simplemente una compraventa de propiedad. "El Congreso no tiene derecho o autoridad para limitar o restringir los derechos de las corporaciones, creadas por los estados o ciudadanos de estos, para adquirir el control y disposición de propiedad..."³⁵.

El juez Howell E. Jackson, quien se incorporó a la Corte Suprema en 1893, adoptó este enfoque en una de las primeras decisiones aplicando la Sherman Act. Sostuvo que la concentración en el mercado del whisky no había violado la ley, concluyendo que el Congreso carecía de

poder "para limitar y restringir el derecho de las corporaciones creado por los estados, o los ciudadanos de estos, en la adquisición de control y disposición de propiedad"³⁶. La Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó el mismo enfoque al decidir el caso del azúcar tres años después. La concentración en el mercado del azúcar se formó por una transferencia de propiedad de un conjunto de dueños de negocios a otro. No obstante, "el Congreso sólo autorizó a los jueces a proceder por la vía de impedir contratos, combinaciones, o conspiraciones restrictivas de la competencia o del comercio interestatal o internacional"³⁷.

Mediante un proceso lento la Corte Suprema de los Estados Unidos desestimó la presunción consistente en que el Derecho Corporativo Estatal determina qué es un acuerdo entre dos firmas y qué es una firma individual. Los primeros acuerdos condenados bajo la Sherman Act, la combinación de los ferrocarriles en *Trans-Missouri*³⁸ (1897) y *Joint Traffic*³⁹ (1898), eran simplemente acuerdos entre diferentes corporaciones que no hicieron surgir esta cuestión. Sólo el caso de *Northern Securities* (1904) hizo que la Corte Suprema decidiera que bajo la Sherman Act se podía condenar a una *holding* pero en ese caso cuatro jueces⁴⁰ no estuvieron de acuerdo⁴⁰. El juez Brewer se sintió obligado a redactar su voto concurrente, en mayoría, con una larga explicación: debido a que una corporación es solamente una persona ficticia y no una persona natural, la adquisición de propiedad de una corporación puede constituir una "combinación", mientras que la de una persona natural no.

La decisión de *Northern Securities* provocó un famoso voto en minoría por parte del juez Holmes, quien concluyó que la Sherman Act simplemente no se aplica a la formación de una firma: "el texto (de la Sherman Act) incluye dos clases de casos, y solamente dos: contratos para restringir la competencia de combinaciones o conspiraciones que restringen la competencia (...). La objeción del *common law* a (contratos que restringen la competencia) (...) no se aplica a sociedades o otras formas, si es que hubiese alguna, de sustituir una comunidad de interés donde ha habido competencia"⁴¹.

³⁵ EDDY, A. "The Law of Combinations". pp. 600-603.

³⁶ *In re Greene*. 52 F. p.104. 1892.

³⁷ Caso *United States vs. E.C. Knight*. 156 U.S. pp. 1, 13, 17. 1895.

³⁸ Caso *United States vs. Trans-Missouri Freight Ass'n*. 166 U.S. p. 290, 1897.

³⁹ Caso *United States vs. Joint Traffic Ass'n*. 171 U.S. pp. 505, 567, 1898.

⁴⁰ Nota de Traductor: La Corte Suprema de los Estados Unidos está integrada por 9 jueces. Se requiere de 5 jueces para aprobar una resolución final.

⁴⁰ Caso *Northern Sec. Co. vs. United States*. 193 U.S. pp. 197, 362. 1904. Los jueces Fuller, Colmes, Peckham y White emitieron votos en minoría. En la decisión véase POLLOCK. "The Merger Case and Restraint of Trade". En: Harvard Law Review No. 17. p. 151, 1904.

⁴¹ Caso *Northern Sec Co.* pp. 403-404. Holmes continuó: "Una sociedad no es un contrato ni una combinación en restricción de la competencia entre las partes a menos que se quiera darle un nuevo significado a las conocidas palabras utilizadas en la ley". p. 410.

Comentando el caso, el tratadista Victor Morawetz dice que cada corporación es una "combinación" de los dueños de sus acciones. Sin embargo, la simple formación de este tipo de combinación nunca debe ser considerada ilegal. Esta regla sería un golpe directo al corazón del poder estatal para definir la firma. Moravetz concluyó que el caso E.C. Knight había sido correctamente decidido, mientras que el caso Northern Securities no⁴². El abogado de Chicago Herbert Hope está de acuerdo en que algunas, pero no todas las fusiones corporativas eran ilegales bajo la decisión de Northern Securities. Pero la pregunta relevante, argumentó con visión, no era si las partes de la fusión tenían la intención de cometer actos ilegales o si la fusión viola el Derecho Corporativo Estatal, sino si la fusión les otorgaba a los participantes un efectivo control sobre el mercado⁴³.

La noción de que la Sherman Act no estaba dirigida a interferir con las prerrogativas estatales para determinar qué constituía una firma, se encontraba cimentada en el pensamiento legal. Sir Frederick Pollock podía explicar la decisión en Northern Securities cuestionando la corporación *holding*, sólo sobre la base de la teoría de que las transferencias de acciones fueran en alguna medida fraudulentas. La *holding* Northern Securities no debe haber sido una firma pero sí un cartel y la transferencia de acciones un subterfugio⁴⁴. La misma Corte Suprema sintió la inquietud. En una decisión en 1905 sobre el mismo caso la Corte esclareció que había interpretado la *holding* Northern Securities como el resultado de una transferencia real de acciones que creó una nueva firma. No obstante, la unión era ilegal bajo la Sherman Act. El juez Walter Noyes interpretó las dos decisiones en términos bastante amplios: "Los estados no tienen poder para autorizar a las corporaciones a violar una ley" como la Sherman Act⁴⁵.

Mientras se ponía en marcha al movimiento federal *antitrust*, muchos estados venían aprobando sus propias leyes *antitrust*, generalmente modeladas según el *common law* de las prácticas restrictivas de la competencia. Pero los mismos estados parecían estar compitiendo entre ellos para liberalizar sus Derechos Corporativos, tal y como Nueva Jersey había hecho, invitando a las concentraciones empresariales a aprovechar las ventajas de un marco legal liberal. En 1900 Ernst Von Halle notó un "extraño espectáculo

de promulgación de las más severas leyes contra las concentraciones y las combinaciones por un lado, y por otro, la transformación del Derecho Corporativo, el cual facilitaba que las concentraciones de empresas se remodelen, así como la continuidad de sus transacciones en el estado⁴⁶. Halle concluyó que ambas políticas eran incoherentes. Notó, por ejemplo, que Illinois tenía ambas, modernizó su Derecho Corporativo para hacerlo más parecido al de Nueva Jersey, pero también era uno de los estados más agresivos en hacer cumplir su legislación *antitrust*.

Pero existe una explicación alternativa para este fenómeno que Von Halle estaba describiendo: los estados se encontraban en verdad adoptando una política de fomento de la eficiencia, o de las fusiones económicamente beneficiosas pero condenando a la vez aquellas que fuesen anticompetitivas. El Derecho Corporativo estaba mal diseñado para esta labor. La ley de prácticas restrictivas de la competencia, por otro lado, podía ser utilizada para condenar fusiones anticompetitivas pero permitiendo otras.

Con extraordinaria rapidez los estados abandonaron el Derecho Corporativo como un instrumento *antitrust* y usaron la legislación *antitrust* basada en el *common law* de las prácticas restrictivas de la competencia. El tratado de 1893 de Thomas Carl Spelling sobre *trusts* y monopolios abarcaba casi el íntegro del Derecho Corporativo e incluía lo siguiente como discusión entera sobre la legislación *antitrust* estatal: "generalmente las leyes dirigidas a eliminar las restricciones de la competencia han sido aprobadas recientemente, en algunos pocos estados. Dichas leyes sirven de poco, excepto como recopilación del *common law*, y sólo alguna que otra decisión judicial se han fundamentado en sus disposiciones"⁴⁷.

En 1898, el influyente tratado de Charles Fisk Beach sobre monopolios y combinaciones industriales revelaba rápidamente la expansiva aplicación de las nuevas leyes *antitrust* estatales⁴⁸. La segunda edición del tratado de Noyes y el tratado de Frederick Cooke sobre combinaciones y monopolios, contenían secciones de Derecho *Antitrust* Estatal que eran mucho más amplias que las secciones dedicadas al Derecho *Antitrust* Federal⁴⁹. El número de procedimientos antimonopolios de tipo estatal en los 1890s y 1900s igualaban o excedían al número de procedimientos de tipo federal. El *antitrust* estatal se convirtió en el

⁴² MORAVETZ, Victor. "The Anti-Trust Act and the Merger Case". En: Harvard Law Review No. 17. pp. 533, 534, 538 y 542.

⁴³ POPE. "The Legal Aspect of Monopoly". En: Harvard Law Review No. 20. pp. 167, 183-185.

⁴⁴ POLLOCK. "The Merger Case and Restraint of Trade". En: Harvard Law Review No. 17. p. 151.

⁴⁵ Caso *Harriman vs. Northern Sec. Co.* 197 U.S. pp. 244, 299. 1905.

⁴⁶ VON HALLE, Ernst "Trusts or Industrial Combinations and Coalitions in the United States". 1900. p. 95.

⁴⁷ SPELLING, T. "A Treatise on Trusts and Monopolies". 1993. p. 220.

⁴⁸ BEACH, C. "A Treatise on the Law of Monopolies and Industrial Trusts". 1898. pp. 600-679.

⁴⁹ NOYES, Walter. "A Treatise on the Law of Intercompany Relations". 1909. pp. 762-853. COOKE, F. "The Law of Combinations, Monopolies and Labor Unions". 1909. pp. 384-453.

principal instrumento para cuestionar las combinaciones monopólicas⁵⁰.

Este triunfo del antitrust estatal demostró ser fugaz. El *antitrust* estatal basado en el Derecho de las Corporaciones había sido inconfundible. Cada estado era el principal intérprete de su propia Ley de Corporaciones y de los mecanismos judiciales como el procedimiento de disolución de una corporación estatal

ilegal, lo que simplemente no estaba disponible para el gobierno federal. Pero una vez que los estados cambian sus leyes a unas que parecían “pequeñas Sherman Acts”, la política *antitrust* estatal se volvió una copia de la política federal. Dado el hecho que las grandes firmas eran criaturas multi-estatales, mucho más fáciles de alcanzar por las cortes federales, la política estatal fue condenada a ceder frente a la política federal.

⁵⁰ MAY. “Antitrust Practice & Procedure in the Formative Era: the Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law: 1889-1918”. En: PA. Law Review No. 135. pp. 495, 501-502. MAY. “Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918”. En: Ohio State Law Journal No. 50. p. 257.

LA REGLA DE LA RAZÓN Y EL CONCEPTO *PER SE*: LA FIJACIÓN DE PRECIOS Y EL REPARTO DE MERCADOS*

Robert H. Bork **

La modalidad de sancionar a los carteles de precios y a los carteles de reparto de mercado es un tema muy controvertido. De hecho, en nuestro país el precedente de la sanción mediante la regla per se ha sido modificado hace muy poco tiempo y ahora la sanción a tales carteles será determinada previo análisis de la regla de la razón. La modificación ha invocado diversas normas extranjeras y teorías europeas. La crítica a la modificación ha sido severa pero el debate ha enriquecido académicamente al Derecho Antitrust.

El presente artículo, clásico y vastamente citado en cualquier trabajo sobre la materia, enfoca el problema desde una perspectiva histórica y crítica. Se remonta al análisis de las primeras teorías de sanción a los carteles sostenidas en los orígenes del Derecho Antitrust por las Cortes Norteamericanas y, a la vez, manifiesta su opinión con respecto a la idoneidad de tales teorías.

* El presente artículo fue originalmente publicado bajo el título "The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division" en el Yale Law Journal No. 75, p. 373. La publicación se hace bajo expresa autorización de Robert Bork. La traducción estuvo a cargo de Mario Arturo Valencia Vargas, Economista de la Pontificia Universidad Católica del Perú; con la colaboración de Alejandro Manayalle, Director de Contenido de THEMIS. La segunda parte del presente artículo fue publicada en el Yale Law Journal No. 76 y será publicada en la próxima edición de THEMIS-Revista de Derecho.

** Ex Profesor de la Universidad de Yale. Autor de "The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself".

El propósito de este artículo es desarrollar, inicialmente en el contexto de los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado, una teoría general de los roles apropiados y el criterio de la regla de la razón y el concepto *per se* en la decisión de casos *antitrust* concernientes a la eliminación de la competencia entre las partes que integran tales acuerdos.

Los temas del Derecho *Antitrust* son probablemente mejor clasificados —y la cercanía de las relaciones de fenómenos de uno a otro más exactamente medidas— de acuerdo a los métodos por los cuales prácticas particulares son pensadas para dañar la competencia. Esto resulta viable en dos principales categorías, para la teoría subyacente a la actual ley *antitrust* supone que existen dos significados distintivos fundamentales por los cuales la competencia puede ser dañada:

- (1) Acuerdos por los cuales las partes remueven una parte o toda la competencia existente o probable de existir entre ellas; y,
- (2) Prácticas por las cuales una o más empresas dañan a los competidores, y por lo tanto dañan al proceso competitivo en sí mismo.

Los acuerdos en el primer grupo perjudican a los consumidores directamente, permitiendo que las empresas restrinjan el producto, creando así una mala asignación de recursos. La teoría concerniente a prácticas en la segunda categoría parece ser aquella que por la exclusión de las empresas rivales pueden ganar una posición de mercado la cual hará rentable para ellos restringir la producción¹.

La fijación de precios y el reparto de mercado, los temas iniciales de este artículo, pertenecen entonces a un campo mucho más general el cual incluye fenómenos relacionados como acuerdos para no competir, negativas concertadas no intencionadas para tratar de dañar a los rivales y fusiones horizontales. La segunda categoría consiste en prácticas tales como la discriminación de precios, las negativas concertadas e intencionadas para dañar a competidores, los contratos de exclusividad y los contratos de requerimientos, los acuerdos de atadura, las fusiones verticales y de conglomerados, y de crecimiento a grandes tamaños a través de la eficiencia². Es, en un sentido, de alguna

manera artificial separar estas clases de prácticas puesto que están usualmente presentes en el mismo escenario fáctico y puesto que es imposible discutir la legalidad de varios acuerdos comerciales sin dejar de considerar ambas. Estos dos métodos básicos de dañar la competencia son, sin embargo, tan distintos analíticamente que es deseable verlos de manera separada siempre que la teoría básica esté bajo discusión.

Los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado han estado entre las principales preocupaciones de la Sherman Act³ desde su publicación. Las Cortes son usualmente representadas como vacilantes por un tiempo y luego como establecidas sobre reglas empresariales de ilegalidad para tales acuerdos. La fijación de precios y el reparto de mercado están, de hecho, calificados frecuentemente como ofensas “*hard core*” o *per se* cuyos estatus legales, contrastados con otras prácticas y acuerdos cognoscibles por las leyes materia *antitrust*, son tan certeros y conocidos de manera que justifican el uso de procesos y sanciones criminales. Aún así es mucho más obvio que incluso en esta área central las reglas estén lejos de ser claras. Las Cortes no han tenido éxito en elaborar doctrinas de primera con raíces en políticas sociales acertadas, internamente consistentes, y capaces de luchar adecuadamente con los problemas que la ley debe solucionar. Por el contrario, las actuales doctrinas nos muestran señales de tensión e inquietud, lo que sugiere que merece una reexaminación de sus fundamentos.

A pesar que ocurren en una gran variedad de contextos comerciales y sirven a varios propósitos, la fijación de precios y el reparto de mercado son meras formas especiales del fenómeno general de restricción de la competencia. Son frecuentemente explícitas, pero en campos económicos no parecen haber razones para distinguir entre restricciones de la competencia explícitas o implícitas. El problema, entonces, es establecer reglas generales por las cuales se determine si es que las restricciones de la competencia particulares son legales o ilegales. El aparato teórico de la Sherman Act, la cual supone hace tales distinciones, es generalmente conocido como la “regla de la razón”.

¹ La idea de daño a la competencia que ocurre a través del daño a los competidores es discutida en DIRECTOR & LEVI. “Law and the Future: Trade Regulation”. Nw. U.L. Rev. No. 51. p. 281. 1956; y en BORK & VOWMAN. “The Crisis In Antitrust”. Columbia Law Review No. 65. p. 363. 1965. Las líneas principales en la teoría del daño a la competencia mediante acuerdos que eliminen la competencia están bien establecidas. Para una buena declaración de la teoría de carteles, véase MCGEE. “Ocean Freight Rate Conferences and the American Merchant Marine”. U. Chi. L. Rev. No. 27. pp. 191, 196-204. 1960.

² Esta clasificación es necesariamente dura puesto que las agrupaciones convencionales descriptivas de la ley no encajan los conceptos operativos de daño a la competencia. Una fusión horizontal, por ejemplo, puede algunas veces ser cuestionada bajo la modificada Sección 7 de la Clayton Act no debido a que elimina la competencia entre las partes fusionadas sino debido a que juntas pueden ser más eficientes (obtener una “ventaja competitiva”) y por tanto dañar a los rivales. La fusión, al menos en ese aspecto, cae dentro de la segunda categoría del *antitrust* más que en el primero. De manera inversa, una fusión de un “conglomerado” puede ser traída dentro de la primera categoría cuando la teoría de daño a la competencia es para cuando las partes fusionantes eran potenciales competidores. Estas posibilidades de confusión pueden ser únicamente vigiladas en contra y no eliminadas, puesto que los conceptos operativos de los métodos de daño a la competencia son muy necesarios para el análisis, y los conceptos descriptivos convencionales son probablemente muy profundamente establecidos para ser descartados.

³ 26 stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7 (1890).

Muchos comentaristas parecen creer que la regla de la razón, en la medida que se aplica para poner en libertad los acuerdos que limitan la competencia, se ha vuelto poco más que un juego de reglas *per se* de ilegalidad⁴. Aún así éste no es un caso de manera demostrable. La actual contrasena de la ilegalidad *per se* en la ley existente conduce a un sentido de certeza, incluso de automaticidad, la cual es engañosa. El concepto *per se* no describe de manera precisa la ley relacionada a acuerdos que eliminan la competencia como está, como ha sido o como ésta pueda ser. Al lado de casos anunciando una formulación *per se* arrolladora de la ley siempre ha existido una línea de casos negando su aplicación. Indudablemente algunos de los casos en el último grupo fueron equivocadamente decididos, pero sería inocente describirlos todos como simplemente incorrectos o aberrantes. La negativa persistente de las Cortes de honrar los términos literales de las reglas *per se* en contra de los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado demuestra un sentido profundamente asentado -aunque de alguna manera inarticulado- de que aquellas reglas, que como se ha establecido usualmente, son inadecuadas.

La falla del Derecho *Antitrust* en ser claro sobre el enfoque y el oficio del concepto *per se* y sobre el criterio a ser usado fuera del área *per se* surge de dos deficiencias distinguibles: (1) Una falla para analizar y seleccionar los logros o valores para los que la ley sirve propiamente; y (2) Una falla para apreciar adecuadamente la naturaleza del fenómeno económico con el que la ley debe tratar. La interacción de estos dos factores ha causado que la ley siga un aparente curso en zigzag en su desarrollo. Ha existido de un lado, una fuerte línea de casos que aparentemente mantenían fijaciones horizontales y verticales de precios y reparto de mercado ilegales *per se*: *Trans-Missouri* (1897), *Joint Traffic* (1898), *Addyston Pipe & Steel* (1898), *Dr. Miles* (1911), *Standard Oil* (1911), *American Tobacco* (1911), *Trenton Potteries* (1927), *Socony-Vacuum* (1940), *Kiefer-Stewart* (1951), *Timken Soller Bearing* (1951), y *Parke, Davis* (1960). Pero ha existido simultáneamente una línea de casos oponiéndose o limitando la idea *per se*: *Chicago Board of Trade* (1918), *Standard Oil (Indiana)* (1931), *Appalachian Coals* (1933), *Bausch & Lomb* (1944), *Nacional Football League* (1952), *Denison Martes* (1962), y la reciente línea del *Tobacco Warehouse Cases*. Estos casos simplemente contienen ejemplos de líneas divergentes las cuales las Cortes no han podido reconciliar satisfactoriamente.

Una muestra notable de las continuas discontinuidades teóricas de la ley es provista por las recientes decisiones de la Corte Suprema en los casos *White Motor Co.*⁵ y *Olin Chemical Co.*⁶. En el caso *White Motor* fueron las condiciones impuestas por *White*, un productor de camiones, en sus contratos de distribución y comercialización, para que cada revendedor trate únicamente con los clientes ubicados dentro de un territorio designado y que ciertos clientes, reservados para ventas directas por *White*, no sean tratados en lo absoluto. El caso por tanto involucraba limitaciones territoriales y asignaciones de clientes, ambas subespecies de reparto de mercado. El gobierno ganó el caso en un juicio sumario en la Corte de Distrito, pero la Corte Suprema lo revocó y lo reenvió a juicio, dividiendo tres de sus votos con respecto a la pregunta de si las provisiones del contrato eran violaciones *per se* de la *Sherman Act*. El Juez Douglas, quien pensaba usualmente como un defensor del enfoque *per se*, manifestó su opinión en la Corte estableciendo que el caso debía ir a juicio puesto que la Corte no conocía lo suficiente sobre el significado económico de los acuerdos de *White* para imponer una regla *per se* en esta etapa. El Juez Brennan concurrió separadamente, ofreciendo sugerencias sobre el criterio mediante el cual podía guiar el juicio. El Juez Clark se manifestó para los disidentes: "Para admitir, como lo hace el demandante, que la competencia es eliminada bajo estos contratos, es bajo nuestros casos, admitir una violación de la *Sherman Act*. No hay justificación, sin importar cuán beneficioso sea, no hay nada que pueda salvarlo de tal interdicción"⁷. En sí misma, entonces, la opinión de *White Motor* revela un sorprendente grado de desacuerdo en la Corte Suprema concerniente a la fundamental pregunta sobre si es que los acuerdos que eliminan la competencia son justificables bajo cualquier circunstancia.

Tal vez igualmente sorprendente, la opinión mayoritaria, a pesar que se reenvió el caso para un nuevo juicio, falló en establecer el criterio por el cual la categoría de acuerdos ilegales *per se* tenían que ser distinguidos de aquellos susceptibles de justificación. La opinión, como será demostrado, es de alguna manera ambigua: es capaz de ser leída como premisa en la teoría económica o como sugiriendo que aparte de las estrictas consideraciones económicas, habrían otras consideraciones que jugarían finalmente un rol en la decisión sobre modelar una regla *per se*. La insistencia referente a que todo acuerdo que elimina la competencia es ilegal parece basada enteramente en

Robert H. Bork

⁴ El profesor Handler expresa lo que parece ser la impresión predominante: "Las autoridades que apoyan los acuerdos "tejido suelto" son extremadamente escasos, tratan principalmente con estados *sui generis* de hecho, y tienen poca fuerza como precedente". HANDLER. "Antitrust In Perspective". p. 26. 1957.

⁵ *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963).

⁶ *United States v. Penn-Olin Chem. Co.*, 378 U.S. 158 (1964).

⁷ 372 U.S. p. 281 (1963)

consideraciones económicas. Por tanto, las puntuales diferencias mostradas dentro del caso pueden surgir ya sea por un análisis económico conflictivo o por desacuerdos en cuanto a los valores finales.

La discontinuidad en la opinión mayoritaria con la estructura doctrinal contigua es igualmente dramática. El caso *White Motor* involucraba repartos de mercado impuestos verticalmente. La opinión en el caso *Miles de 1911* había decidido que la fijación vertical de un productor sobre los precios de sus comerciantes no era más legal de lo que sería una fijación horizontal de precios entre comerciantes. La ley no ha vacilado nunca de esta posición y el mantenimiento de precios de reventa continúa siendo una infracción *per se*. Dada, también, la ecuación legal de fijación de precios y reparto de mercado⁸, parecía, anteriormente al caso *White Motor*, ineludible que el reparto vertical de mercado sería ubicado en la clase de violaciones *per se* al lado de la fijación vertical de precios. Quizá la negativa de la Corte de tomar tal paso presagia una disposición de reexaminar su enfoque tanto para la fijación vertical y horizontal de precios como para el reparto horizontal de mercado. Si no, probablemente el caso *White Motor* será finalmente descartado, puesto que la fisura doctrinal que crea parece muy deslumbrante para que perdure por mucho.

Pero, si el caso *White Motor* nos comunicó un desacuerdo en la Corte y una discontinuidad acompañada con aparentes principios intrincados, un tercer y quizá aún más sorprendente desarrollo fue provisto por la subsiguiente decisión en el caso *Penn-Oil*, en el cual los jueces Douglas y Clark intercambiaron posiciones sobre el mismo principio aparentemente en discusión en el caso *White Motor*. El caso *Penn-Oil* surgió en la competencia del gobierno, bajo la Sección 7 de la *Clayton Act* y la Sección 1 de la *Sherman Act*, para la formación y propiedad de un *joint venture*, *Penn-Olin Chemical Co.*, de *Pennsalt Chemicals Corp.* v. *Olin Chlorate* en el sudeste de Estados Unidos. *Pennsalt* era un productor de clorato de sodio y *Olin*,

un gran consumidor que había considerado entrar en la producción. La entrada de estos probables competidores en un acuerdo de *joint venture* tuvo entonces el efecto de eliminar mucha y quizá toda posibilidad de competencia entre ellos en la producción y venta de clorato de sodio en el Sudeste. El Juez Clark reconoció explícitamente este efecto⁹, y aún así, escribiendo para la mayoría y sin incluso haber mencionado su posición en el caso *White Motor*, sostuvo que el registro no revelaba una violación de la sección 1 de la *Sherman Act* y devolvió el caso para que se efectúe una mayor investigación sobre preguntas sobre la sección 7 de la *Clayton Act*. El Juez Clark no ofreció explicación alguna por el aparente abandono de su argumento en el caso *White Motor*. Es verdad que el acuerdo que eliminaba la competencia era explícito en tal caso y meramente inherente en la unión de las partes en el caso *Penn-Olin*, pero parecía imposible creer que el Juez Clark se apoyaría en una distinción mostrada como inconsecuente por su propio razonamiento¹⁰.

El Juez Douglas, por otro lado, disintió, esencialmente sobre el hecho que “Los acuerdos entre competidores para repartir mercados son violaciones *per se* de la *Sherman Act*”¹¹. Utilizando el precedente de la *Sherman Act* y buscando un razonamiento para encontrar el *joint venture* como violatorio de la sección 7 de la *Clayton Act*, argumentó que *Pennsalt* y *Olin* habían unido sus fuerzas para compartir el mercado en la “vispera de proyectos competitivos”, y que las prácticas desarrolladas en el caso eran entonces las mismas, en principio, que las del caso *Addyston Pipe & Steel* en el cual sostuvo que los carteles eran una práctica *per se* ilegal¹². Citó el caso *Timken*¹³ para sustentar la proposición de que las prácticas restrictivas de la competencia no podían ser meramente justificadas porque se desarrollaban a través de un *joint venture*. El único reconocimiento del Juez Douglas sobre que el rígido análisis *per se* adoptado en este caso requería de una reconciliación con su posición en el caso *White Motor* se escribió en un pie de página

⁸ La fijación de precios y el reparto de mercado fueron tratados como igualmente ilegales en el caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899). Desde entonces en tales casos como *United States v. Nacional Lead Co.*, 332 U.S. 319 (1947) (división internacional de territorios), y *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940) (fijación de precios), han sido generalmente tratados de la misma manera. La ecuación parece justificada puesto que tanto la fijación de precios como el reparto de mercado eliminan la competencia, el primero en uno de los más importantes términos de venta, el otro en todos los términos. El caso *White Motor* parece indicar, sin embargo, que la fijación vertical de precios será vista más severamente por la ley que el reparto vertical de mercado, y tal vez el mismo tipo de distinción entre la fijación horizontal de precios y el reparto horizontal de mercado puede ser percibida recientemente en opiniones como la de *Denison Martes Factory v. Spring-Air Co.*, 308 F.2d 403 (5th Cir. 1962).

⁹ Ciertamente la formación de un *joint venture* y compra de los organizadores de sus acciones podría dañar sustancialmente la competencia—de hecho excluirla—en tanto que ellos estén comprometidos en el comercio. Esto sería cierto bien si estuvieran en una competencia real o potencial entre ellos y a pesar de que la nueva corporación estaba formada para crear una empresa completamente nueva. En un plano realista, los padres no competirían con sus descendientes... Si las compañías de los padres están en competencia, o puedan competir en ausencia del *joint venture*, puede ser asumido que ninguno competirá con sus descendientes en esta línea de comercio. Inevitablemente, las operaciones del *joint venture* serán congeladas para aquellas líneas de comercio las cuales no entrarán en competencia con los padres, y el último, por la misma moneda serán excluidas del mercado de *joint ventures*. 378 U.S. p. 173 (1964)

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibid.* p. 177.

¹² *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899), citado por el Juez Douglas. *Ibid.* pp. 178, 180.

¹³ *Timken Soller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951).

en el cual él remarcó simplemente que el caso *White Motor* trataba sobre “un acuerdo vertical que involucra una restricción territorial cuya validez concluimos podría ser determinada únicamente luego de un juicio, no sobre una moción en un proceso sumario”¹⁴. Si esto fue intentado para reconciliar la posición del Juez Douglas en los dos casos, parece difícilmente adecuado para el cometido que se propuso. Puesto que no había explicado en el Caso *White Motor* nada más que en el caso *Penn-Olin* sobre por qué un acuerdo vertical puede ser diferente de uno horizontal, el pie de página en el último no da una mejor perspectiva sobre la aparente inconsistencia de las posiciones de Douglas en los dos casos¹⁵.

En la búsqueda de una resolución justificable de los conflictos y confusiones de la ley, es necesario más que establecer una teoría económica, al ser el Derecho *Antitrust* una norma de racionalidad económica y con sus propios reclamos, sus propias tradiciones y disciplina. El abogado, a diferencia del economista, está forzado por su habilidad a hacer más que entender y describir. Debe obtener alternativas para decidir qué puede ser sensiblemente hecho sobre situaciones particulares. Debe, además, determinar qué reglas pueden ser dejadas de lado adecuadamente para el futuro, lo que significa que debe estar alerta no solamente sobre los hechos que establecen límites en el mundo industrial y comercial para diseñar remedios mundiales y por tanto diseñar leyes, sino también que los límites adicionales para la doctrina son establecidos por el proceso de alerta, adjudicación y ejecución. Aún en un predominante campo del *common law*, las Cortes –así como el Derecho *Antitrust*–, no deben renovar los precedentes en cada caso, puesto que el *common law* en sí mismo enfatiza un gran valor en la continuidad de la doctrina. El cambio, en todos salvo con algunos casos excepcionales, es preferiblemente guardado dentro de un marco conceptual de un campo existente dado. La regla de la razón de la *Sherman Act*, sin embargo, de la manera en que el Jefe de Justicia *White* señaló claramente en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*¹⁶, contiene únicamente dentro de sí misma un concepto de la conveniencia y los medios de cambio y reforma. Y, finalmente, el caso legal tiene derecho a una respetable atención como una posible fuente de conocimiento sobre política legislativa en materia *antitrust*. Los economistas no han logrado completamente por ningún medio la aplicación de sus teorías para todas las formas de comportamiento de

mercado. Uno siempre debe estar alerta a la posibilidad de que las distinciones y categorías de la ley, usualmente pobremente articuladas y aparentemente divorciadas de la teoría económica, pueden aún así reflejar un fuerte sentido práctico y una sensación del fenómeno con el que las Cortes han tratado. La ley, por tanto, puede algunas veces hacer sugerencias a los economistas, y éstas no deben ser pasadas de vista.

Este artículo contiene dos secciones principales. La primera intenta, a través de un examen de casos clave, identificar los temas principales de política y de razonamiento económico en el desarrollo judicial de la regla de la razón. También alcanza una aproximación a las políticas que han sido tomadas en cuenta para el diseño legislativo y sugiere que el valor apropiado en este campo del Derecho *Antitrust* es la maximización de la satisfacción del consumidor. La segunda sección del artículo elabora un análisis económico de las formas más comunes de fijación de precios y reparto de mercado en un esfuerzo por sugerir las consideraciones que deben gobernar su legalidad o su ilegalidad.

TEMAS PRINCIPALES EN LA REGLA DE LA RAZON

En cierto sentido, el intento de aislar y describir los principales temas de la regla de la razón involucra un elemento considerable de arbitrariedad, puesto que no es de suponer que cualquiera de los jueces cuyas opiniones son discutidas poseen filosofías *antitrust* completamente articuladas, las cuales pueden descubrirse a través de una lectura cerrada. Los problemas establecidos fueron –en su generalidad– intrínsecamente difíciles bajo cualquier enfoque y no se había logrado unanimidad sobre si es que la ley tenía fines completamente económicos o si contenía una fuerte mezcla de otras consideraciones sociales y políticas. Las direcciones judiciales principales del enfoque no han mostrado pues precisamente límites definidos. Jueces diferentes –y algunas veces el mismo juez en diferentes momentos– han parecido emplear diferentes aparatos teóricos.

Reconociendo, entonces, que cualquier clasificación es en algún extremo una construcción artificial, aún parece útil y legítimo intentar llegar al menos a una. Los casos fueron abiertos antes que las Cortes los forzaran a hacer un número de distinciones básicas. Y las implicaciones necesarias de tales distinciones, si bien totalmente presentes o no en las mentes de sus autores, pueden ser ahora discernidas y pueden ser justamente aquellas

¹⁴ 378 U.S. en 177-78 n. 1.

¹⁵ Si se pudiera percibir una diferencia en la ley precedente, puede ser que los acuerdos de precios verticalmente impuestos fueran vistos aún más estrictamente que en la variedad horizontal. Véase OAKS & KRANE. “Resale Price Maintenance by an Integrated Firm: The McKesson & Robbins Case”. U.Ch. L. Rev. No. 24. pp. 533, 533-534. 1957. El hecho que el caso *White Motor* subiera a apelación sobre la concesión del juicio sumario no se veía en la vista de Douglas el distinguirlo de su análisis del caso *Penn-Olin* puesto que la pregunta que él discutía en ambos casos era la aplicabilidad de la regla *per se*.

¹⁶ Véase el texto que le sigue a la nota 84.

que constituyen temas o enfoques distinguibles. El tema identificado como la tradición principal de la regla de la razón tiene como fuerte y dominante característica una preocupación dominante sobre los valores económicos, esto es, con la maximización de la satisfacción del consumidor a través de la más eficiente asignación y usos de recursos. El logro principal de esta tradición ha sido la adopción de la ley de una ilegalidad *per se* de los acuerdos de cartel¹⁷. Los esfuerzos desviados en la ley han sido usualmente caracterizados por una voluntad a dar significancia operativa a metas conflictivas, como el bienestar de grupos particulares de productores. La falla de las Cortes y de los especialistas en reconocer la existencia de temas separados, definidos bruscamente por los valores que ellos implementaron, ha sido la responsable de gran parte de la confusión por la que la ley *antitrust* es tan justamente anotada.

Sin embargo, la confusión judicial no tiene por qué ser enteramente condenada. Ha sido una parte importante y funcional del Derecho *Antitrust*. Sin él, varios de los dogmas y perogrullos que ocupan este campo han podido hacer más daño del que han hecho en los resultados actuales. La confusión existe dentro de cada una de las teorías elaboradas –por la que ninguno de ellos ha logrado una completa consistencia filosófica– y también entre las mismas teorías en interdependencia. El último tipo de confusión ha sido especialmente útil. Un juez acostumbrado a trabajar dentro de la corriente dominante de la teoría *antitrust*, la cual da énfasis a los valores económicos, la importancia y la amplitud de las reglas *per se*, puede verse forzado a juzgar un acuerdo válido bajo las metas básicas de política de la tradición principal pero no es capaz de ser manejable satisfactoriamente dentro de su confinante formulación verbal. La confusión doctrinal del Derecho *Antitrust* permite al juez confiar, sin ninguna explicación real, en un precedente que surge de una teoría completamente diferente –una en cuyo caso ordinario ignoraría completamente. Esta táctica vale para la carrera en forma de acordeón de la opinión del Juez Brandeis en el caso *Chicago Borrad of Trade*. Cuando la rigidez de la regla *per se* parece semánticamente aplicable pero también de alguna manera inapropiada, la Corte tiende a redescubrir el vago dictamen de Brandeis como la esencia de la regla de la razón. En estos tiempos, el caso es tratado como un precedente sólo para determinar la legalidad de una menor regulación del comercio en un intercambio organizado. A pesar que la confusión ha servido de mucho al Derecho *Antitrust*, dándole la flexibilidad hecha necesaria por la inadecuación de sus teorías, el precio ha sido el sacrificio de la predictibilidad. El Derecho

Antitrust necesita ahora una generalización coherente, la cual combinará el grado necesario de flexibilidad y predictibilidad.

Las decisiones del período formativo de la ley en cuanto a la fijación de precios y el reparto de mercado son en estos días usualmente o bien ignoradas todas juntas o tratadas como mera historia. Aún así, un cercano análisis de ellas como doctrina es recompensante. Una de las recompensas es el descubrimiento que el punto vista convencional sobre la certeza de estos casos es aparentemente errado y que en este campo la reevaluación se debe tanto a los precedentes judiciales como a la historia del desarrollo doctrinal.

De manera más importante, los casos de las primeras décadas después de la promulgación de la Sherman Act merecieron un reestudio cuidadoso puesto que las Cortes fueron forzadas a confrontarse y debatir las preguntas sobre políticas fundamentales de la ley en una manera más explícita de lo que ha sido usual desde entonces. Sin la ayuda de ninguna guía real sobre el estatuto o su historia legislativa, particularmente en los tópicos bajo discusión, las Cortes fueron forzadas a legislar de una manera más general y a discutir cuál podía resultar una política consistente y útil. El análisis de las opiniones que manifestaron en contra de los escenarios objetivos con los que tuvieron que tratar revela entonces algo de la naturaleza inherente de los problemas con los cuales cualquier cuerpo de reglas en este campo debe enfrentar.

El Establecimiento de la Tradición Principal

La tradición principal del Derecho *Antitrust* con respecto a la fijación de precios y el reparto de mercado fue conformado en el período formativo de la ley principalmente por tres hombres: el Juez Peckham, quien escribió las primeras decisiones de la Corte Suprema que tratan de la fijación de precios y los repartos de mercado; el Juez Taft quien, como juez de la Corte de Apelaciones, sugirió una de las opiniones más influyentes; y el Juez White, quien inicialmente se opuso a los planteado por Peckham, pero que luego se rectificó al pronunciarse en 1911 sobre los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*, los mismos que dieron el nombre de “regla de la razón” a una posición que fuera esencialmente planteada por Peckham. El juez Harlan parece también haber estado en esta tradición, a pesar de su poca habilidad para articular sus distinciones o aprehender aquellas hechas por otros causó una considerable e innecesaria confusión sobre ambas.

Cualquiera de los éxitos y fallas de estos juristas, y de aquellas otras visiones tales como las del Juez Holmes

¹⁷ La palabra “cartel” es usada en este artículo para significar un acuerdo o arreglo el cual meramente elimina la competencia o no ayuda en la creación de eficiencia.

y el Juez Brandeis, cuyo trabajo será discutido de manera separada, debe tomar en cuenta las dificultades que enfrentaron. Uno escucha frecuentemente hablar sobre el significado original de la Sherman Act o sobre los intentos del Congreso para promulgar esa ley, pero es pertinente afirmar, con respecto a la Sherman Act y particularmente a los acuerdos que se analizan en este artículo, que seguramente tales conversaciones legislativas fueron más que estúpidas. El Congreso simplemente no tenía una intención descubridora que ayudaría a una Corte a decidir un caso de una manera o de otra. Al menos algunos de los legisladores aparentemente pensaron que promulgaban el *common law*¹⁸. El lenguaje de la primera sección de la Sherman Act utilizó términos tomados del *common law*, pronunciando ilegalmente: "Todo contrato, combinación en la forma de monopolio u otra, o conspiración, en restricción del intercambio o comercio". El *common law*, sin embargo, probó no haber significado una ayuda importante toda vez que no contaba con un cuerpo unitario de doctrina en la cual una Corte pudiera apoyarse para encontrar los perfiles de un nuevo estatuto. Los precedentes del *common law* fueron difusos y contradictorios, difiriendo de jurisdicción en jurisdicción y usualmente inconsistentes aún dentro de una misma jurisdicción¹⁹. El *common law* concerniente a las restricciones al comercio, además, fue enraizado en políticas sociales muy distintas e irrelevantes para la Sherman Act. La preservación de la competencia era ciertamente una de las principales políticas que motivaban la vigencia de la Sherman Act. Pero el *common law* inició el tópico, aún antes que cualquier caso reportado, tempranamente en el siglo XV²⁰, una época en la que las Cortes inglesas pudieron

difícilmente suponer la idea de competencia como el regulador natural de los mercados. La regla en contra de los contratos de restricción al comercio, denominados inicialmente por el *common law* como acuerdos imprácticos de comercio, fue diseñada en principio para prevenir al hombre de comerciar fuera de su gremio en una sociedad donde las extensas restricciones gubernamentales y gremiales imperaban²¹.

Siglos más tarde, algunas Cortes del *common law*, particularmente en jurisdicciones americanas, sí desarrollaron una cierta preocupación por la competencia del mercado²², pero sus esfuerzos fueron muy esporádicos y muy fuertemente contradichos por otras decisiones para desarrollar cualquier doctrina que pudiera ser identificada como "la doctrina propia del *common law*" y fuera aplicable a la Sherman Act. El Consejo en los primeros casos era capaz de citar un precedente del *common law* para sustentar virtualmente cualquier posición que tomara. Probablemente por esta razón, así como por la naturaleza desesperanzada y anacrónica de cualquier intento de aplicar conceptos envueltos de una sociedad gremial medieval a una nación comercial moderna, las Cortes que aplican la Sherman Act nunca han pagado más que una especie de *lip service* al *common law*. En cambio, poco instruidas por el texto estatutario, por la historia legislativa o por el *common law*, las primeras Cortes que aplicaron la Sherman Act fueron requeridas por un urgente comando legislativo para crear una política social útil²³. Ellos prosiguieron en descargar esta función delegada por lo que parece en retrospectiva haber sido una habilidad considerable.

¹⁸ Véase DEWEY. "The Common-Law Background of Antitrust Policy". Va. L. Rev. No. 41. p. 759. 1955.

¹⁹ Véase DEWEY. supra nota 18, y LETWIN. "The Englis Common Law Concerning Monopolies". U. Chi. L. Rev. No. 21. p. 355. 1954.

²⁰ Dyer's Case, Libro Anual, 2 Hen. V., vol. 5, pl.26 (1415).

²¹ LETWIN. supra nota 19, pp. 374-375. PARKER, C.J., en *Mitchel v. Reynolds*. 1711. p. 1 P. Wms. 181, 24 E.R. 347, 350, estableció que una principal objeción a los contratos para no competir ha sido "la mala conducta que puede surgir de ellos, 1ero, a la parte, por la pérdida de su sustento, y la subsistencia de su familia; 2do, al público, privándolo de un miembro útil. Para una colección de materiales sobre el sistema gremial y su impacto en esta área de la ley, véase HANDLER, Cases and Materials on Trade Regulation. pp. 49-59, 102 n.1. 1937.

²² Véase, por ejemplo, los casos discutidos por el Juez Taft en el caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. pp. 271, 288-291. 1898.

²³ Un comentarista contemporáneo discutiendo la aplicación del nuevo proyecto de ley para el monopolio ofreció una conclusión la cual parece aplicable para todo el proyecto de ley al momento que escribió: "Pero una conclusión, sobre el todo, puede ser alcanzada. La Sherman Act es necesariamente vaga, puesto que, en la mente de los hombres, la maldad temida es vaga, y como las palabras, entonces, han sido usadas para expresarlas". DANA. "Monopoly Under the National Antitrust Act". Harv. L. Rev. No. 7. pp. 338, 355. 1894.

Parece claro que los debates del Congreso proveyeron pocos lineamientos empresariales para las Cortes quienes han tenido que construir una ley sobre acuerdos para fijar precios o repartir mercados. Ciertamente los primeros casos no confiaban explícitamente sobre cualquier determinación del Congreso. La necesidad de preservar la competencia era un tema principal en las deliberaciones legislativas, pero los otros valores que la competencia como medios de proteger a los consumidores —como la libertad de los pequeños empresarios y la limitación del esencial poder económico gubernamental en manos privadas— fueron también expresadas por los proponentes en el Congreso de la Sherman Act. En muchos casos estos valores llevarían a la misma decisión que preocuparía para los consumidores, y por tanto sería completamente superfluo tomar una decisión. En otros casos, sin embargo, requerirían diferentes resultados y el Congreso no suministró medios para resolver el conflicto. No era del todo claro, en cualquier caso, que la mayoría de legisladores estimados tales valores como factores independientes a ser ponderados por las Cortes en vez que sea deseable por productos lo cual de manera usual sigue automáticamente de la preservación de la competencia. Para una descripción general de las consideraciones de política mencionadas en el Congreso que promulgó la Sherman Act y la sociedad general del intento legislativo, véase THORELLI. "The Federal Antitrust Policy". pp. 225-232. 1954.

Aún permitiendo la verdad en el comentario del Juez Frankfurter sobre que "la interpretación justa de un proyecto de ley es usualmente 'el arte de proliferar un propósito',...revelado más por las fuerzas demostrables que lo produjo en vez de por su fraseo preciso". *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 489 (1951), el obstáculo que enfrentaban las Cortes con respecto a la Sección 1 de la Sherman Act era en naturaleza de manera argumentable excesivamente legislativo. El problema de la respuesta correcta de las Cortes a tal problema es discutida en las páginas siguientes.

La Regla de la Razón del Juez Peckham

A pesar de la opinión universal cercana de que el Juez White inventó la moderna regla de la razón con sus opiniones²⁴ en los casos *Standard Oil*²⁵ y *American Tobacco*²⁶ de 1911, una lectura cuidadosa de las opiniones del Juez Peckham indica que el honor de la paternidad le pertenece a él. Es difícil tomar en cuenta para el logro común de Peckham un mero literalismo dedicado a una interpretación rígida del proyecto de ley²⁷, así como una confianza excesiva sobre las formulaciones verbales. La aparente lectura literal de Peckham del proyecto de ley era probablemente una táctica en su debate en 1897 con White sobre la construcción de un nuevo proyecto de ley. White entonces apoyó una posición muy diferente de la que él adoptó como la "regla de la razón" en 1911. El punto en discusión en el debate Peckham-White, a pesar que pareciera que White lo malentendió, no era determinar si la Sherman Act debía ser flexible o rígida sino determinar qué criterio debía controlar su flexibilidad.

La ocasión para este debate fue en la decisión del caso *Trans-Missouri*²⁸, el primer caso en el cual la Corte Suprema tuvo que aplicar la Sherman Act a un acuerdo de fijación de precios. El gobierno había demandado cargos para imponer sanciones sobre la *Trans-American Freight Association* y dieciocho ferrocarriles miembros en cuanto a un acuerdo sobre sus tarifas y otros términos del servicio de transporte por ferrocarril²⁹. El caso se complicó por el requerimiento de la *Interstate Commerce Commission*, la cual sugeriría que los demandados no habían cometido ninguna infracción y de que todas las

tarifas ferroviarias, de cualquier manera que se alcanzaran, eran "razonables y justas"³⁰. En la audiencia de alegatos, el demandado señaló que había cobrado sólo tarifas razonables, y sus alegatos fueron tomados como ciertos. La Corte de Circuito descartó el mandato, sosteniendo que, a pesar que los contratos que eliminaban una sana competencia eran condenables, son legales aquellos que "van al extremo de sólo prevenir una competencia malsana, y aún al mismo tiempo suministrar al público de facilidades adecuadas a precios fijos y razonables y que son únicamente utilizados para el propósito de evitar una ruina personal"³¹. Una mayoría de dos jueces en la Corte de Circuito de Apelaciones confirmó la decisión, acordando que el precedente relevante sustentaba "la proposición que no es la existencia de la restricción de competencia, sino la razonabilidad de tal restricción, lo que es la prueba de validez de los contratos demandados por ser restrictivos del comercio"³². Esta interpretación del precio razonable sobre el significado del estatuto representó en ese momento una visión poco común en los jueces federales quienes tuvieron la ocasión de aplicar la ley³³, y parece muy cercano a haber llevado a la Corte Suprema misma. Peckham dirigió a la mayoría en una decisión de cinco a cuatro manteniendo la dimisión del error en el mandato³⁴. White y la minoría aceptó aparentemente el argumento de las empresas de ferrocarriles de que solamente las restricciones no razonables estaban fuera de la ley por el estatuto y tal razonabilidad estaba definida por la razonabilidad de las tarifas que habían sido acordadas. Desde que la *Interstate Commerce Commission* había encontrado las tarifas como razonables, el argumento fue que la restricción al

²⁴ Esta visión es tan general en la literatura actual que la citación de enunciados individuales de tal efecto parecen no sólo superfluas sino desorientadoras.

²⁵ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

²⁶ *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

²⁷ Véase, por ejemplo, HANDLER. "Antitrust in Perspective". pp. 4-7. 1957.

²⁸ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897).

²⁹ El acuerdo permitía a los caminos individuales a cobrar tarifas menores que aquellos establecidos por la Asociación, pero las provisiones por aviso anticipado de las reducciones de tarifas, reducciones colectivas por otros caminos para alcanzar individualmente las tarifas reducidas, y procedimientos similares, parecían ser calculadas de manera de desincentivar el recorte de tarifa.

³⁰ 24 Stat. 379 (1887).

³¹ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 53 Fed. 440, 451 (C.C.D. Kan. 1892). El juez citó una decisión en Michigan con aprobación: "El público está tan interesado en la prosperidad de sus ciudadanos en sus variados pasatiempos como es posible en su competencia". Ibid. p. 452.

³² *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 58, 72 (8th Cir. 1893). La opinión establecía que mientras que los contratos cuyo principal propósito era la supresión de la competencia pueden ser ilegales, no se seguía que era ilegal realizar acuerdos cuyo principal propósito era "regular la competencia que pueda ser justa, abierta y saludable, y cuya restricción sobre ella es suave, y solamente la que es necesaria para lograr este propósito". Ibid. p. 69.

El juez discrepante acordó que esta era la regla general pero señaló al contrario que para los ferrocarriles se aplicaba una más estricta. Intentó una distinción entre partes privadas comprometidas en tales persecuciones como "la manufactura o venta de madera, bienes secos u otros artículos parecidos", a los cuales la regla mayoritaria se aplicaría, y dos clases de personas a los cuales se aplicaba una regla más rigurosa en prohibir todo acuerdo que restringía la competencia, llamados partes privadas que tratan con "commodities de artículos básicos" o "artículos de primera necesidad" y corporaciones, como compañías de ferrocarriles, comprometidas en un trabajo de naturaleza pública. Ibid. p. 87. Este juez identificó a las corporaciones involucradas en un trabajo de naturaleza pública como aquellas cuyas labores "requieren en su desempeño el ejercicio del derecho soberano de dominio eminente" pero no indicó cómo uno puede distinguir un *commodity* de artículo básico o artículo de primera necesidad de frivolidades como bienes secos y madera. Ibid. p. 86.

³³ Véase, por ejemplo, en adición a las opiniones de la Corte inferior en *Trans-Missouri*, las opiniones en *Dueber Watch Mfg. Co. v. E. Howard Watch & Clock Co.*, 55 Fed. 851 (C.C.D.N.Y. 1893), *aff'd*, 66 Fed. 637 (2d Cir. 1895); y *Gibas v. McNeeley*, 102 Fed. 594 (C.C.D. Wash. 1900), *rev'd*, 118 Fed. 120 (9th Cir. 1902). Entre las distinciones sugeridas en la opinión *Dueber Watch Case* en la Corte de Apelaciones fueron la razonabilidad del precio fijo, si bien los bienes afectados eran de primera necesidad, si es que las partes tenían poder de mercado, si es que la restricción era general o parcial, y si es que las partes meramente se limitaban ellas mismas o trataban de forzar a otras a estar de acuerdo.

³⁴ Aparte de Peckham, la mayoría estuvo de acuerdo con el Juez Fuller y los jueces Harlan, Brewer, y Brown. La minoría estuvo conformada por los jueces White, Field, Gray y Shiras.

comercio desarrollada por parte de los demandados era necesariamente razonable y el mandato gubernamental fue apropiadamente descartado.

La lectura “literal” de Peckham –su insistencia sobre que la Sherman Act no podía ser utilizada para legitimar una categoría de restricciones “razonables” puesto que dejaba fuera de la ley “toda” restricción– parece haber sido una táctica para vencer la versión de White sobre la ley, no el resultado de una aplicación simple de un lenguaje estatutario³⁵. Ciertamente Peckham no se oponía a la flexibilidad en la aplicación de la ley, por lo que, como será visto, introdujo un poder de discriminación sofisticado dentro de la ley en su definición del término “restricción del comercio”. Su objeción real a la prueba de “razonabilidad” de White estaba basada en que ésta, como la habían planteado White y los jueces de la Corte menor, sí habría importado en la Sherman Act³⁶. Para evadir tal construcción fue una buena maniobra de Peckham recurrir al texto estatutario: Cuando, entonces, una

norma toma como ilegal todo contrato o combinación en restricción del intercambio o el comercio entre varios Estados, etc., el significado simple y ordinario de tal lenguaje no está limitado a tal tipo de contrato sino sólo al que implementa una restricción no razonable del comercio, pero todos los contratos son incluidos en tal lenguaje, y no se puede añadir una excepción o limitación sin ubicar en la norma aquella que ha sido omitida por el Congreso³⁷.

Él concluye que un acuerdo que se encarga de fijar tarifas era un contrato que se suscribía en restricción del comercio y, por tanto, resultaba ilegal en cuanto a la supuesta razonabilidad de las tarifas establecidas.

Sin embargo, Peckham no se encontraba del todo contento apoyando su teoría en la construcción literal del estatuto. También argumentó persuasivamente en contra de un estándar de precio razonable debido a que “una tarifa razonable es atendida con gran incertidumbre”³⁸ de manera que sería “excesivamente

³⁵ La contribución del argumento gubernamental a la solución de Peckham es problemática. El resumen del gobierno sostenía que la Sherman Act no estaba controlada por el *common law* y que el Congreso no había “impuesto sobre las Cortes un deber de investigación sobre la razonabilidad o justificabilidad, sino que condenaba todas las restricciones... El impedimento de competencia, completo o parcial, es una restricción del intercambio o comercio en el cual existe”. Resumen para los Estados Unidos, *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897), p. 31. Tomada literalmente, esta visión requeriría una regla *per se* completa en contra de la eliminación de la competencia. Posteriormente el resumen parecía ofrecer un enfoque menos drástico, argumentando que los principios relacionados al monopolio eran relevantes y que uno de los principales males del monopolio era la destrucción de la competencia y el consecuente impedimento de operación de las causas comerciales ordinarias sobre los precios. Esto parecía ser ilegal solamente cuando las partes controlan el mercado. *Ibid.* p. 38. El resumen sugirió, en un pasaje que esboza la opinión concertada de Brewer en el caso *Northern Securities*, véase *infra* nota 112, que un acuerdo que elimina la competencia entre ferrocarriles no solamente era igual de malo que los monopolios ordinarios y combinaciones, sino que era “de hecho más dañino en efecto, a pesar que era igual en principios, puesto que es más fácil es reprimir la competencia que está limitada por leyes naturales. Cuando es posible una incipiente competencia, que como tal existe, ésta se vuelve la más importante y debería ser la más celosamente vigilada”. *Ibid.* p. 39. El resumen argumenta el caso también bajo la teoría alternativa de que el *common law* sí controla el estatuto y sugirió una formulación semejante a aquella adoptada más tarde por el Juez Taft. Véase el texto que acompañan las notas *infra* 64-82.

³⁶ Los resúmenes de los demandantes habrían sólo incrementado las dudas de Peckham sobre la posibilidad de usar el *common law* para darle significado al estatuto. Argumentando que la Sherman Act, si incorporara al *common law*, sería muy vaga para ser constitucional, los demandados dijeron: “La verdad es que el término ‘contratos en restricción del comercio’ no designa ninguna clase de contratos ilegales, solamente una clase de contratos concernientes a la legalidad de cuáles preguntas surgen. Algunas de ellas son ilegales mientras que otras no lo son; y si es que alguna en particular es ilegal depende de si es o no contraria a la política pública. Esta es la única prueba”. Resumen de los Demandados, p. 33. Pero luego, argumentando en la alternativa bajo la teoría que el *common law* estaba controlando, los apelantes dijeron que la prueba era una de razonabilidad, lo cual significa “lo que es conforme razonar”. *Ibid.* p. 65. Qué era “conforme razonar” en el *common law*, y, por tanto, bajo el estatuto, resultaron ambos ser contratos subsidiarios tales como el acuerdo de no competir con el vendedor de un negocio y aquellos en los cuales la restricción en sí misma era el principal objeto, incluyendo “aquellos contratos en el cual el objeto es restringir o regular la competencia”. *Ibid.* p. 69. El último cae dentro de tres categorías: (1) Contratos entre personas tratando con primeras necesidades las cuales por causas naturales están limitadas en su oferta (vistas estrictamente por la ley); (2) contratos entre personas haciendo o tratando con *commodities* ordinarios cuya oferta puede ser incrementada por otros si el precio es mantenido alto (aquí, la ley estima el acuerdo como inocente si parece que el propósito era simplemente mantener precios justos y razonables. Pero aún aquí el acuerdo será tomado con mayor celo si está relacionado con un *commodity* el cual es una necesidad primaria de vida.); y (3) combinaciones entre personas que ejercen franquicias públicas con la visión de restringir o regular la competencia. (aquí la ley fija el precio del servicio suministrado en la ausencia de un acuerdo sobre qué es razonable.) *Ibid.* p. 69-70. Aplicando la tercera categoría al caso ante la Corte, el resumen sostenía: “La pregunta, entonces, se torna sobre la naturaleza y los resultados de la competencia en los negocios de transporte ferroviario; cuáles son los beneficios de tal competencia, cuáles los males, si alguno, son incidentes a él, si es que es competente a las partes involucradas en tanto rivales que buscan por un acuerdo voluntario evadir tales males, y si es que los medios utilizados en la presente instancia son razonablemente calculadas para reprimir tales males, o para restringir los beneficios de la competencia”. *Ibid.* pp. 71-72. A pesar que esta prueba parecía requerir que todo caso de fijación de precios sea conducido mediante un estudio de toda la industria y sea concluido con un juicio legislativo por la Corte, el consejo realmente tiene una solución más simple para ofrecer, desde que ellos se enfrentaron, los precios razonables se aseguraron en esta industria por la ley que requería que las tarifas sean razonables y en otras industrias por el hecho que cualquier intento de incrementar el precio a un punto razonable atraería nuevo capital, incrementaría la oferta, y disminuiría el precio”. *Ibid.* pp. 115-16. Esto parece significar que todos los acuerdos para fijar precios serían legales excepto en aquellos raros casos en los cuales el suministro del producto es absolutamente fijo. Habiendo forzado a través de esta confusión de categorías y distinciones metafísicas para aprender que casi todos los carteles son legales, Peckham y los otros jueces de la mayoría habrían concluido justificablemente que el *common law* no tenía un gran trato que ofrecer a la Sherman Act.

³⁷ 166 U.S. 290, 328 (1897).

³⁸ ¿Cuál es el estándar apropiado por el cual juzgar las tarifas razonables? ¿Debe ser la tarifa tan alta como para permitir que el retorno por todo el negocio hecho que sume a un monto suficiente para ofrecer al accionista una ganancia justa y razonable sobre su inversión? Si es así, ¿qué es una ganancia justa y razonable? Eso depende algunas veces del riesgo incurrido, y la tarifa en sí misma difiere en diferentes localidades: ¿cuál es la que se debe hacer referencia como el estándar? ¿O es la razonabilidad de la ganancia a ser limitada a una justa ganancia sobre el capital lo que sería suficiente para construir y equipar el camino, si se gasta de manera honesta? ¿O es aún otro estándar a ser creado, y la razonabilidad de los cobros tratados por el costo del transporte del artículo y una ganancia razonable permitida sobre él? Y en tal caso, ¿se asumiría una contribución a un fondo en hundimiento para hacer reparaciones sobre la superficie de la carretera y la renovación de autos, etc., como un artículo apropiado? ¿O es la razonabilidad del cargo a ser probado con referencia a los cobros por el transporte del mismo tipo de propiedad hecha por otras carreteras similarmente situadas? Si es la última, una combinación entre tales carreteras como a tarifas, no abastecería, de hecho, ningún medio de responder a la pregunta. 166 U.S. 290, 331-32 (1897).

difícil formular aún los términos de la regla". Además, "aun luego de que el estándar deba ser determinado existe una variedad infinita de hechos que entran en la pregunta de qué es una tarifa razonable" que el esfuerzo de hacer una propuesta sería tan enorme de manera que venza la acción³⁹. Demostró efectivamente, de hecho, que la pregunta qué es una tarifa "razonable" es muy tonta para una Corte puesto que la única respuesta significativa es la tarifa establecida por la competencia⁴⁰. Peckham hizo aun otro argumento de política en contra de un estándar de precio razonable, estableciendo que el mero poder de afectar los precios, cuando se logra mediante un acuerdo, debería ser ilegal puesto que puede ser usado no sólo para incrementar los precios sino para disminuirlos en detrimento de pequeños competidores del cartel⁴¹.

En el caso *Trans-Missouri*, Peckham dio una indicación resumida pero altamente sugestiva de su "regla de la razón" cuando, a pesar que insistió en que toda restricción del comercio era ilegal, indicó que: "Un contrato [por el vendedor de propiedad de negocios no para entrar en el mismo tipo de negocio por un cierto tiempo o dentro de cierto territorio] accesorio a la venta de la propiedad, que incrementa el precio de venta, el cual en efecto, es colateral a tal venta, y donde el principal propósito de todo el contrato está acompañado por tal venta, puede no ser incluido dentro de la letra o espíritu del estatuto en cuestión"⁴².

Puesto que este pasaje indicó que un contrato claramente clasificado como uno "en restricción del comercio" en el *common law* puede no encontrarse "dentro del texto" de la ley, sirvió para que Peckham reinterpretara aquella frase para adaptar el rol diferente de la norma⁴³.

White, en su opinión disidente parecía como muchos comentaristas lo hicieron posteriormente, no estar de acuerdo el significado del comentario de Peckham y suponer que era realmente sólo un vanidoso disparate que reveló el vacío del intento de Peckham de una

construcción "literal" del estatuto. White preguntó retóricamente, pero ¿cómo puede sostenerse que las palabras "todo contrato en restricción al comercio" abarca todos estos tipos de contratos, y aún al mismo tiempo es dicho que ciertos contratos de tal naturaleza no están incluidos? La excepción sostenida no solamente destruye la regla en la que recae, sino que no resta en ningún fundamento de razón⁴⁴.

Aún así debe ser posible ver, incluso en el caso *Trans-Missouri*, que Peckham estaba redefiniendo "restricción al comercio" para referirse a la eliminación de la competencia en el mercado general. Esto representaba un rastreo hacia un estándar —más sofisticado que la noción difusa de White sobre precios "razonables"— capaz de separar dos clases muy diferentes de acuerdos que eliminan la competencia: el contraste entre un acuerdo colateral y subordinado a la venta de propiedad y un acuerdo entre ferrocarriles para establecer tarifas. Uno era probablemente percibido como muy improbable de afectar la competencia generalmente; el otro como muy cierto de hacerlo. Este y otro razonamiento en la opinión generalizada, muestra que Peckham aceptó la preservación de los mercados competitivos como un propósito principal de la norma⁴⁵. Parece haber enmarcado una regla muy parecida a la de la ilegalidad *per se* para acuerdos de cartel. Dijo sobre el acuerdo entre los ferrocarriles que "no puede haber dudas que su efecto directo, inmediato y necesario es poner una restricción sobre el intercambio o el comercio como descrito en la *Sherman Act*" y que era por tanto ilegal "sin importar cuál era la intención de las partes que lo firmaron"⁴⁶.

Sin embargo, la preservación de la competencia no fue el único valor que encontró Peckham en la *Sherman Act*. Como ya se ha notado, él temía tanto del poder de una combinación para establecer precios bajos como a su poder de establecer precios altos. La base de este miedo estaba relacionada con los pequeños comerciantes y quizás también con una creencia que las metas de la norma podrían incluir

³⁹ Cualquier expendedor estará apto en muchos casos para abandonar el esfuerzo de mostrar el carácter no razonable del cargo, antes que arriesgar el gran gasto en tiempo y dinero necesarios para probar el hecho, y al mismo tiempo incurrir en todas las futuras negociaciones con él. Para decir, entonces, que la norma excluye a los acuerdos que no están en una restricción del comercio no razonable, y que simplemente tienden a mantener tarifas razonables por transporte, es sustancial dejar la pregunta de razonabilidad a las mismas empresas. 166 U.S. 290, 332 (1897).

⁴⁰ Ibid. p. 339. Peckham ignoró completamente el énfasis de White sobre que si la razonabilidad de las tarifas era imposible de determinar, una luz muy rara era lanzada sobre un juicio reciente de la Corte sosteniendo una determinación de la ICC sobre que ciertas tarifas no eran razonables. Ibid. p. 373. Quizá su silencio sugirió que era una cosa cuando el Congreso había legislado un estándar esencialmente sin sentido el cual la Corte debe aplicar forzosamente y otra cuando la Corte era libre de escoger.

⁴¹ Ibid. p. 323.

⁴² Ibid. p. 329.

⁴³ En cualquier otro lado, la opinión que sugería que el término puede tener un significado diferente en la norma. Ibid. p. 313.

⁴⁴ Ibid. p. 352.

⁴⁵ Entonces, al conocer el argumento que, puesto que los ferrocarriles tenían el derecho a cobrar tarifas razonables bajo el *Interstate Commerce Act*, ellos tenían el derecho de acordar con carreteras competidoras para mantener tales tarifas, Peckham dijo que lo que una carretera puede hacer era radicalmente diferente de acordar con una carretera competidora para mantener las tarifas altas. "La competencia traerá ella misma tarifas menores a lo que sería razonable, mientras que en el caso de un acuerdo para mantener los precios altos, la competencia no está permitida a jugar". 166 U.S. 290, 339 (1897). A pesar que en el caso *Trans-Missouri* él nunca explícitamente definió "restricción al comercio" como un acuerdo de cartel para eliminar la competencia del mercado general, ese era el concepto de trabajo al que él siempre volvía.

⁴⁶ Id. p. 342.

adecuadamente el bienestar social, político y económico⁴⁷. Peckham hizo sonar temas muy complejos que han tenido eco a través del Derecho *Antitrust* hasta estos días. Es importante que estos temas hayan sido tomados en el primer caso de fijación de precios tratado en la Corte Suprema, en el cual se establece su antiguo linaje en el Derecho *Antitrust*, y que Peckham les haya dado voz, lo que muestra que ni siquiera incluso la principal tradición *antitrust* ha sido completamente consistente. La regla *per se* y su preocupación por la competencia, como se verá, pueden resultar incompatibles con los intentos de la misma norma de fomentar los valores sociales y políticos, si éstos últimos valores acaso tienen una importancia operativa⁴⁸. Estas expresiones y puntos de vista nos demuestran que la falta de claridad en las políticas *antitrust* es tan antigua como la misma norma. Peckham pertenece, sin embargo, a la tradición principal porque a pesar que él expresa otros valores, emplea una regla *per se* relacionada con los valores económicos de la competencia.

Muy poco se necesita decir con respecto al disenso de White. Él argumentó, como ya ha sido señalado, que la Sherman Act empleó un precio estándar razonable. No sugirió cómo debía ser identificado un precio razonable. Tal regla, aplicada uniformemente, habría permitido una cartelización ilimitada con una supervisión judicial de niveles de precios. Sin embargo, White sustentó su posición argumentando que una ley que destruye todo contrato que restringe el comercio o la libertad de los comerciantes sin importar su razonabilidad dejaría fuera de la ley “todos aquellos contratos que son la esencia pura del comercio, y sería equivalente a decir que no debería haber comercio, y por tanto no habría nada qué restringir”⁴⁹. Entonces dio cabida conjuntamente a los temas en contienda sobre la regla

de la razón: la idea de que algunos contratos son necesarios para comerciar, a pesar que eliminen también cierta competencia; y la muy diferente noción que cierta represión general de la competencia pueda ser deseable en sí misma. Se muestra que él estaba preparado para que la Sherman Act juzgue el último así como el primero de las combinaciones de hombres trabajadores para obtener mayores salarios o menores horas de trabajo. Señaló que las combinaciones de obreros sólo habían sido exceptuadas de la prohibición del *common law* de contratos o combinaciones en restricción del comercio “ya sea por una excepción estatutaria, o por el progreso que hizo razonar el factor de control sobre el sujeto”⁵⁰. Esto implicó que las Cortes así como las legislaturas pueden decidir qué grupos de productores son preferidos para los consumidores.

White parecía dispuesto a determinar y probar la razonabilidad prescrita bajo la Sherman Act, esto estaba destinado a hacer grandes juicios de política por parte de un tipo que usualmente estaba reservado para la legislatura. Esto era algo más de lo que las Cortes estaban forzadas a hacer en cualquier caso por la vaguedad de la Sherman Act, por lo que él creyó conceptualizar una determinación continua de si era deseable la competencia o la cartelización en un caso particular y una regulación continua del comportamiento del cartel y no una evolución de una empresa con un conjunto de criterios examinables por el Congreso para que éste pudiera aceptarlos, modificarlos o rechazarlos. Esto, aparentemente, fue lo que White quiso decir en 1897 por la “regla de la razón”⁵¹. Sus diferencias con Peckham eran claramente fundamentales, a pesar que quizás el caso *Trans-Missouri* tenía probablemente una inmensa importancia para la futura evolución de la ley.

⁴⁷ Peckham temía los precios altos por el bien del público, pero no era consistente sobre sus razones para temer a los precios bajos. Él argumentó que los negocios o las combinaciones comerciales podrían incluso reducir, temporal o quizá permanentemente el precio del artículo comercializado o manufacturado, reduciendo el gasto inseparable al funcionamiento de varias empresas para el mismo propósito. El intercambio o el comercio bajo esas circunstancias puede sin embargo, ser malo y desafortunadamente restringido sacando del negocio a los pequeños comerciantes y a hombres valiosos cuyas vidas han sido utilizadas en eso, y quienes pueden no ser capaces de reajustarse a su ambiente alterado. La mera reducción en el precio del *commodity* comercializado puede ser gustosamente pagado por la ruina de tal clase y la absorción del control sobre un *commodity* por una combinación todopoderosa de capital. 166 U.S. en 323. Al preferir entonces una sociedad de “pequeños comercializadores y hombres valiosos”, aun si fuera necesario renunciar a los costos reducidos y a precios reducidos permanentemente para retenerlos, Peckham anunció el comienzo del argumento del Juez Brandeis y los desarrollos modernos de las políticas que él apoyó. Véase el texto en páginas siguientes. Peckham distinguió, quizá no de manera consistente, entre las dislocaciones y adversidades personales las que fueron el “inevitable acompañamiento del cambio y la mejora”. (él citó el cambio de una fase de entrenamiento y botas de canal a ferrocarriles, el cambio de mano de obra a maquinaria, y de máquinas operadas a mano y aquellas operadas por vapor) y aquellas “efectuadas por combinaciones de capital cuyo propósito al combinarse era controlar la producción o la manufactura de cualquier artículo particular en el mercado”. Ibid. p. 323. Mas nuevamente retornó al daño que puede ser producido al reducir precios: “No es para la real prosperidad de cualquier país que tales cambio debieran ocurrir lo cual resulta de convertir a un hombre de negocios independiente, el jefe de su establecimiento, a pesar de lo pequeño que pueda ser, en un mero sirviente o agente de una corporación para vender los *commodities* que una vez fabricó o negoció; no teniendo voz en la modelación de la política de negocios de la compañía, y limitado a obedecer órdenes hechas por otros”. Ibid. p. 324. Peckham entonces vaciló entre el miedo del poder de una combinación para restringir la producción e incrementar precios y el temor al poder de una combinación para obtener eficiencias y disminuir precios. El resultado, al menos en casos de cartel, era llevarlo a denunciar la mera existencia de poder para fijar precios obtenidos por un acuerdo entre competidores.

⁴⁸ Véase el texto en la páginas siguientes.

⁴⁹ 166 U.S. p. 351.

⁵⁰ Ibid. p. 356.

⁵¹ Es a veces sugerido que el disenso de White en el caso *Trans-Missouri* debiera ser interpretado como que no significa más que un tipo de jurisdicción inicial: la ICC habiendo mantenido razonables las tarifas fijas bajo el Interstate Commerce Act, era impropia para las Cortes el

El hecho que Peckham no estuviera comprometido con un enfoque *per se* amplio -pero que de hecho estaba empleando una regla de la razón, a pesar que obviamente no utilizó tal término- se hizo más claro aún en su opinión el año siguiente en el caso *Joint Traffic*⁵². El caso involucró un acuerdo ferroviario para la fijación de tarifas indistinguible en principio del declarado ilegal en el caso *Trans-Missouri*⁵³. Este hecho dictó las tácticas del asesor: un asalto frontal sobre la racionalidad del caso *Trans-Missouri*. Los demandados sostuvieron que la lectura dada al estatuto dejaría fuera de la ley a los contratos y consolidaciones más ordinarias e indispensables. Esto ha sido un punto principal del disenso de White en el caso anterior y tal vez el asesor esperaba separar al menos a un miembro de la mayoría de cinco, diciendo las supuestas implicancias de su decisión anterior. Listó las transacciones que los demandantes alegaban como ilegales: (1) "La formación de una corporación para llevar cualquier línea de negocio"; (2) "un contrato de asociación"; (3) "la reunión de dos compradores de la misma persona para vender sus productos bajo comisión"; (4) "la compra de un comerciante mayorista del producto de dos productores"; (5) "el alquiler o compra por un granjero, manufacturero o comerciante de una granja, manufactura o tienda adicional"⁵⁴. Peckham respondió, luego de apuntar que ningún caso de ese tipo estaba en la Corte, que

tales transacciones serían difíciles de adaptar dentro de la categoría estatutaria de "restricciones del comercio". El abogado defensor también señaló que la interpretación de la *Sherman Act* elaborada en *Trans-Missouri* haría ilegal "todas las organizaciones de mecánicas comprometidas en el mismo negocio para el propósito de limitar el número de personas empleadas en el negocio, o de mantener salarios"⁵⁵. Sin embargo, Peckham simplemente ignoró esta ilustración en su refutación. Ciertamente la aplicación del estatuto a los sindicatos comerciales le trajo dificultades.⁵⁶ Aún así, parecía importante que, de todos los ejemplos adelantados por el asesor, Peckham excluyó al menos provisionalmente de la categoría de "restricciones al comercio", como él lo definió, aquellos casos de consolidación o fusión, mientras que el único ejemplo fue uno sobre el que involucró la eliminación de la competencia por acuerdo fuera de otro elemento de consolidación o fusión⁵⁷.

La opinión en el caso *Joint Traffic* dejó aún más claro que por "restricción del comercio" Peckham quiso decir la eliminación o supresión de la competencia en el mercado general, para, en defensa de la constitucionalidad del estatuto, preguntarse retóricamente: "¿No tiene el Congreso... el poder de determinar que ningún contrato o combinación deba ser legal, lo cual restringe el intercambio y el comercio

sostenerlas como inválidas bajo la *Sherman Act*. Bajo esta visión el disenso de White realmente no expresaba una construcción general de la *Sherman Act*. Esta interpretación no parece convincente, sin embargo, particularmente desde que White atacó la aplicación de la regla de Peckham a las situaciones diferente a la de ferrocarriles como posible a probar desastres e insistió sobre la necesidad de una regla de la razón en tales casos también. Es cierto que no especificó qué regla de la razón debe ser aplicada en otros casos pero aceptó el argumento de una tarifa razonable en el caso presentado y no indicó que esto estaba restringido para tal caso. En cambio, la presencia de la determinación de la ICC pareció referirse meramente como un medio fortuito de alcanzar la razonabilidad en tal situación particular. Esta visión es reforzada por la falla de White para determinar las interpretaciones de las Cortes inferiores sobre la razonabilidad en el mismo caso. Esto concibió claramente la aplicación de la prueba de precio razonable a todas las industrias. Otra pieza de evidencia que apunta hacia la misma dirección es que subsecuentemente en el caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1889), Peckham dijo que aún si la razonabilidad de precio era una defensa los precios fijos ahí no eran razonables. *Ibid.* p. 235 (Esto no era inconsistente con la posición general de Peckham sobre la defensa del precio razonable puesto que únicamente era posible en *Addyston* hacer tal hallazgo. Véase nota 79). White se sumó a la opinión de la mayoría. Parece muy posible que Peckham incluyera el punto sobre la no razonabilidad de precios, de otra manera hubiera sido innecesario traer a colación a los disidentes en el caso *Trans-Missouri* en su interpretación de la ley.

⁵² *United States v. Joint Traffic Ass'n*, 171 U.S. 505 (1898).

⁵³ El acuerdo, entre 31 ferrocarriles comprendiendo la mayoría de líneas entre Chicago y la costa atlántica, fue descrito en su preámbulo "para establecer y mantener tarifas, peajes, reglas y regulaciones razonables y justas en el Estado y el tráfico interestatal, para prevenir una discriminación injusta y asegurar la reducción y la concentración de las gerencias y la introducción de economías en la conducta del servicio de carga y de pasajeros". Las tarifas, peajes, cargos y reglas existentes fueron reafirmadas pero los cambios fueron recomendados por los administradores de la asociación y los ferrocarriles fueron obligados a seguir las recomendaciones hechas. Las carreteras individuales pudieron desviarse solamente sobre las resoluciones de su junta de directores. La maquinaria para tal desviación así como la dirección del acuerdo a los administradores para recibir la noticia requerida de tal resolución "para actuar prontamente en el mismo para la protección de las partes presentes" fueron calculadas para desincentivar la falla en seguir las recomendaciones.

⁵⁴ 171 U.S. p. 567-568.

⁵⁵ *Ibid.* p. 567.

⁵⁶ Los sindicatos de comercio son el mismo fenómeno económico que los carteles, pero no eran ilegales en los Estados Unidos en ese tiempo y era ciertamente claro que cuando el Congreso promulgó la *Sherman Act* no había intentado destruir el movimiento sindical. Para una narración de las dificultades de la Corte para tratar de acomodar la existencia de los sindicatos y la negociación colectiva a la filosofía contraria de las leyes *antitrust*, véase GREGORY, "Lador and the Law" VIII (1946).

⁵⁷ Esta distinción le debe haber dado dificultad a Peckham en casos de fusiones, y quizá explica su voto con Holmes en el caso *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904). Pero es plausible de leer el lenguaje en el caso *Joint Traffic* como que deja fuera de la ley a las fusiones bajo la Sección 1 si su propósito o efecto era restringir el comercio: "La norma se aplica solamente a aquellos contratos cuyo efecto directo e inmediato es una restricción sobre el comercio interestatal... El efecto sobre el comercio interestatal no debe ser únicamente indirecto o incidental. Un acuerdo introducido con el propósito de promover el legítimo negocio de un individuo o corporación, sin ninguna razón para afectar o restringir el comercio interestatal, lo cual no restringe directamente tal comercio, no es, como lo pensamos, cubierto por la *Sherman Act*, a pesar que el acuerdo pueda afectar indirecta y remotamente tal comercio. 171 U.S. en 568. La prueba de "directo e inmediato" como opuesta a "indirecto e incidental" parece ser meramente un refraseo de la oposición de "directo, inmediato y necesario" a "colateral" o "incidental" el cual la opinión en el caso *Trans-Missouri* usó algunas veces para la distinción entre restringido y no restringido.

mediante el cierre de la operación de la ley general de competencia?"⁵⁸

Por tanto, la regla de la razón de Peckham dejaba fuera de la ley aquellos acuerdos cuyo propósito o efecto era suprimir la competencia en el mercado general pero defendía aquellos cuya eliminación de la competencia era accesoria e incidental a otro fin principal que las partes estaban buscando. De las ilustraciones discutidas, ese otro fin que legitimaba la eliminación de la competencia entre las partes parecía usualmente ser alguna forma de consolidación o fusión de sus actividades productivas.

Sin embargo, la regla de Peckham puede no resultar tan interesante. Ya se han realizado menciones de su sugerencia en el caso *Trans-Missouri* sobre que la *Sherman Act* puede contener una política social así como económica. No enfrentó la pregunta sobre cuál política debería tomar precedencia cuando los dos vienen en conflicto. Quizá, entonces, su discurso sobre valores no económicos era meramente retórico, sin significancia operativa en la ley. Sin embargo, tal tema, fue recurrido en la opinión de Peckham en el caso *Anderson*⁵⁹. Defendiendo un acuerdo de los miembros de una asociación para no comercializar con agentes que no eran miembros. Los demandados, miembros de *Trader's Live Stock Exchange*, eran especuladores de la bolsa de ganado de Kansas City, comprando ganado y luego revendiéndolo en el mismo mercado o reenviándolo a otros mercados. Ellos acordaron no comercializar con ningún otro comercializador de ganado que no fuera un miembro de *Exchange* y no comercializar con ningún mercante comisionado que tratara con un agente que no era miembro de la asociación. Peckham aceptó el reclamo que la asociación no tenía metas pecuniarias específicas pero estaba dedicada a tales fines en tanto el mejoramiento de los estándares de la integridad comercial. El razonamiento final sobre la decisión no es completamente claro. Peckham mencionó, aparentemente como factores determinantes, que

Exchange estaba abierto a todos los comerciantes de ganado que permanecieran bajo sus reglas y que había un amplio mercado para comprar ganado totalmente aparte de los demandados. No discutió el problema que existiría si *Exchange* se expandiera de manera que no hubiera un mercado importante fuera de la membresía. Quizá aún entonces lo hubiera encontrado legal. Pero a veces el principal sustento de su razonamiento parece ser que la asociación no apuntaba a la supresión de la competencia: "Si un acuerdo de tal naturaleza, en tanto apto y formal para el propósito intentado, pudiera posiblemente, aunque sólo indirecta y no intencionalmente, afectar el intercambio o comercio interestatal, el acuerdo sería bueno. De otra manera, no existe escasamente algún acuerdo entre hombres que tenga por objeto el comercio interestatal o exterior del que no se haya dicho, en alguna forma oscura, que afecte tal comercio y que por tanto haya sido prohibido"⁶⁰.

La decisión, entonces, no puede reflejar una creencia sobre que algunos valores, como la mejora de la moral comercial, justifican la eliminación de la competencia. Una decisión basada sobre tal creencia descansaría sobre un estándar indistinguible de la prueba de *White* sobre la razonabilidad que Peckham ha rechazado enfáticamente. Parece más probable que Peckham no analizara un acuerdo para usar únicamente tácticas comerciales "éticas" (como han sido definidas por las partes interesadas) como una eliminación de la competencia del mismo tipo como un acuerdo de fijación de precios⁶¹.

Esta visión es consistente con la referencia de Peckham a la restricción "indirecta" en el caso *Anderson*. La prueba de "directa" e "indirecta" en el caso *Anderson* y el caso "*Hopkins*"⁶² reemplazó la dicotomía inicial de restricción y no restricción empleada en los casos *Trans-Missouri* y *Joint-Traffic*⁶³. Como en la prueba anterior, "directo" e "indirecto" era un medio de

⁵⁸ Ibid. p. 569. A través de la opinión en el caso *Joint Traffic*, "restricción al comercio" se asume que esto consiste en una competencia sofocante en el mercado. Entonces, también en conexión con la constitucionalidad, Peckham enmarcó el tema como el poder del Congreso de prohibir, como en restricción al comercio interestatal, un acuerdo introducido con el propósito de mantener tarifas, y explicó que "El acuerdo afecta el comercio interestatal al destruir la competencia y al mantener tarifas por encima de lo que la competencia puede producir". Ibid. p. 569. Posteriormente, en el caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899), Peckham articuló aún más claramente la distinción que había estado haciendo desde el caso *Trans-Missouri*. El señaló que era una restricción al comercio y por tanto ilegal donde el efecto directo e inmediato de un contrato o combinación entre comerciantes particulares en un *commodity* es destruir la competencia entre ellos y otros, de manera que las partes del contrato o combinación puedan obtener precio mayores para ellos... Ibid. p.244. Pero, parafraseando a Anderson, él dijo: "cuando es visto que el acuerdo introducido no se relaciona directamente a y actúa sobre y abarca el comercio interestatal, y que era ejecutado por otro y completamente diferente propósito, y era calculado para obtenerlo, el acuerdo podía ser defendido, si su efecto sobre el comercio solamente era indirecto e incidental". Ibidem.

⁵⁹ *Anderson v. United States*, 171 U.S. 604 (1898)

⁶⁰ Ibid. p. 616.

⁶¹ Esto parece un error puesto que un acuerdo para no competir en maneras que las partes definen como "no éticas" es como un acuerdo para no competir en precios en cuanto su primer propósito y efecto es remover una forma de competencia entre las partes sin alguna fusión compensatoria de sus esfuerzos productivos u otra ganancia en eficiencia.

⁶² *Hopkins v. United States*, 171 U.S. 578 (1898).

⁶³ En las opiniones de los casos *Trans-Missouri* y *Joint-Traffic*, Peckham usó ocasionalmente frases similares a "directo" e "indirecto". Véase nota 57. Quizás la razón para trasladar más consistentemente a la fraseología directa-indirecta hacia la de restricciones y no restricciones fue la incomodidad de negar que los acuerdos conocían el *common law* como una restricción del comercio (como el acuerdo para no competir de manera colateral a la venta de un negocio) donde las restricciones al comercio bajo la *Sherman Act*. El fraseo de *Trans-Missouri* parecía contradecir lo que cualquier abogado del *common law* sabía, mientras que en *Anderson*, a pesar que es lo mismo en sustancia, desafió categorías de discurso o de pensamiento.

distinguir entre acuerdos cuyo primer propósito y efecto era la supresión de la competencia en el mercado general y aquellos cuyo propósito era otro pero que podría, así como cualquier comportamiento económico, tener inevitablemente algún efecto secundario sobre el mercado.

Entonces, Peckham, se configuró como un elemento importante en el desarrollo de la aplicación de la Sherman Act, es decir, en la formación de la política *antitrust* básica. Él merece una mejor reputación de la que ha obtenido. Si bien no trabajó una completa, consistente y totalmente desarrollada regla de la razón, nadie más pudo, pero Peckham hizo el intento sin una guía importante del Congreso o de la tradición judicial precedente. Diseñó, sin embargo, una versión de la norma cuyas distinciones fueron adjuntadas a la política de preservar la competencia en el mercado general permitiendo la implementación de aquellos acuerdos y esfuerzos cooperativos que son útiles en la promoción de la eficiencia industrial y comercial. Insistió en que la norma, al dejar fuera de la ley “toda” restricción al comercio, no decretaba que el *common law* se liberaba de la Sherman Act de un esfuerzo ridiculizante para incorporar un cuerpo de precedentes confusos e inapropiados. Su rechazo de un estándar de legalidad de precio razonable puede haber salvado a la norma de la inutilidad de volverse una versión judicialmente administrada de la National Industrial Recovery Administration. Dada la enorme dificultad administrativa del problema, el resultado de ello seguramente sería el retiro efectivo de las Cortes del campo, excepto quizás por el ocasional monitoreo de las conductas que parecían particularmente predatorias o “injustas”. Entonces ayudó a prevenir que la norma se convirtiera en una licencia para cartelizarse. Quizás aún más importante, ayudó a modelar una norma que se volvió, y se mantuvo por mucho tiempo, el símbolo políticamente potente del libre y no regulado mercado. Pese a cualquier defecto de sus opiniones o de la articulación de su razonamiento, en un punto crucial en la historia del Derecho *Antitrust*, Peckham y los otros cuatro jueces que lo acompañaron, tomaron la decisión correcta.

El juez Taft: el concepto de accesoriedad

Luego del caso Trans-Missouri pero antes que cualquier clarificación adicional de su significado por la Corte Suprema, el Juez Taft, como entonces fue, en su opinión para el Sexto Circuito en el caso

Addyston Pipe & Steel⁶⁴, hizo un intento ambicioso de proveer a la Sherman Act de una fórmula más trabajada.

El caso surgió en la apelación del gobierno de la dimisión de la Corte de Circuito sobre una petición de que se sancione a seis productores de tubos de hierro fundido pues éstos cobraban sus precios proporcionalmente al haber suscrito un acuerdo para fijar precios y repartir territorios. Los demandados intentaron evadir el efecto de Trans-Missouri argumentando que la regla estricta se aplicaba solamente a las corporaciones cuasi públicas como los ferrocarriles y que la norma aplicaba una prueba de propia del *common law* sobre precios razonables a su acuerdo. Taft eligió evitar el problema de interpretar el caso Trans-Missouri y llevó a los demandados al campo del *common law*. Parecía razonable sospechar que escogió esta ruta más complicada puesto que le daba una manera de armonizar la disputa de Peckham y White en la Corte Suprema y ofrecer, en la apariencia de una interpretación del *common law*, y sin una franqueza que pueda parecer presuntuosa en un juzgado menor, una construcción de la norma que evitara tanto lo que Peckham pudo ver como rigidez excesiva o lo que White pudo ver como una excesiva fluidez.

De acuerdo a Taft, el *common law* regulaba los acuerdos inválidos restrictivos del comercio cuyo único propósito fuera meramente restringir la competencia pero apoyaba aquellos que eran meramente subordinados o accesorios al cumplimiento de otro propósito. Admitiendo la existencia de una línea contraria de casos en el *common law*, e influyendo en ellos como incorrectos en campo de política, necesariamente, aunque no explícitamente, se dirigió a él mismo y refutó la regla de la razón urgida por White: “Es cierto que existen algunos casos en los que las Cortes, confundiendo, como lo concebimos, los límites formales de la relajación de las reglas para determinar la no razonabilidad de las restricciones al comercio, han establecido una navegación en un mar de dudas, y han asumido el poder de decir, en cuanto a los contratos que no tienen otro propósito ni otra consideración en cualquier lado que la restricción mutua de las partes, cuánta restricción de la competencia está en el interés público, y cuánto no lo está”⁶⁵.

Como Peckham, Taft pensó: “El daño manifiesto en la administración de justicia de acuerdo a tal alternante, vago e indeterminado estándar parecía ser una fuerte razón en contra de adoptarlo”⁶⁶. Anteriormente había

⁶⁴ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271 (8th Cir. 1898).

⁶⁵ *Ibid.* pp. 283-284. El hecho que Taft reconociera que su apéndice sobre el *common law*, considerada como descripción, era parcial e inexacta provee quizá una indicación adicional sobre que estaba interesado en tal ley no tanto como guía sino como un medio de preservar las propiedades judiciales mientras que disertaba a la Corte Suprema sobre los medios formales de construir la Sherman Act.

⁶⁶ *Ibid.* p. 284.

dicho que en los casos donde la restricción de la competencia es la única meta del acuerdo, “no existe medida de qué es necesario para la protección de cualquier parte, excepto la vaga y variante opinión de los jueces sobre principios de economía política, y por tanto los hombres deben estar permitidos de restringir la competencia”⁶⁷.

Para proveer un estándar Taft ofreció, supuestamente proveniente del *common law*, el concepto de restricciones accesorias. Para que un acuerdo que elimine la competencia sea legal, debe ser auxiliar, esto es, subordinado y colateral a otra transacción legítima y necesaria para hacer efectiva tal transacción. Esto provee de certeza adicional, puesto que el “propósito principal del contrato sugiere la medida de protección necesitada, y abastece un estándar suficientemente uniforme por el cual la validez de tales restricciones puedan ser determinadas judicialmente”⁶⁸. Taft ofreció algunas sugerencias del *common law* en cuanto a restricciones consideradas válidas y a transacciones principales o propósitos legales:

Acuerdos

- (1) por el vendedor de una propiedad o negocio para no competir con el comprador de tal manera que subestime el valor de la propiedad o el negocio vendido;
- (2) por un socio en retiro para no competir con la empresa;
- (3) por un socio que depende su sociedad en no hacer nada para interferir, mediante competencia u otro medio, con el negocio de la empresa;
- (4) por un comprador de una propiedad a no usar lo mismo en competencia con el negocio retenido por el vendedor; y
- (5) por un asistente, empleado o agente para no competir con su dueño o empleador luego de la expiración de su tiempo de servicio⁶⁹.

A pesar que existe una buena razón para dudar sobre que todos los acuerdos listados deberían ser considerados legales bajo la Sherman Act⁷⁰, el tercer ejemplo de Taft —el acuerdo de las partes para no competir con la sociedad durante su existencia— es

particularmente sugestivo. Como la lista de Peckham de no restricciones en el caso *Joint-Traffic*, involucra una consolidación o fusión. Taft racionalizó su validez en el *common law* en términos de política directamente aplicable al moderno *antitrust*: “...Cuando dos hombres se hacen socios en un negocio aunque su unión puede reducir la competencia, este efecto es solamente un incidente del principal propósito de la unión de su capital, empresa y energía para llevar a cabo un negocio exitoso, y uno para la comunidad. Las restricciones en los artículos de la sociedad sobre la actividad comercial de los miembros, con una visión de asegurar el total esfuerzo en la empresa común, fueron de hecho, solamente accesorios al fin principal de la unión, y debían ser fomentados”⁷¹.

Taft muy prudentemente no limitó las posibles restricciones auxiliares a las cinco listadas⁷² y luego en su opinión, sugirió la aplicación del concepto de accesoriedad a un acuerdo vertical para distinguir un caso citado por el asesor de defensa del caso *Addyston*. En el caso citado, *Chicago, St. L. & N.O.R.R. v. Pullman Southern Car Co.*⁷³, la Corte Suprema había defendido en el *common law* un contrato por el cual una compañía de *sleeping car*, Pullman Southern, había acordado hacer todo el negocio de *sleeping car* de un ferrocarril, pero exigió la condición que ninguna otra compañía de *sleeping car* sea comprometida en ese negocio por la misma línea⁷⁴. Taft justificó estos acuerdos verticales en términos muy similares a aquellos que él usó en conexión con el acuerdo de sociedad: “El principal motivo de tal contrato es suministrar facilidades de *sleeping car* al público. La compañía de ferrocarriles puede desecharse esta tarea a sí mismo al público, y no permitir a nadie más hacerlo, o puede contratar a alguien para que lo haga, y para asegurar la inversión necesaria de capital en la relevación de la tarea, puede asegurar a la compañía de *sleeping car* la misma libertad de competencia que hubiera tenido ella misma al relevarse de la tarea. La restricción sobre sí misma es adecuadamente proporcionada y auxiliar para el principal propósito del contrato, el cual es asegurar las facilidades adecuadas al público”⁷⁵.

Aparentemente la forma vertical u horizontal de apariencia de la relación no controló para Taft la

⁶⁷ Ibid. p. 283.

⁶⁸ Ibid. p. 282.

⁶⁹ Ibid. p. 281. Párrafo añadido.

⁷⁰ Véase Sección II de este artículo.

⁷¹ 85 Fed. p. 280

⁷² “Sería muy fuerte decir que estas cinco clases de contratos de restricción del comercio incluyen todos los defendidos como válidos en el *common law*...” Ibid. p. 282.

⁷³ 139 U.S. 79 (1891).

⁷⁴ Fue luego costumbre para la compañía de *sleeping car* no sólo retener el título de los carros cuando estén en uso en la línea de una ferrocarril sino abastecer los servicios que eran requeridos en los autos.

⁷⁵ 85 Fed. p. 271.

aplicabilidad de su fórmula. Aquí, como en la ilustración de la sociedad, el acuerdo que eliminaba la competencia era visto como esencial para proteger un esfuerzo cooperativo continuo por las partes⁷⁶.

El pasaje citado sugiere otro tema recurrente en el Derecho *Antitrust* ofreciendo aparentemente como una justificación del acuerdo exclusivo con la compañía de *sleeping car* la observación de que la compañía ferroviaria podría haber ofrecido el servicio ella misma y no haber permitido que nadie más lo hiciera. Esto levanta la pregunta –aunque sólo para asumir la respuesta– de si debe ser siempre legal lograr resultados mediante contratos que pueden ser legalmente obtenidos mediante la propiedad. Eso, de hecho, es una manera de establecer el completo problema de fijación de precios y reparto de mercado.

A pesar de sus diferencias literales, las reglas de la razón de White y Peckham son obviamente muy similares. La restricción desnuda de Taft es la misma cosa que la restricción al comercio de Peckham (o restricción directa) –un acuerdo de cartel. La restricción de accesoriedad de Taft era la misma cosa que la no restricción de Peckham (o restricción indirecta)– que elimina la competencia solamente de manera incidental al logro de algunos otros propósitos vistos por las partes. Taft, al igual que Peckham, dijo que la forma del acuerdo no salvaría su legalidad si su propósito real era suprimir la competencia⁷⁷. No es claro si es que cualquiera de ellos hubiera sostenido una restricción accesoría, para usar la terminología de Taft, para que las partes controlaran una porción dominante de la industria. Tal restricción sería

sustancialmente la misma a la de una fusión de una porción sustancial de la industria y puesto que la Sherman Act por años fue incierta sobre la legalidad del monopolio generado por una fusión en ausencia de prácticas abusivas o predatorias⁷⁸, es difícilmente sorprendente que ni Peckham o Taft intentaran resolver el problema en el contexto de casos de carteles anteriores, Taft sí dijo que el poder de mercado no era esencial para la ilegalidad en los casos de cartel⁷⁹.

La ley moderna mantiene generalmente los acuerdos desnudos o no accesorios para fijar precios o repartir mercados como ilegales *per se*, como Taft pensó que la ley debía tratar este tipo de acuerdos, pero su intento de establecer una categoría de restricciones accesorias legales ha tenido menos éxito. Este aspecto de su doctrina no ha sido desarrollado y sus posibilidades son inexplotables⁸⁰. Esto es probablemente porque, en el último análisis, Taft, así como Peckham, no evitó el mismo el “mar de dudas”. Fue incapaz de definir adecuadamente el principal propósito que justificaría una apoyada eliminación de competencia más allá de la descripción general que era “el disfrute de las frutas legítimas del contrato” o la protección de “los daños de un uso injusto de aquellas frutas por la otra parte”⁸¹. Limpiando el problema con los rótulos de “legítimo” e “injusto” esta declaración parecía justificar la objeción común que cualquier restricción puede ser llamada accesoría.

El logro de Taft al sugerir una estructura para la nueva ley fue, sin embargo, muy considerable. Los principales bosquejos de su solución, a pesar que eran quizás virtualmente idénticos a los de Peckham, fueron ofrecidos con una mayor elaboración y en un lenguaje

⁷⁶ Taft también descansó sobre distinciones menos afortunadas en el caso Pullman Southern. Uno era que, en cualquier caso, sería muy difícil de concebir cómo la competencia era posible en la misma línea de ferrocarriles entre compañías de *sleeping car*... Ibid. p. 287. Sin embargo, la compañía de autos, había pensado en una competencia suficientemente posible para requerir un acuerdo en su contra y la ley usualmente no pide más pruebas sobre la posibilidad de competencia. Otras distinciones de Taft fueron aún peores: “El interés público es asegurado satisfactoriamente por el requerimiento, el cual puede ser reforzado por cualquier miembro del público, a saber, que los cobros posteriores no sean no razonables, y el negocio es de tal carácter público que está sujeto enteramente a la regulación legislativa en el mismo interés. Ibid. pp. 287-288. El primero de estos es decididamente peculiar para un juez que ha estado recientemente protestando en contra del “mar de dudas” en el cual las Cortes se embarcan cuando intentan determinar cuánta restricción a la competencia es razonable, y la segunda racionalidad sugerida requeriría un resultado diferente en el recientemente decidido caso Trans-Missouri.

⁷⁷ Pero, en años recientes, incluso el hecho que el contrato es uno para la venta de propiedad o de negocio y buena fe, o para la realización de una sociedad o corporación, no lo ha salvado de la invalidez si podía ser mostrado que era solamente parte de un plan para adquirir toda la propiedad utilizada en un negocio por un administrador con el objetivo de establecer un monopolio. Tales casos van un paso más allá que aquellos ya considerados. En ellos debe aparecer el real intento de monopolizar. No es condenado lo suficiente el que la mera tendencia de las provisiones del contrato sea restringir la competencia. En tales casos, la restricción a la competencia deja de ser auxiliar, y se convierte en el principal propósito del contrato, y la transferencia de la propiedad y buena fe, o el acuerdo de sociedad, es meramente auxiliar y subordinado a tal propósito. 85 Fed 271 p. 291.

⁷⁸ Compare, por ejemplo, los casos *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) y *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911) con *United States v. United States Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920) y *United States v. International Harvester Co.*, 274 U.S. 693 (1927).

⁷⁹ 85 Fed. 271 p. 291. Sin embargo, para estar seguros, Taft encontró que los demandantes tenían poder de mercado y que los precios que fijaban no eran razonables. Ibid. pp. 291-293. El hallazgo que los precios cobrados no eran razonables no va en contra de su argumento del “mar de dudas”, por cuanto Taft señaló a las Cortes que el administrador de una de las fundiciones podría hacer lo que considerara una ganancia razonable a precios aproximadamente de \$ 7 u \$ 8 menos por tonelada que aquellos establecidos por la asociación. Taft puede haber también señalado a la discrepancia en precios entre áreas donde los defendidos competían y áreas en donde su acuerdo era en efecto demostrar la no razonabilidad de los precios en la última área.

⁸⁰ La ausencia del lenguaje de accesoriedad de decisiones posteriores parece particularmente raro puesto que todas las Cortes del Circuito de Apelaciones juzgan a quién participó en la decisión Addyston-Harlan y Lurton que fueron los otros dos y no respetaron lo señalado por la Corte Suprema.

⁸¹ 85 Fed. p. 282.

más claro⁸². Si bien su doctrina sobre restricciones accesorias no ofreció contenido a la Sherman Act, sí le ofreció forma: un método de preservar las transacciones socialmente valuadas definiendo una excepción a una prohibición de otra manera inflexible de acuerdos que eliminan la competencia, y una fórmula de limitar la excepción al área de su razón de existencia.

La regla de la razón del juez White de 1911

Las opiniones del Juez White en los casos de 1911 - Standard Oil y American Tobacco- deben ciertamente ranquear entre los más engañosos en el Derecho Antitrust. Ellos fueron, sin duda alguna, casos de monopolización y fusión, pero White los tomó como ocasiones de exponer la estructura de la ley. Su falta principal -y es una penosa- es que fueron capaces de ser, y lo fueron, ampliamente malentendidos pues mucha gente pensó que la Corte Suprema había cambiado la sustancia de la Sherman Act⁸³. Esto fue debido no sólo al disenso violento y errado de Harlan sino también por la notoria opacidad de la prosa de White así como al uso de la frase "regla de la razón" para significar un juego de criterios completamente opuestos a aquellos que había indicado con el mismo término en su disenso de 1897 en el caso Trans-Missouri.

Aún así la necesidad de un reestablecimiento de la ley fue un tema urgente. Las opiniones de Peckham fueron malentendidas y causaron una ansiedad generalizada en la comunidad comercial. Luego de eso, el famoso debate entre Harlan y Holmes en el caso Northern Securities de 1904 debe haber sugerido que la ley o era ininteligible o intrabajable, o ambas⁸⁴. Las principales virtudes de las opiniones de Standard Oil y American Tobacco, además, son numerosas. El negocio comunitario fue reasegurado por la introducción de la frase "regla de la razón" de que no toda consolidación era ilegal; la Sherman Act estaba relacionada de una manera plausible con el *common law* sin ser controlada por ella; un principio dinámico fue construido dentro

de la regla de la razón de manera que la ley pudiera cambiar a manera que el entendimiento económico progresara; y finalmente, la sustancia de la ley como fue trabajada por Peckham fue articulada en una nueva forma, pero la trajo adelante sustancialmente sin cambio alguno.

Mientras que comenzaba diciendo que los términos de la Sherman Act -tales como "restricción del comercio", "intento de monopolizar", y "la monopolización", al menos en su significado rudimentario, tomaron su origen en el *common law*, y fueron también familiares en la ley anterior y al momento de la adopción de la Sherman Act en cuestión⁸⁵. Él entonces propuso examinar no el complicado cuerpo del precedente construido sobre el *common law* sino "las concepciones elementales e indiscutibles tanto de la ley Inglesa como de la americana en el tema anterior a la Sherman Act"⁸⁶. En un pasaje crucial para su razonamiento, White dijo: "Las maldades que llevaron al lamento público en contra de los monopolios y a la negativa final del poder de hacerlos puede ser señalado resumidamente: 1. El poder que el monopolio le dio al que lo disfrutó para fijar el precio y por tanto dañar al público; 2. El poder que engendró de permitir la limitación del producto; y 3. El peligro del deterioro de la calidad del artículo monopolizado que estaba condenado fue el resultado inevitable del control monopolístico sobre su producción y venta"⁸⁷.

Gradualmente de acuerdo a White, en este país como en Inglaterra el nombre "monopolio" vino a ser asociado con cualquier acto que produzca un daño resultante de las concesiones de monopolios de la Corona. Entonces creció el "miedo a las consecuencias malignas que pueden surgir de los actos de los individuos que producen o tienden a producir las consecuencias del monopolio"⁸⁸. Enfocándose en las consecuencias más que en la forma, White introdujo en el *common law* un mecanismo de cambio y crecimiento: "...A medida que las condiciones

⁸² Es difícil adivinar cuánto habrán influido Peckham y Taft cada uno. Addyston vino luego de Trans-Missouri pero la última opinión puede haber sido una mala guía a diferencia de la completa solución de Peckham. Por tanto, parece improbable, que Peckham haya influido a Taft. De otro lado, no existe una influencia yendo en la otra dirección. Luego de Addyston, Peckham no se desvió de la posición que había tomado en el caso Trans-Missouri; continuó insistiendo en que el estatuto imposibilitaba cualquier prueba de razonabilidad y buscó alcanzar flexibilidad a través de la definición de la frase "restricción al comercio". Parece probable que Peckham y Taft obtuvieran sus resultados de manera independiente, influenciados menos uno del otro que por la naturaleza del fenómeno con el que la ley tenía que tratar.

⁸³ La marcada y dispersa insatisfacción con lo que fue erróneamente concebido como el abandono de la Corte de la lectura "literal" de Peckham de la Sherman Act y su supuesto del poder legislativo de determinar cuánta competencia está en el interés público es muy bien conocido. Véase, por ejemplo las doctrinas citadas en HANDLER, "Antitrust in Perspective" (1957) Ch. I, notas 5, 6, 8 y 9, particularmente MONTAGUE, "Antitrust Laws and the Federal Trade Comisión". 1914-1927. Colum L. Rev. No. 27. pp. 650, 651-654. 1927. Montague, sin embargo, expresa una visión minoritaria sobre la calidad literaria de las opiniones de 1911: "La mayor emoción que mezclan es un *thriller* a medias a la sonoridad del estilo en prosa del Juez White". Ibid. p. 651.

⁸⁴ Véase el texto de las notas 104-112 y 117-130.

⁸⁵ 221 U.S. 1. pp. 50-51.

⁸⁶ Ibid. p. 51.

⁸⁷ Ibid. p. 52. El *common law* estaba preocupado por el monopolio solamente cuando resultaba de una concesión de la Corona. La objeción de la Corte parecía tener inicialmente un aspecto de lucha entre la Corona y el Parlamento. Sin embargo, los argumentos pro consumidor fueron hechos en el curso de las disputas sobre los monopolios concedidos por la Corona y éstos le daban cierto soporte a los comentarios de White. Véase Darcy v. Allen, F. Moore 673, 11 Coke 84.

⁸⁸ 221 U.S. p. 57.

modernas surgen, la tendencia de la legislación y las decisiones judiciales adoptan más y más las restricciones reconocidas a las nuevas manifestaciones de intento de perjudicar el mercado con la finalidad de evitarlas⁸⁹. El principio era entonces la prohibición de “todos los contratos o acciones que fueron irracionalmente restrictivos de las condiciones competitivas, ya sea de la naturaleza o carácter del contrato o acto o donde las circunstancias circundantes eran tales como justificar la conclusión” que no tenían el “legítimo propósito de enviar razonablemente los intereses personales y desarrollando el comercio” sino que habían intentado “traer los males, como el incremento de precios, lo que era considerado contrario a la política pública”⁹⁰.

La siguiente meta de White era igualar esta altamente colorida versión de las “elementales e indisputables concepciones” del *common law* con la Sherman Act. Él cruzó la brecha empleando una distinción que había ya hecho entre las restricciones al comercio en el “sentido subjetivo” y aquellos en el “amplio” o “genérico sentido”. El primero incluye restricciones voluntarias que una persona impone sobre su libertad para perseguir su llamado. Restricciones en el “sentido amplio”, de acuerdo con White, son aquellos “contratos o actos que tuvieron una tendencia monopolística, especialmente aquellos que fueron pensados para disminuir ilícitamente la competencia y por tanto incrementar precios –en otras palabras para monopolizar...”⁹¹ White sostuvo que: “El contexto manifiesta que el estatuto fue modelado a la luz de la concepción práctica existente de la ley sobre restricciones del comercio [en contraste con el cuerpo actual del precedente], puesto que agrupa dentro de la clase misma, no solamente contratos que estaban en restricción del comercio en el sentido subjetivo, sino todo contrato o acto que teóricamente configuraba un intento de monopolizar, lo cual aún en la práctica ha venido siendo considerado como restricciones del comercio en el sentido amplio”⁹².

La referencia de la Sherman Act a las restricciones en el sentido amplio o genérico descansa, presumiblemente, en la prohibición de la sección en adición a los “contratos” de “toda ... combinación en

la forma de monopolio u otra, o conspiración, en restricción del intercambio o comercio...”⁹³. La Sherman Act entonces incorporó los estándares económicos –la prevención o eliminación del poder de fijar precios, del poder de restringir el producto, y del daño de la deterioración en la calidad del producto– lo que White reclamó fueron las concepciones elementales del *common law*. Puesto que el estatuto prohibía “clases de actos” que fueran “suficientemente amplias para incorporar todo contrato o combinación concebible que pudiera hacerse en cuanto al intercambio o el comercio” las Cortes deben emitir su juicio de acuerdo a un “estándar de razón” –se volvió la “regla de la razón” unos cuantos párrafos más adelante– para determinar si es que la norma fue o no violada⁹⁴.

Lejos de abarcar la destrucción de la Sherman Act o de dar a las Cortes el poder ilimitado para decir qué monopolios o carteles eran “buenos” y cuáles “malos”, de manera que varias se reclamaran críticas inmediatamente⁹⁵, White había fraseado una regla de la razón atada a la evasión de las consecuencias del monopolio y había ubicado sobre las Cortes el deber de desempeñar un análisis económico para determinar en cuáles actos y acuerdos los males del monopolio estaban presentes. En el área de acuerdos sueltos, él claramente contempló una prueba mucho más parecida a la de Peckham o de Taft, y suministrada para una categoría de acuerdos ilegales *per se*. Por tanto, recapitulando la regla de la razón en el caso *American Tobacco*, White dijo “las palabras ‘restricciones al comercio’... solamente contienen actos o contratos o acuerdos o combinaciones... que, ya sea por su naturaleza inherente o efecto o debido al evidente propósito de los actos, etc., el restringir injuriosamente el comercio...”⁹⁶ Si esto es leído como una prueba de tres partes⁹⁷, la regla de la razón de White mantuvo un acuerdo ilegal si su naturaleza inherente o su efecto, o su propósito era producir los daños del monopolio. Puesto que White aparentemente aceptaba los casos *Trans-Missouri* y *Joint Traffic* como decididos correctamente contrarios a los demandados sin un juicio⁹⁸, la prueba de

⁸⁹ Ibid. pp. 57-58.

⁹⁰ Ibid. p. 58.

⁹¹ Ibid. p. 57.

⁹² Ibid. p. 59.

⁹³ Ibid. p. 49.

⁹⁴ Id. p. 60.

⁹⁵ Véase nota 83. El pasaje de la Clayton Act y la Federal Trade Commission Act en 1914 le debieron mucho al común malentendido de la interpretación de White de la norma. Véase HENDERSON. “The Federal Trade Commission”. pp. 6-20. 1924; y CUSHMAN. “The independent Regulatory Commissions”. pp. 178-187. 1941. Irónicamente, la preocupación de White de que la ley *antitrust* sea adecuadamente flexible, a través de una mala lectura de las pruebas que sugirió, para la promulgación de los estatutos que han tenido el resultado de introducir reglas duras y rígidas en contra de una variedad de prácticas comerciales que él aparentemente refirió como métodos normales de comercio.

⁹⁶ 221 U.S. pp. 106, 179.

⁹⁷ El lenguaje también puede ser leído como una prueba de dos partes entendiendo la naturaleza inherente y el efecto para significar lo mismo.

⁹⁸ 221 U.S. pp. 1, 64-68.

“naturaleza inherente” era probablemente una regla *per se* por mantener acuerdos de cartel, o si usted lo quiere, restricciones no accesorias, ilegales sin más. Si el acuerdo no era en su primera fase dentro de esta categoría *per se*, la regla de la razón requería el análisis del propósito de las partes o los efectos realmente producidos para determinar si los daños del monopolio fueron intencionados o alcanzados. Si la palabra “inherente” en la oración de White modifica a “efecto”, como parece, puede ser que la prueba no contemplaba un análisis de los reales efectos sino una inferencia del efecto de algún otro hecho, probablemente del tamaño de mercado o el poder de la parte o partes. Si ello es así, la prueba puede señalar que un acuerdo o comportamiento es ilegal bien si su naturaleza inherente (el concepto *per se*), su efecto inherente (mostrado por el poder de mercado), o su propósito es alcanzar los males que White ha señalado son atribuibles al monopolio.

También construido dentro de la doctrina de White estaba la preocupación por las eficiencias que pueden ser creadas por el contrato o la combinación. Él fue cuidadoso en apuntar que “el estatuto no prohibía o restringía el poder de hacer contratos normales y usuales para incrementar el comercio recurriendo a todos los métodos normales, bien por un acuerdo o cualquier otra cosa...”⁹⁹. Ciertamente White indicaba que la mera eliminación de la competencia por un acuerdo no era suficiente para conferirle ilegalidad, y parece no haber estado preocupado en destruir las combinaciones que creaban eficiencias. Esto fue cierto aun en su aplicación de la ley para los monopolios de Standard Oil y American Tobacco. Ahí él pareció decir que ni incluso las fusiones y las transferencias de acciones que creaban empresas de tan enorme tamaño de mercado eran necesariamente ilegales. En cambio, incluso trató la búsqueda deliberada de control sobre la industria petrolera en las manos del Standard of New Jersey creando, “en la ausencia de circunstancias compensatorias”, una “presunción *prima facie*” de intento por mantener dominancia en la industria, no solamente mediante “métodos normales de desarrollo industrial, sino mediante nuevos medios de combinación que fueron recurridos para que se añada mayor poder que hubiera surgido de otra manera, todo con el propósito de excluir a otros del comercio...”¹⁰⁰. Esta “presunción de *prima facie*” fue hecha conclusoria observando que tales métodos habían sido usados para excluir a otros de la industria¹⁰¹. La opinión está entonces preocupada con los abusos, las prácticas

predatorias, o los métodos innaturales de ganar y mantener la posición de mercado. La función de abusos, aparentemente, es reasegurar a la Corte que el logro y el mantenimiento del tamaño no se debía a la eficiencia¹⁰². No cabe otra cosa más que concluir de esto que la preocupación por la eficiencia juega un papel principal en la regla de la razón de White, puesto que no se presentó la oportunidad de demostrar el rol de tal preocupación donde no se involucraron los acuerdos sueltos no acompañados por prácticas predatorias.

White mismo señaló la similaridad o incluso identidad de su regla con la de Peckham¹⁰³. A pesar de que esto es usualmente tomado como un ejemplo de la táctica jurídica común de insistir que la ley no cambia al cambiarla, parece posible que White hubiera sido sincero y preciso. Nada por ese tiempo, ni siquiera la decisión en el caso Northern Securities, había sostenido que todas las eliminaciones de competencia eran ilegales *per se*. La aceptación de White de los casos Trans-Missouri y Joint Traffic y su propia prueba de tres partes resultaron en una grandemente regla de la razón, sino completamente, convertible ya sea a la prueba de Peckham de restricciones directas e indirectas o la prueba de Taft de restricciones accesorias y no accesorias. Se debe dar énfasis al hecho que la prueba de White fue fraseada completamente en términos económicos, no dando evidencia de preocupación por posibles valores competidores. Un corolario de esta elección de valor es que la ley debería desarrollarse de acuerdo al progreso del pensamiento económico. Entonces, la ley está hecha de manera inflexible al controlar un precedente no requerido para solamente cambiar a través de saltos abruptos la doctrina básica. Entonces una Corte podría alterar la ley sin repudiar la teoría subyacente anterior a las decisiones explicando que tales decisiones han sido mal juzgadas el efecto económico de acuerdos o prácticas particulares. Esta característica es, de hecho, inherente en los enunciados de Peckham y Taft sobre la regla de la razón, tal como está en cualquier ley gobernada por el análisis económico. Sin embargo, solamente White hizo el mecanismo de cambiar explícitamente incorporando su versión del *common law* —con su principio de enfocarse siempre sobre las consecuencias de monopolios para los consumidores— en la Sherman Act.

Las oscuridades del juez Harlan

El juez Harlan es usualmente tomado como un enemigo de la regla de la razón y es considerado el responsable

Robert H. Bork

⁹⁹ 221 U.S. pp. 106, 179.

¹⁰⁰ 221 U.S. pp. 1, 75.

¹⁰¹ Ibid. pp. 75-77.

¹⁰² Véase también el tratamiento de este tema en el caso American Tobacco, 221 U.S. pp. 106, 181-83.

¹⁰³ 221 U.S. pp. 1, 66.

de haber insistido en una regla absoluta para todos los acuerdos o integraciones que eliminaran la competencia. Esta visión descansa sobre su opinión pronunciada en la Corte en la decisión del caso *Northern Securities*¹⁰⁴ y sus dissentimientos indignantes de las opiniones en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*. Parece aún claro, o tan claro como tales preguntas usualmente aceptan ser, que esto es una mala lectura de Harlan. Justo como los dissentimientos de Harlan en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco* llevó mal a muchos a pensar que White había adoptado ahí su criterio antiguo de precio razonable, de manera que el dissentimiento de Holmes en el caso *Northern Securities* había llevado a muchos a creer que Harlan había adoptado una estancia *per se* rígida. La confusión en el caso *Northern Securities* puede haber surgido puesto que Harlan y Holmes perciben el fenómeno económico ante la Corte de manera diferente. Holmes, fallando en darse cuenta que Harlan estaba enunciando la ley aplicable a una clase de acuerdo económico completamente distinta, procedió a mostrar que la ley de Harlan no hacía sentido aplicada a la visión de los hechos de Holmes.

El caso referido a la eliminación de la competencia entre *Great Northern Railway Company* y *Northern Pacific Railway Company* que operaban, de acuerdo a la opinión de Harlan, "líneas paralela y competidoras a lo largo del continente a través de la fila del norte de los Estados entre Great Lakes y el Pacífico..."¹⁰⁵. James J. Hill, accionista asociado de *Great North-Pacific*, y J. Pierpont Morgan, y accionistas asociados de *Northern Pacific*, formaron *Northern Securities Company*, con un capital de \$ 400,000,000, el cual intercambiaba luego sus acciones por las acciones de capital de las dos compañías de ferrocarriles y por tanto adquirió el control de ambas.

Harlan escribió para cuatro jueces que mantenían la fusión de la propiedad de las dos empresas de ferrocarriles competidoras a través de una compañía

de holding violatoria de las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*; Holmes escribió para los cuatro que no estuvieron de acuerdo con el; y la concurrencia de Brewer en una opinión separada hizo una mayoría para el resultado de Harlan. La opinión de Harlan nunca surgió muy por encima de la insistencia sobre tales proposiciones en tanto que "toda combinación o conspiración que extinguiría la competencia entre los ferrocarriles competidores comprometidos en el intercambio o comercio interestatal, y que restringiría en tal sentido tal intercambio o comercio, es considerado ilegal por la *Sherman Act*"¹⁰⁶.

El dissentimiento de Holmes señaló que se involucraba una fusión o consolidación y que una ley que prohibiera toda eliminación de la competencia en tales medios no destruiría meramente tales entidades comerciales normales como sociedades pero requeriría la atomización de la sociedad.

Nunca adepto notablemente en la disputa doctrinal,¹⁰⁷ Harlan no articuló claramente una respuesta al cargo de Holmes. Sin embargo, pareció haber analizado el caso como que no involucró una consolidación o fusión, y lo presentó esencialmente sólo como un cartel. Bajo ese punto de vista el caso requirió no más que los amplios eslóganes que extrajo de tales decisiones previas como en los casos *Trans-Missouri* y *Joint Traffic*. Esto explicaría también el fallo de Harlan en discutir temas como la dominancia de mercado o las prácticas predatorias que pueden haber sido relevantes para un caso de fusión. Se le presta credibilidad a su lectura por otros tantos otros aspectos de la opinión de Harlan. La "combinación" a la que se refería como ilegal no era la misma compañía de mantenimiento sino el acuerdo y cooperación antecedentes de los accionistas de las dos carreteras. Él vio esta combinación, prestadas por Hill y Morgan como organizar y usar la compañía madre como un dispositivo para alcanzar fines impropios¹⁰⁸. Además, Harlan acentuó el uso del aparato de la compañía madre, italicizando la palabra

¹⁰⁴ *Northern Sec. Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 320.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 331. Itálicas en el original.

¹⁰⁷ La ineptitud de Harlan en el análisis dogmático en el caso *Northern Securities* y en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco* le otorgan puntos adicionales a un comentario que hizo Holmes sobre él en otra conexión: "...Aquel profeta, a pesar de ser un hombre de poder real, no brillaba bien en análisis o generalización y nunca me perturbé mucho cuando se asustó. Yo solía decir que tenía un poderoso sentido del humor del cual nunca me pude poner más cerca que dos pulgadas". Holmes-Pollock *Letters*, pp. 7-8 (Howe ed. 1941).

¹⁰⁸ "...Bajo el liderazgo de los demandados Hill y Morgan los accionistas de las corporaciones *Great Northern* y *Northern Pacific Railway*... combinado y concebido el esquema de organizar una corporación... que debe mantener las participaciones accionarias de las empresas constituyentes..." 193 U.S. 197, p. 326. Él se refiere a la compañía de mantenimiento como la que llevaba a cabo el propósito de la "combinación original". *Id.* pp. 326-27. Y de lo que el Gobierno se queja particularmente, de hecho de todo lo que se queja aquí, es de la existencia de una combinación entre los accionistas de compañías de ferrocarriles competidoras las cuales en violación de la *Sherman Act* del Congreso restringen el comercio interestatal e internacional a través de la agencia de un fideicomiso corporativo común designado para actuar para ambas compañías y para reprimir la libre competencia entre ellas. *Ibid.* p. 335. Esto puede iluminar el pronunciamiento de Harlan en donde sea que la mera existencia de tal combinación y el poder adquirido por la compañía de mantenimiento como su fideicomiso, constituye una amenaza, y una restricción sobre, tal libertad de comercio que el Congreso intenta reconocer y proteger, y que el público tiene el derecho de tener protegido. *Ibid.* p.327. Esto puede ser y algunas veces es leído como una declaración que una fusión que incluye poder de mercado es ilegal sin más bajo la Sección 1 de la *Sherman Act*, o si el "poder" de la compañía de mantenimiento es tomado simplemente como la habilidad de eliminar la competencia entre unidades competidoras formales, como una declaración que una fusión que elimina cualquier competencia es ilegal sin referencia ya sea a intentar lograr poder de mercado. Parece más plausible, en la visión del uso de Harlan en cualquier parte en la opinión, leer "combinación" refiriéndose no a *Northern Securities* sino a la cooperación previa entre Hill y Morgan y sus accionistas asociados y por tanto a interpretar el comentario como una declaración de la ilegalidad *per se* no de la fusión sino de los carteles.

“de mantenimiento” repetidamente, aparentemente para enfatizar que existe algo peculiar sobre una compañía que simplemente se mantiene. Y aparentemente lo que era peculiar en los ojos de Harlan era que no existía una real fusión. Él acentuó la falta de una real fusión cuando dijo que la compañía de mantenimiento era “manejar, o causar el ser manejado, ambas líneas de ferrocarril como si estuvieran en una sola propiedad”¹⁰⁹. Harlan también enfatizó el testimonio de Morgan para refutar la teoría que una mera inversión de Northern Securities estaba involucrada, y esto demostró mejor su visión de la transacción. Al ser preguntado sobre el por qué las acciones de los dos ferrocarriles estaban ubicados en una sola compañía de mantenimiento, Morgan respondió que la “compañía de mantenimiento era simplemente una cuestión de custodia puesto que no tenía otras alianzas”. Sobre esto Harlan se pronunció de la siguiente manera: “Revelada la real naturaleza de la transacción, que era solamente organizar Northern Securities Company como una compañía de mantenimiento, en cuyas manos, no como un real comprador o propietario absoluto, sino simplemente como un custodio para representar la combinación formada entre los accionistas de las compañías constituyentes, el efecto directo y necesario de tal combinación es, como ya se ha indicado, restringir y

monopolizar el comercio interestatal suprimiendo, o (para usar las palabras de esta Corte en el caso *United States v. Joint Traffic Assn.*) ‘sofocando’ la competencia entre las líneas de dos carriles de ferrocarriles”¹¹⁰. Todo acerca de este pasaje –el énfasis en el hecho que la compañía de mantenimiento era ser un custodio y no un verdadero comprador o propietario, la identificación de la combinación como entre accionistas y no entre ferrocarriles, las referencias al caso *Joint Traffic*, indica que Harlan consideró que estaba tratando con un cartel y no con una fusión.

Esta interpretación de la opinión no sólo es más consistente con el texto que la lectura usualmente dada, pero hace sentido de una posición que de otra manera parecería expuesta como absurda por el disenso de Holmes¹¹¹. Parece claro, entonces, que Harlan en este caso estaba bien dentro de los límites propios de las reglas *per se* establecidas por Peckham y Taft. Él vio a la compañía de mantenimiento no más que como un aparato mancomunado de ganancias y por tanto el equivalente exacto de un acuerdo de fijación de precios. El hecho que Peckham concordara en el disenso de Holmes probablemente indica no que Harlan haya cambiado la ley ni que Peckham haya dado marcha atrás en la racionalidad de sus primeras opiniones sino solamente que Peckham estuvo de acuerdo con Holmes en que estaba involucrado una fusión o consorcio¹¹².

¹⁰⁹ Ibid. p. 326. Los resúmenes de los demandados también acentúan la falta de una real fusión de las compañías de ferrocarriles, señalando que mantenían administraciones separadas y juntas de directorios. A pesar que los demandados intentaron mostrar que la competencia entre las carreteras continuaría, puede haber tenido el efecto de convencer a algunos de los jueces que esto no era una fusión de actividades productivas como aquella en una sociedad o fusión sino meramente un plan para obtener ganancias. La primera razón que los demandados dieron para la formación de Northern Securities era el deseo de poner el interés de control de Northern Pacific fuera de alcance de los dueños de Union Pacific o de otros “*raiders*”. Puesto que las partes activas mantenían también accionariado en Great Northern, fue decidido, de acuerdo a los denunciados, el tener el ofrecimiento de compra de acciones de Northern Securities a Great Northern. Véase por ejemplo, Brief for Northern Securities Company, archivado por John G. Jonson, p. 10. J.P. Morgan testificó, sin embargo, que el propósito de poner acciones de ambas compañías de ferrocarriles en una compañía madre era simplemente para formar una compañía “con un capital lo suficientemente grande que nadie nunca pueda comprarla”. Citado del registro en Brief for the United States, p. 37.

¹¹⁰ 193 U.S. p. 354. El uso de Harlan de esta cita del testimonio de Morgan parece cuestionable puesto que la línea que Harlan citó era seguida muy cercanamente por la amplia explicación sobre que el propósito de hacer de Northern Securities Company un “custodio” era formar una compañía de mantenimiento cuyo capital pueda no ser creíble, pero parece difícilmente sostenible el intento de Harlan de condenar a Morgan por su propósito de suprimir la competencia fuera de su propia boca. El testimonio de Morgan pudo haber sido usado para mostrar que la propiedad conjunta de dos carreteras eliminaba la competencia sin ninguna de las eficiencias compensatorias que logran las fusiones, a diferencia de los carteles, susceptibles de justificación. El hecho que ninguna parte argumentara la pregunta sobre eficiencias y que ningún lado intentara una distinción entre carteles, por un lado, y que las fusiones y asociaciones, por otro, indique que la ley todavía estaba tanteando para sus distinciones básicas. En su argumento oral, el asesor para los denunciados formuló las preguntas que parecieron tan problemáticas para Holmes. Véase el texto que acompaña a las notas 123 y 124. Argumento Oral de George B. Young, para los Apelantes, en respuesta al *General Attorney*, Dic. 15, 1903, pp. 6-7. Esto vino a la pregunta sobre si el argumento del gobierno sobre que la supresión de la competencia por un contrato o combinación era ilegal *per se* no prohibiría toda fusión de competidores, toda sociedad entre competidores y toda compra de un competidor del negocio de otro. El gobierno parece haber respondido al señor Young distinguiendo este caso de la sociedad ordinaria o la fusión en el caso de intento. Aquí la supresión de la competencia era el propósito, mientras que en otros casos serían “solamente auxiliares y colaterales al objeto principal”. Resumen para los Estados Unidos, p. 72. Pero también puede haber sido relevante desde el punto de vista del gobierno sobre que la fusión creó poder para incrementar precios o suprimir la competencia. Ibid. pp. 76-78. Parece que el poder es asumido y argumentado, excepto que el gobierno enmarcó varias de sus proposiciones legales específicamente en términos de ferrocarriles y el hecho que los demandados sean ferrocarriles puede haber sido pensado que creaba poder. Véase, por ejemplo, el Argumento Oral del *General Attorney* de los Estados Unidos, pp. 28-29. Esto puede sugerir que el poder estaba pensado como un elemento esencial en la ilegalidad de los carteles y también, como sugirió la coincidencia de Brewer, que los ferrocarriles ocupaban una categoría especial. Véase nota 112.

¹¹¹ También demuestra que el caso Northern Securities no debería ser visto como un precedente de fusión, aunque se ha usado comúnmente como tal. El Juez Douglas, por ejemplo, empleó recientemente el caso como un precedente crucial en un caso de fusión, *United States v. First Nat'l Bank & Trust Co. of Lexington*, 376 U.S. 665, 670 (1964).

¹¹² El Juez Brewer, concordando, pareció estar de acuerdo en que el caso Northern Securities era esencialmente un caso de cartel, 193 U.S. p. 362, pero pensó que una prueba de racionalidad debía ser introducida para salvar “aquellos contratos minoritarios con restricciones parciales al comercio” los cuales el *common law* sostenía y permitía por los “derechos inalienables” de ciudadanos individuales para invertir en las acciones de corporaciones a pesar que pudiera resultar en la destrucción de la competencia. Ibid. p. 361. La primera de estas objeciones a la ley anunciadas en casos previos parecían involucrar un mal entendimiento de su racionalidad, pero el segundo, si se toma seriamente, requeriría una modificación de la regla como fue fraseada por Peckham. Brewer no articuló completamente su estándar de racionalidad, pero parece, con la excepción anotada, no haber diferido grandemente de la de Peckham, empleando una prueba en donde el propósito y el efecto de una transacción era la supresión general de la competencia. Quizás su prueba requería de poder de mercado, por lo que señaló: “Debe ser también

Los disentimientos de Harlan en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*¹¹³ protestaron en contra de lo que creyó erróneamente como un retorno a un estándar no definido de razonabilidad rechazado por la Corte en los casos *Trans-Missouri* y *Joint Traffic*. Entonces Harlan, a pesar de estar confundido sobre la doctrina de la Corte, realmente estaba sustancialmente de acuerdo con ella.

El juez Hughes y la fijación vertical de precios

Los primeros casos no hicieron una distinción entre la fijación horizontal y vertical de precios. En 1911, apenas antes de los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*, la Corte Suprema en el caso *Dr. Miles*¹¹⁴, revisando la dimisión de una queja sobre excepción en demora, declaró ilegal un programa para mantener precios de reventa implementado por un productor de medicinas propietarias a través de una enorme red de contratos con mayoristas y minoristas. Para la aseveración del productor sobre que un precio al por menor estándar era importante para eso y que la confusión y el daño habían resultado de las ventas a menor precio de los fijados, el Juez Hughes replicó para la Corte que las ventajas del esquema fueron para los comerciantes en vez de serlo para el productor. Pero entonces Hughes enfrentó el reclamo directamente y lo rechazó: "Si existe una ventaja para el productor en el mantenimiento de precios fijos al por menor, la pregunta se mantiene en si es una por la que él tiene derecho a asegurar mediante acuerdos que restringen la libertad de comercio en la parte de los comerciantes que poseen lo que venden. Ante esto, el demandante puede cobrar no mejor con su plan de contratos idénticos de lo que podrían hacerlo los mismos comerciantes si formaran una combinación e intentaran establecer las mismas restricciones y entonces alcanzar el mismo resultado, mediante un acuerdo con cada uno. Si la ventaja inmediata que entonces obtendría no fuera suficiente para mantener un acuerdo directo, el beneficio ulterior aseverado para el demandante no puede ser señalado como suficiente para sostener el sistema"¹¹⁵.

Aparte de igualar la fijación de precios horizontal y vertical, este pasaje es interesante puesto que falla en preguntar si es que el interés del productor en eliminar la competencia en precios entre sus distribuidores podría estar relacionado a un principal propósito válido capaz de legitimar los contratos. Taft había sugerido en el caso *Addyston* que un acuerdo vertical puede ser validado en tal campo. En el caso *Dr. Miles*, Hughes ignoró o rechazó tal indicación y no fue sino hasta más de sesenta años después que Douglas en el caso *White Motor* avanzó muy tentativamente la misma idea, a pesar de, más inconsistentemente, ser cuidadoso en limitar aún la posibilidad de legalidad a los repartos de mercado y enfatizando la continua vitalidad de la regla del caso *Dr. Miles* en contra del mantenimiento de precios de reventa¹¹⁶.

El establecimiento de temas desviados en la regla de la razón

Los principales arquitectos de las estructuras teóricas que difieren significativamente de la dominante versión *Peckham-Taft-White* son los Jueces Holmes y Brandeis. La filosofía de Brandeis de la *Sherman Act* es de lejos la más importante e influyente hoy en día. La lectura de Holmes de la norma, la cual era curiosamente mecánica e internamente inconsistente, no ha tenido un impacto apreciable sobre el desarrollo de la ley.

La ley de acuerdo al juez Holmes

Holmes intentó su única estructuración general de la *Sherman Act* en su voto en discordia de 1914 en el caso *Northern Securities*. Parece justo decir que la estructura que sugirió no estaba atada a ninguna política particularmente inteligible y que el olvido al que pasó fue bien ganado. Es también necesario decir, sin embargo, que Holmes hizo preguntas básicas en cuanto a la *Sherman Act* y sus políticas que permanecen hoy en día provocativas.

recordado, que bajo las condiciones presentes una simple ferrovía es, sino una legal, un monopolio práctico, y el acuerdo por el que el control de estas dos carreteras competidoras estaba fusionado en una corporación simple amplía y extiende tal monopolio. No puedo observar sobre él como otra que una combinación irracional en restricción del comercio interestatal...". Ibid. p. 363. Este análisis, a pesar que parece hecho en conexión con el caso de cartel, fue después aplicado en casos de fusiones de ferrocarriles, aparentemente para suministrar el requisito de poder de mercado, y por tanto formó la base para la observación que la *Sherman Act* trataba las fusiones de ferrocarriles más severamente que otras fusiones. Véase LEVI. "The Antitrust Laws and Monopoly". U.Chi. L. Rev. No. 14. pp. 153, 157. 1947. En cambio sorprendentemente, esta vieja "categoría de ferrocarril" de los casos de fusiones de la *Sherman Act* ha sido recientemente resucitada y aplicada por una mayoría de la Corte Suprema en una fusión no de ferrocarriles. Para decir del caso *Lexington Bank*, nota 111, como hizo la Corte, que está gobernada por el caso *Northern Securities* no es meramente aplicar el precedente de carteles en el área de fusiones, sino sugerir la aplicación del precedente de fusiones de ferrocarriles, sin importar la unidad de tal categoría, para todas las combinaciones.

¹¹³ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 82-106 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 189-93 (1911).

¹¹⁴ *Dr. Miles Medical Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 82-106 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 189-93 (1911).

¹¹⁵ Ibid. pp. 409-09. La proximidad a esta decisión, la cual descansa por analogía en la ilegalidad *per se* de la fijación horizontal de precios, para las decisiones de los casos *Standard Oil* y *American Tobacco* es evidencia adicional que aquellos casos no voltearon la regla de los casos *Trans-Missouri* y *Joint Traffic*. Los casos *Standard Oil* y *American Tobacco* fueron ambos argüidos y reargüidos previamente a la decisión del caso *Dr. Miles*. Ellos fueron heredados en Abril y *Dr. Miles* apareció en Mayo. Es lejano el imaginar que la Corte estaba abandonando la regla de estricta ilegalidad para los acuerdos de cartel en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco* al mismo tiempo en que estaba haciendo tal regla, el punto pivote de su racionamiento en el caso *Dr. Miles*.

¹¹⁶ *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 260. (1963)

La cruz de la posición de Holmes fue que la norma debe ser interpretada en estricta concordancia con el *common law* cuyos términos empleó sin referencia a ninguna política supuesta para preservar la competencia. “La Sherman Act”, insistió, “no dice nada sobre la competencia”¹¹⁷. Si dijo algo sobre la competencia, sugirió, fue que ésta era un pequeño pedacito en un largo camino. Como fue mostrado por el uso de la norma de las palabras “en la forma de monopolio u otro”, que fue sugerido por el entonces popular aparato para monopolios para unir industrias como el petróleo, la norma tenía como meta no la eliminación de la competencia por uniones de competidores, dijo Holmes, sino el “sinistro poder ejercido o supuesto de ser ejercido por la combinación para mantener a los rivales fuera de negocio y arruinando aquellas que ya estaban fuera. El mal temido era el feroz extremo de la competencia con otros, no la cesación de la competencia entre socios”¹¹⁸. Al reclamar el insertamiento al texto actual de la norma, Holmes argumentó: “Las palabras tocan dos clases de casos, y solamente dos –contratos en restricción del comercio y combinaciones o conspiraciones en restricciones del comercio- (...) Contratos en restricción del comercio son tratados con y definidos por el *common law*. Estos son contratos celebrados con un extraño al negocio del contratante (aunque, en algunos casos tienen uno similar), el cual restringe total o parcialmente la libertad del contratante para llevar tal negocio. (...) De hecho, esta objeción no se aplicó a sociedades u otras formas, si existía alguna, de sustituir una comunidad de intereses donde ha habido competencia (...) Combinaciones o conspiraciones restrictivas del comercio, de otro lado, fueron combinaciones para mantener a los extraños al acuerdo fuera de negocio. La objeción a ellos no era una objeción a su efecto sobre las partes que forman el contrato, los miembros de la combinación o empresa, sino una objeción en grande, a su efecto intencionado sobre los extraños a la empresa y su supuesto efecto consecuente sobre el público. En otras palabras, fueron referidos como contrarios a la política pública puesto que monopolizaban, o intentaban monopolizar, una porción del intercambio o comercio”¹¹⁹.

Este pasaje contiene sorprendentes inconsistencias. Si él había tenido éxito en librar la Sherman Act de competencia como un estándar, Holmes habría también destruido la regla de la razón que Peckham creó. La lectura de Holmes, entonces habría dejado fuera de la ley todas las llamadas restricciones accesorias o colaterales conocidas para el *common law* que incluían

la creación de una comunidad de interés. Quizá este resultado pudo haber sido evitado diciendo que un contrato de no competencia con el comprador de su negocio no era un contrato con un extraño al negocio y por tanto uno no restrictivo del comercio. Eso hubiera hecho trabajable la interpretación de Holmes pero también habría destruido el solo mérito que él reclamó para eso –un significado de fidelidad al *common law* de las palabras usadas.

Una mayor objeción fundamental es que la lectura de Holmes se volvió peligrosamente cercana a dejar la ley despojada de razón para existir. Si la competencia no era la política orientadora, sería difícil entender las decisiones de los casos *Trans-Missouri* y *Joint Traffic* que Holmes dijo él aceptaba “absolutamente, no sólo comprometiéndome, sino como decisiones que no tengo deseos de criticar o limitar”¹²⁰. La política detrás de esas decisiones difícilmente puede haber sido, como lo sugeriría la racionalidad del *common law*, proteger a los ferrocarriles de gastadoras negociaciones. Los casos descansaron en una política de preservar la competencia o de lo contrario deberían ser tomados como totalmente incoherentes.

La incapacidad de Holmes de mantener a la competencia fuera de la Sherman Act que, insistió, no dijo nada sobre eso fue subrayada por su afirmación sobre que las agresiones de combinaciones eran temidas debido a su “efecto intentado sobre extraños” y “en su supuesto efecto consecuente sobre el público en general”. El efecto adverso sobre el público puede difícilmente ser cualquier otro que la pérdida última de la competencia.

La construcción de Holmes de la Sherman Act no fue entonces meramente en ventaja con el *common law*, que él reclamó estaba controlando, pero en sus propias premisas, era internamente inconsistente y se frenó a una consideración de política racional no discernible. La única manera en la que la lectura de Holmes de la Sherman Act puede ser sensible, y de hecho, comienza a dar luz sobre los problemas fundamentales de esta área de la ley, es retroceder en las ideas económicas asociadas con la política de competencia que Holmes reclamó se excluyeran. Entonces, en términos de resultados más que respaldando generalizaciones, es posible leer a Holmes como sigue: La Sherman Act condena todos los acuerdos de cartel entre personas cuyos negocios se mantengan de otra manera independientes; condena toda competencia excesiva por combinaciones o individuales cuyo propósito es la exclusión de otros de la industria; permite la eliminación

Robert H. Bork

¹¹⁷ *Northern Se. Co. v. United States*, 193 U.S. p. 403.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 405.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 404.

¹²⁰ *Ibid.* p. 405.

de toda competencia por la "sustitución [de] una comunidad de interés donde ha existido competencia". La preocupación por la eliminación de la competencia en las primeras dos ramas de este nuevo planteamiento puede parecer contrastar extrañamente con la aparente indiferencia de éste al final. La respuesta superficial de Holmes que esa es la manera de regulación del *common law* y que nosotros sólo estamos preocupados con la lectura de palabras definidas por el *common law* -es claramente sin sentido, pero detrás de ésta puede yacer su preocupación sobre que si Northern Securities Company, que vió como una fusión o consorcio, fueron eliminados como una combinación restrictiva del comercio, la consistencia lógica "requeriría que todos los competidores existentes sean mantenidos en camino, y en el principio del caso Trans-Missouri Freight Association, invalida la continuidad de los viejos contratos por los cuales los antiguos competidores se unieron en el pasado"¹²¹. La debilidad de la estructura que Holmes habría impuesto en el estatuto es que habría permitido una ilimitada eliminación de la competencia por la fusión. Los miembros del cartel podrían haber evadido fácilmente la regla del caso Trans-Missouri utilizando fusiones puramente formales de sus empresas puesto que Holmes había argumentado que ni incluso un intento probado de suprimir la competencia derrotaría la legalidad de una compañía de mantenimiento. Aún así, había sostenido una distinción económica crucial -entre carteles y fusiones- cuando dijo que "Suprimir la competencia de tal manera [mediante un contrato con un extraño para su negocio] es una cosa; suprimirla mediante una fusión es otra"¹²².

Él tomó este tema otra vez: "Para ver si es que estoy equivocado, las ilustraciones puestas en el argumento son de utilidad. Si lo estoy, entonces la continuidad de una sociedad entre dos conductores de plataforma que han sido competidores en manejar a lo largo de una línea estatal, o dos comerciantes alguna vez involucrados en el comercio rival a lo largo de los Estados ya sea después o antes de la promulgación de la Sherman Act, es un crimen. Por tanto, repito, si la restricción sobre la libertad de los miembros de una combinación causada por su entrada a una sociedad es una restricción del comercio, toda combinación tal,

tanto el pequeño como el grande, está dentro de la Sherman Act"¹²³. Él dijo que esta interpretación "haría eterno *bellum mnum contra omnes* y desintegraría la sociedad tanto como podría en átomos individuales"¹²⁴.

Holmes estaba en lo correcto al reconocer que cualquier regla *per se* en contra de la eliminación de la competencia era imposible, incluso inconsistente con las formas más primitivas de sociedad. La dificultad que vio podría haber sido resuelta dando atención a todas las implicaciones de la definición de Peckham de "restricciones de comercio" como la supresión de la competencia en el mercado general. Los carteles, aunque no hacen sentido efectivo para asfixiar la competencia generalmente, son tomados automáticamente como ilegales, mientras que las fusiones, que muy usualmente sí hacen sentido para las partes sin ningún efecto adverso general sobre la competencia, estarían fuera de la ley solamente si las partes tienen participaciones grandes de mercado que pudiera asfixiar la competencia. Esta distinción habría permitido que Holmes sostuviera como ilegal la combinación en el caso Northern Securities sin adoptar una regla que requiera la atomización de la sociedad. Pero Holmes pensó que el estatuto no era capaz de distinguir entre combinaciones de diferentes tamaños puesto que pensó en el tamaño en el sentido absoluto¹²⁵. El uso de una prueba atada a la competencia y su preservación le habría permitido distinguir entre combinaciones de diferentes tamaños en relación a sus mercados¹²⁶. Primero y último, la construcción de Holmes de la norma fue sofocada por sus esfuerzos por mantener a la competencia fuera de él.

Holmes también puso en duda la aplicación del estatuto para fusiones en un campo adicional: Puesto que una corporación simple podría legalmente haber construido las líneas de ambos ferrocarriles, ¿cómo podría ser ilegal para una corporación simple la compra de ambas luego de ser construidas?¹²⁷. Esto debe ser comparado con la pregunta que formuló Taft: Si una corporación de ferrocarriles podría legalmente elaborar ella misma un servicio de *sleeping-car*, y por tanto excluir todos los elaboradores competitivos de tal servicio, ¿cómo podría ser ilegal contratar a otro para suministrar el servicio y excluir potenciales competidores mediante contrato?¹²⁸. Estas son preguntas básicas con las que la regla de la razón todavía batalla¹²⁹.

¹²¹ Ibid. p. 410.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibid. pp. 410-411.

¹²⁴ Ibid. p. 411.

¹²⁵ Ibid. p. 407-408.

¹²⁶ Esto, de hecho, es lo que permitía la fórmula de Peckham como restricción de mercado. El acuerdo de Peckham con Holmes puede haberse debido al hecho que él vio el caso conteniendo una fusión y pensó que ese tamaño de mercado no había sido suficientemente mostrado, o quizá no estaba nada listo para aplicar su fórmula para fusiones.

¹²⁷ Ibid. p. 407.

¹²⁸ Véase el texto que sigue a la nota 72.

¹²⁹ Véase, por ejemplo, la concurrente opinión del Juez Brennan en el caso *White Motors v. United States*, 372 U.S. 253, 264 (1963), discutido en la Sección II de este artículo.

La contribución de Holmes a la regla de la razón, entonces, era muy limitada. A este crédito, él efectivamente destruyó la noción de que cualquier regla *per se* absoluta contraria a todos los acuerdos que eliminan la competencia es incluso una posibilidad teórica. Sin embargo, sus frustradas contribuciones positivas fueron invalidadas puesto que enfocó el Derecho *Antitrust* no solamente sin un adecuado entendimiento de los conceptos económicos básicos¹³⁰, sino con una negativa incluso de la relevancia de la competencia. El hecho que probara incapaz de mantener el concepto de competencia, y por tanto el razonamiento económico, fuera de su análisis lo hizo de alguna manera inconsistente pero también le dio el valor y provocatividad que poseían.

La ley de acuerdo al juez Brandeis

La regla de la razón de Brandeis, aunque también fuera de la tradición principal de la ley, no ha probado ser estéril, a diferencia de la de Holmes. La diferencia se debe a dos factores. Una fuerte orientación política de la regla de Brandeis parece haber sido empática para pequeños comerciantes, quizás ineficientes, que pueden estar por debajo en mercados completamente competitivos. Su regla entonces trató sobre el entibamiento de la competencia mediante un acuerdo privado. Esto, de hecho es continua costa en la política *antitrust*, reflejando un fuerte elemento anticompetitivo de nuestra política social nacional. Pero la permanencia en el poder de la regla de Brandeis se debe probablemente a su falta de la claridad conceptual que caracterizaba a la regla de Holmes. Sus menos respetables, pues inadmitidos, aspectos anticompetitivos fueron entonces usualmente difíciles de aislar e identificar. Este elemento de borrosidad, además, hizo la versión de Brandeis de la ley conveniente para los jueces que trabajan dentro de la principal tradición cuya propia doctrina escaseaba de suficientes distinciones para validar el acuerdo ocasional para no competir, lo cual parecía legítimo por razones que encontraron difíciles de articular. El fraseo de Brandeis de la doctrina servía entonces algunas veces para darle a la regla de la razón Peckham-Taft-White la flexibilidad que requería pero que le faltó alcanzar al marco económico.

La opinión de Brandeis para la Corte en el caso de 1918 *Chicago Board of Trade*¹³¹ es ilustrativa de sus ideas y un importante, aunque ambiguo, precedente del Derecho *Antitrust*. El caso surgió en el litigio judicial

del gobierno para imponerse sobre la ejecución del *Board of Trade* de una regla de fijación de precios en la cual sus miembros podían hacer ciertas ventas y compras. El *Board* suministró un intercambio de grano para sus aproximadamente 1600 miembros, que incluían intermediarios, comerciantes comisionados, *dealers, millers, maltters*, fabricantes de productos de maíz, y propietarios de elevadores. Las transacciones en las sesiones del *Board*, sobre ofertas y ventas realizadas públicamente, eran solamente entre miembros, pero miembros que comercializaban en bien de otros así como entre ellos y también estaban permitidos de comercializar privadamente el uno con el otro y con no miembros, aunque no sobre premisas ocupadas por el *Board*. La regulación atacada por el gobierno era la porción de fijación de precios de la regla de "llamada" del *Board*. La "llamada" era una sesión especial del *Board* sostenida inmediatamente después del cierre de cada sesión diaria regular. La sesión regular era comenzada con ventas *spot* y ventas futuras (respectivamente, ventas de granos ya en Chicago en carros de ferrocarriles o elevadores para entrega inmediata, y acuerdos para entrega posterior en el mes actual o en algún mes futuro). La "llamada" era ocupada con ventas "por llegar" (acuerdos para entregar granos a la llegada que ya estaba en tránsito a Chicago o que estaba por ser enviada ahí dentro de un tiempo determinado). Las compras de grano "por llegar" estaban hechas no solamente en la "llamada" a los miembros que lo ofrecían en bien de otros, sino también fueron hechas directamente de comerciantes del país y campesinos, algunas veces por teléfono u ofertas por telegrama, pero más usualmente enviando ofertas para comprar a centenares de comerciantes del país mediante el correo matutino, sujetas a aceptación antes de las 9:30 a.m. al siguiente día comercial.

La regla de "llamada" promulgada por el *Board* estableció la "llamada" para suministrar un mercado competitivo público para reemplazar el mercado privado que había crecido, y también prohibió a miembros del *Board* comprar u ofrecer comprar durante el período entre el cierre de la llamada, usualmente a las 2 p.m., y la apertura de la sesión regular a las 9:30 a.m. del día comercial siguiente, trigo, maíz, cereal o centeno "por llegar" a otro precio que el de la subasta de cierre sobre la llamada. Claramente, el resultado fue limitar la competencia de precios a una porción del día y fijar precios sobre la mayor parte del día.

Robert H. Bork

¹³⁰ Entonces, en su disenso en el caso *Dr. Miles*, no solamente hablando de mantenimiento de precios de reventa, sino aparentemente sobre problemas de competencia y monopolio generalmente. Holmes dijo: "Yo pienso que exageramos mucho el valor y la importancia para el público de la competencia en la producción o distribución de un artículo (aquí es sólo distribución) fijando un precio justo". 220 U.S. 373, m 412 (1911). Él pensó que la rivalidad interproducto o interindustria fijaba el precio justo. *Ibidem*. Entonces Holmes demostró que no entendía el rol de la competencia, incluyendo la competencia entre productores y entre distribuidores del mismo producto, asignando recursos de manera de maximizar la satisfacción del consumidor.

¹³¹ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

La importancia de la regla, en estos hechos, es ciertamente equivocada. Es difícil ver qué propósitos legítimos tenía el *Board* al permitir que sus miembros comercien toda la noche fijando los precios hasta donde pudieran, pero de hecho es igualmente difícil percibir un intento ilegítimo de equiparar el mercado con una restricción tan aparentemente inconsecuente. Desafortunadamente, el gobierno tenía y persuadió a la Corte de Distrito para que adopte una teoría intelectualmente trivial del caso. Sin ofrecer evidencia para mostrar el propósito o el efecto del suministro de fijación de precios, el gobierno descansó sobre la proposición que se ofreció luego a la Corte Suprema como un dispositivo del caso: “Un acuerdo entre hombres que ocupan una posición de tal fuerza e influencia en cualquier rama del comercio para fijar los precios al cual ellos deben comprar o vender durante una parte importante del día comercial es un acuerdo restrictivo del comercio dentro de la definición más angosta del término”¹³². La Corte de Distrito atacó las alegaciones de respuesta del demandado y no tomó en cuenta mucha evidencia respecto a los propósitos subyacentes a la regla. Cuando los testigos de la defensa testificaron -en términos generales- sobre los beneficios que fluían de la regla, el asesor del gobierno no requirió un examen cruzado para determinar cómo la regla y los beneficios fueron casualmente relacionados. De hecho, sin embargo, como se señaló en el resumen del gobierno en la Corte Suprema¹³³, la mayoría de los beneficios reclamados para la regla –reclamos que Brandeis aceptó sin titubear– no estaban relacionados para nada con la cláusula de fijación de precios, pero sí al establecimiento de la regla de la “llamada” como un mercado público¹³⁴.

Brandeis, en sus opiniones sobre el acuerdo, inició su argumento rechazando “la marcada proposición de que una regla o acuerdo por el cual los hombres que ocupan posiciones de fuerza en cualquier rama del comercio, fijan precios a los cuales comprarían o venderían durante una parte importante del día comercial, es una restricción ilegal del comercio bajo la Ley *Antitrust*”¹³⁵. Él prosiguió en un pasaje que se ha vuelto famoso, y mantuvo que había sido un error para la Corte judicial atacar los alegatos y excluir la evidencia concerniente a la historia y propósitos de la regla de “llamada”: “... La legalidad de un acuerdo o regulación no puede ser determinada simplemente con una prueba en tanto restringe la competencia, todo

acuerdo en cuanto al comercio, toda regulación del comercio. Prohibir o restringir es su esencia pura. La verdadera prueba de legalidad es si es que la restricción impuesta es tal que una mera regulación puede suprimir o incluso destruir la competencia. Para determinar tal pregunta la Corte debe considerar ordinariamente los hechos peculiares a los negocios a los cuales la restricción se aplica; su condición antes y después que la restricción fuera impuesta; la naturaleza de la restricción y su efecto, real o probable. La historia de la restricción, el mal creído de existir, la razón para adoptar el remedio particular, el propósito o el fin pensado de ser alcanzado, son todos hechos relevantes. Esto no es debido a que una buena intención salvará a una regulación de otro modo objetable o contrario; sino debido a que el conocimiento del intento puede ayudar a la Corte a interpretar los hechos y a predecir las consecuencias”¹³⁶.

Esta sentencia es usualmente citada como la “quintaesencia” de la expresión de la regla de la razón, y aparentemente ataca al resto de la Corte en tanto es suficientemente ortodoxa. Entonces, el catálogo de preguntas relevantes puede ser tomado como no más que ejemplo de investigaciones dentro de los propósitos y efectos del tipo que White dedicó en los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*. Tales estudios ciertamente tendrían sentido aquí puesto que la regla de “llamada” no era ni obviamente ni claramente un acuerdo de cartel.

Aún así parece haber más que eso en la intención de Brandeis; existe un molde en el pasaje que no es enteramente convencional. Brandeis frasea la prueba en cuanto si la restricción “meramente regula” o “puede suprimir”. A menos que el acuerdo sea referido como colateral y subordinado a otra transacción legal principal –y Brandeis no sugirió una esa distinción tiene un decidido timbre extraño. Suena como si la regulación de la competencia –lo que parece difícil de diferenciar de la mitigación de la competencia- puede ser legal como un fin en sí mismo. Esta impresión es fortalecida por la referencia de Brandeis al “mal” que la restricción estaba diseñada a remediar. Esta no es la manera pues uno hablaría de una restricción auxiliar diseñada para implementar otra transacción. En cambio, tiene el sabor del lenguaje empleado para justificar el desaliento de la competencia y producir condiciones “más sanas”. A pesar que él señalaba una teoría

¹³² Resumen para los Estados Unidos, p. 9.

¹³³ *Brief* para los Estados Unidos, pp. 14-16.

¹³⁴ Si había confusión, ésta probablemente surgió del hecho que los testigos estaban permitidos de testificar para los beneficios de la regla de “llamada” sin especificar si es que estaban elogiando el establecimiento de un mercado público o la fijación de precios durante la noche. Este testimonio se registró a pesar de las reglas de la Corte Judicial, pero quizá por aquellas reglas, el gobierno no se molestó en examinar de manera cruzada rigurosamente.

¹³⁵ 246 U.S. pp. 231, 238.

¹³⁶ *Ibidem*.

general de la Sherman Act, en ninguna parte del pasaje citado ni en ningún otro sitio de la opinión Brandeis se hace mención o sugiere la existencia de cualquier categoría de restricciones ilegales *per se*.

La convicción de que Brandeis estaba apoyando una desviada regla de la razón, lo que Taft hubiera llamado un "mar de dudas", es reforzada por el recuerdo de la opinión en el caso *Board of Trade*. Brandeis sostuvo no solamente que el juez procesal había errado en excluir cierta evidencia, lo que hubiera requerido reenviarlo para un nuevo juicio, sino que prosiguió en la afirmación que, aún así, se había admitido afirmativamente suficiente prueba para demostrar la legalidad de la regulación. Sostuvo, sin un soporte de registro adecuado, que "la regla no tenía un efecto apreciable sobre los precios generales de mercado; ni afectó materialmente el volumen total de granos destinados a Chicago"¹³⁷. Brandeis continuó insistiendo que el resultado de la fijación de precios había sido realmente para mejorar las condiciones de mercado¹³⁸. A pesar que citó las mejoras que parecían haber sido los resultados de la creación de un mercado público en la sesión de "llamada", y que tenía poca relación ya sea lógicamente o en el registro de la regulación de fijación de precios, los ejemplos ofrecidos deben ser tomados para indicar los fines que Brandeis consideró justificarían un acuerdo de precios. Ellos incluyen tales propósitos como la introducción de transacciones abiertas de manera que todos los compradores y vendedores pudieran obtener conocimiento de las condiciones de mercado, la distribución de negocios entre un mayor número de personas, y la eliminación de riesgos comerciales¹³⁹.

Otra indicación de motivos convenientes para los acuerdos que dañan la competencia fue dada en su discurso: "Todo *Board of Trade* y cercanamente toda organización de comercio impone ciertas restricciones sobre la conducta comercial de sus miembros. Aquellas relativas a las horas en las cuales los negocios pueden ser hechos son comunes; y ellos hacen una aparición especial donde, como aquí, tienden a acortar el día laboral o al menos, limitan el período de la actividad más exigente"¹⁴⁰.

Esta afirmación, en sus términos no limitada a intercambios organizados, indica que el acortamiento de horas era considerado un bien en sí mismo y puede ser suficiente para justificar un acuerdo de no competencia durante parte del día. Esto sugiere que Brandeis creyó que la regulación privada de la competencia puede tener legítimamente otras metas distintas a las económicas; puede ir más allá de la regulación, y por tanto promocionar la competencia, para el logro de metas no económicas. En tal extremo, una Corte que aplica la Sherman Act requeriría balancear las metas económicas en contra de metas más amplias sociales o humanitarias.

Estos temas en la opinión de Brandeis en el caso *Board of Trade*, entonces, son varios y están expertamente hilvanados que resulta muy difícil desenredarlos. En cuanto al sostenimiento del acuerdo, el caso puede ser visto en términos muy convencionales. El acuerdo de precios puede ser visto como una restricción auxiliar para un *joint venture*: La formación y el mantenimiento de un mercado público para ventas "por llegar". Los demandados argumentaron el caso a lo largo de estas líneas, aunque en la misma fraseología, cuando dijeron

¹³⁷ Ibid. p. 240. No había base para esta conclusión en el registro y difícilmente pudo haber alguna, dada la imposibilidad de mostrar mediante evidencia lo que habría sido el volumen de envíos de granos a Chicago en el mismo período sin la regla. En cualquier caso, hubiera sido necesario conocer si es que las ventas fueron enviadas entre ventas "por llegar" y ventas *spot* y futuras. Quizá debido a la visión del caso de la Corte procesal, tales preguntas habían sido simplemente sobrepasadas.

¹³⁸ Brandeis parece haber escogido del registro, y aceptado a un valor labrado, afirmaciones conclusivas y usualmente ambiguas hechas por los testigos de los demandados. Aquellas afirmaciones nunca fueron probadas en el juicio debido a la a la posición tomada por la Corte, a sugerencia del gobierno, de que tal evidencia era inmaterial y no constituía una defensa. Desde que había sostenido esta visión de la ley como errónea, parecía remarcable que Brandeis deba haber aceptado estas afirmaciones no probadas como soporte conclusivo para sus propias visiones.

¹³⁹ Dentro de los estrechos límites de su operación la regla ayudó a mejorar las condiciones de mercado puesto que: (a) Creó un mercado público de grano "por llegar". Antes de su adopción, las apuestas eran hechas privadamente. Los hombres tenían que comprar y vender sin un conocimiento adecuado de las condiciones de mercado reales. Esto era desventajoso para todo lo concerniente, pero particularmente para los comerciantes del país y granjeros. Puso dentro de las horas regulares de mercado de las sesiones del Board, más del comercio en granos "por llegar". (b) Puso compradores y vendedores en relaciones más directas debido a la llamada que buscaban juntos para un libre y abierto intercambio de apuestas y ofertas. (c) Distribuyó los negocios en grano "por llegar" entre un de lejos más grande número de recibidores de Chicago y comerciantes comisionistas de lo que había sido antes. (d) Incrementó el número de comerciantes del país comprometidos en esta rama del negocio; les suministró más regularmente con apuestas desde Chicago; y también incrementó el número de ofertas recibidas por ellos desde mercados competidores. (e) Eliminó los riesgos necesariamente incidentes para un mercado privado, y por tanto permitió a los comerciantes del país hacer negocios en un menor margen. De esta manera la regla hacía posible para ellos pagar más a los granjeros sin incrementar el precio a los consumidores. (f) Permitió a los comerciantes del país vender cierta cantidad de grano por llegar que de otra manera habrían estado obligados ya sea a enviar a comerciantes comisionistas de Chicago o a venderlo para "entrega futura". (g) Permitió a los comerciantes de granos de Chicago que venden a molineros y exportadores a comercializar en un menor margen y mediante un mayor número por grano vendiéndolo por menos, hacer más atractivo el mercado de Chicago para tanto los que envían y compran grano. (h) Incidentalmente facilitó el comercio "por llegar" permitiendo a aquellos comprometidos en tales transacciones para llenar sus contratos ofertando oficialmente grano que llegaba a Chicago en cualquier ferrocarril, donde sea que los envíos formales tienen que ser hechos sobre el ferrocarril oficial diseñado por el comprador. 246 U.S. pp. 240-41. De estas mejoras reclamadas, (a) hasta (h), en tanto que ellos puedan ser tomados seriamente, parecen completamente o en gran parte deberse al establecimiento de "la llamada" como un mercado público en vez de al requerimiento de fijación de precios de la regla de "la llamada". Muchas de las ventajas, además, eran obviamente imaginarias. No había, por ejemplo, una demostración en el registro del "hecho" recitado en (h) sobre que los comerciantes de granos eran capaces de comerciar en un menor margen y por tanto pagaban más por el grano o lo vendían por menos, (i) no tenía nada que ver con la regla en cuestión pero se debía al cambio en la forma del contrato.

¹⁴⁰ Ibid. p. 241.

que la regla de la “llamada” no era diferente que la ordinaria restricción de intercambiar comercio a ciertas horas. La analogía puede ser imperfecta pero quizás llegó a la Corte, puesto que el Gobierno no ofreció ninguna explicación de la regla como un acuerdo de cartel. Brandeis no enajenó este razonamiento y, desde que insistió en que la regla no tenía un impacto sobre el precio de mercado y el volumen de grano vendido, es imposible conocer con certeza si lo que hubiera dicho contenía una regla no relacionada a una organización de intercambio (o, para usar otra formulación, no parecía auxiliar un *joint venture*) o si había obviamente afectado el precio de mercado. Aún así parecía una justa interferencia del análisis precedente de su opinión sobre el que estaba preparado, en cualquier caso, para acordar un peso independiente a las “mejoras” de mercado tales como la introducción de transacciones abiertas (una teoría que puede haber legitimado los acuerdos en los casos *Trans-Missouri* y *Joint Traffic*) y a tales metas como la propagación de negocios a más personas y la creación de placer.

Está ampliamente demostrado que esto es una lectura acertada de Brandeis por su fuerte creencia en la validez, y por tanto legalidad, del mantenimiento de precios de reventa. Previo a su cita en la Corte Suprema, protestó vigorosamente en contra de la decisión de Dr. Miles: “El Presidente Wilson urgió de la manera más sabia que, en vez de sancionar y regular los monopolios privados, deberíamos regular la competencia. Indudablemente los estatutos deben ser promulgados para asegurar una regulación adecuada y efectiva; ¿pero deberían nuestras Cortes prohibir la regulación voluntaria a la competencia por aquellos comprometidos en el negocio?”¹⁴¹.

Ha sido sugerido, lo que parece justo, que las ansias de defender varias regulaciones privadas a la competencia lo llevó a recurrir a un más bien sofisticado razonamiento económico, de lo que el caso *Board of Trade* provee con un ejemplo, cuando eso parecía innecesario¹⁴². Esto algunas veces opacaba su racionalidad básica. Pero en su invitación a una subjetividad judicial, así como en la naturaleza económica de sus resultados¹⁴³, la regla de la razón de

Brandeis llevó una familiaridad al precio estándar razonable desarrollado por White en 1897 y al “mar de dudas” que Taft advirtió en contra.

La persistencia de temas divergentes en la regla de la razón

Luego del caso *Chicago Board of Trade* los principales temas que sonaron en esta área del Derecho *Antitrust* han sido dejados de lado y solamente permanece su interacción y quizás ocasionalmente, su eventual resolución. Hasta este momento, sin embargo, la mayor parte de la confusión inicial tanto en cuanto a las metas como al análisis económico es un aspecto prominente de la ley.

Es cierto que la teoría de Holmes de la Sherman Act, como era probable de ser esperado, ha probado ser estéril y ha sido olvidada. Sin embargo, la influencia de Brandeis, continúa forjándose de varias maneras. Su creencia en que la ley debía mostrar una explícita preocupación por valores no económicos, mientras que parecía jugar un cada vez más importante rol en otras áreas del Derecho *Antitrust*, ha encontrado solamente alojamiento periférico en la ley de fijación de precios y reparto de mercado bajo la Sección 1 de la Sherman Act. Sin embargo, puede haber indicaciones, de que esa creencia jugará un rol más importante en el futuro¹⁴⁴. El extremo en el cual las nociones de Brandeis todavía son operativas en la ley es de alguna manera oscurecido por el fallo en las instituciones que hacen, refuerzan y aplican la ley para desarrollar una suficiente sofisticación económica y para distinguir consistentemente entre acuerdos que “regulan” o eliminan la competencia para su propio bien y aquellos que lo hacen como un incidente inevitable en la creación de nuevas eficiencias. Es entonces algunas veces difícil saber si es que una decisión particular se debe a la visión de Brandeis de los objetivos de la ley o meramente a mala economía.

En la decisión del caso *Trenton Potteries* de 1927¹⁴⁵, un caso en el cual Brandeis no participó, se manifestó un repudio explícito de las amplias implicancias del caso *Chicago Board of Trade*, y por tanto, del enfoque de

¹⁴¹ BRANDEIS. “Competition that Kills”. En: *Business A Profession*. p. 259. 1913.

¹⁴² Al interpretar este y otros acuerdos privados, Brandeis empleó el mismo método que utilizó al defender la legislación estatal en contra de ataques constitucionales bajo el principio del debido proceso. Aparentemente, implicó una presunción de razonabilidad a tales acuerdos y requirió que el Gobierno negara [¿demostrara?] cualquier propósito anticompetitivo o efecto por una prueba afirmativa. Como en la esfera constitucional, Brandeis respaldó la presunción mediante su ingenua habilidad de tramar una base racional para el acuerdo cuestionado. HANDLER. “Antitrust in Perspective”. p. 94. 1957. Esta misma tendencia en la filosofía judicial de Brandeis está indicada por el resumen y el análisis de sus opiniones en varios contextos constitucionales y de la Sherman Act en el Comentario: BRANDEIS. “Competition and Smallness: A Dilemma Re-Examined”. Yale L.J. No. 66. p. 69. 1956. Existe entonces un contraste interesante entre la voluntad de Brandeis de expandirse para defender las normas estatales y su voluntad de expandir para dañar el impacto de las leyes federales *antitrust* sobre las regulaciones de la competencia privadas. Esto parece ser una contradicción en su filosofía de los roles adecuados de legislaturas y Cortes, pero quizás la anomalía desaparece o es puesta de modo diferente cuando uno se da cuenta de que en ambos casos Brandeis ejercita “su ingenua habilidad de tramar una base racional” para la norma o acuerdo cuestionado para defender las restricciones sobre la operación del libre mercado.

¹⁴³ Véase las páginas anteriores.

¹⁴⁴ Véase el texto que acompaña las notas 160-174.

¹⁴⁵ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

Brandeis a la regla de la razón. Los demandados, productores e intermediarios de fijaciones de vidrio en cerámica, había sido acusados de violar la Sherman Act al formar una combinación de precios fijos y limitar las ventas a un grupo especial de intermediarios. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revocó la sentencia y el gobierno llevó el caso a la Corte Suprema.

La opinión del Juez Stone para la Corte Suprema, revocando lo resuelto por la Corte de Apelaciones, no sólo sostuvo que la Corte procesal se había rehusado adecuadamente a dar tomar el pasaje del caso Board of Trade, describiendo la regla de la razón sino que había dado adecuadamente un cargo muy similar a la proposición que había allí rechazado Brandeis: "...la ley es clara al señalar que un acuerdo entre los miembros de una combinación para controlar una parte sustancial de una industria, sobre los precios que los miembros van a cobrar por su *commodity*, es en sí mismo una restricción indebida e irracional del intercambio y del comercio"¹⁴⁶. La afirmación de la Corte Suprema sobre que la Corte procesal había rehusado adecuadamente lo que Brandeis había ofrecido, y había tomado en cuenta adecuadamente lo que Brandeis había negado, debe ser tomado como un rechazo falto de derecho de la versión de la ley de Brandeis. Para terminar con el punto, Stone rápidamente distinguió y redujo drásticamente el racionamiento del caso Board of Trade: "Tal decisión, tratando como lo hizo con la regulación de una junta de comercio, no sanciona un acuerdo de precios entre competidores en un mercado abierto como el que es presentado aquí"¹⁴⁷. Sin embargo, Stone no especificó otro criterio de la regla de la razón más que la afirmación de que el efecto de un acuerdo sobre la competencia era uno.

Este repudio de la justificación de Brandeis de la fijación de precios fue hecho más firmemente en la opinión del Juez Douglas en el caso *Socony-Vacuum* en el cual él rechazó como una defensa la necesidad de eliminar "los daños competitivos". Si los tan llamados abusos competitivos iban a ser evaluados aquí, la razonabilidad de los precios se convertiría necesariamente en un tema -en todo caso- de fijación de precios. En tal caso, la Sherman Act sería pronto eliminada..."¹⁴⁸. Y en el pie de página 59, donde por alguna razón él había ubicado la ley, Douglas señaló: "Cualquier justificación económica que se pueda pensar que poseen particulares acuerdos de fijación de precios, la ley no permite una investigación en su razonabilidad. Están

todos prohibidos debido a su amenaza real o potencial al sistema nervioso central de la economía"¹⁴⁹.

Un lenguaje de este tipo podía ser citado en cualquier número de casos desde el Trenton Potteries. Aún así, simultáneamente existen casos que permiten la eliminación de la competencia mediante la fijación de precios y el reparto de mercado u otros acuerdos no solamente cuando es un incidente la creación de nuevas eficiencias por la competencia para remover los "daños a la competencia" o para proteger a los pequeños competidores.

La opinión del caso *Appalachian Coals*¹⁵⁰ es un ejemplo clásico de la mixtura de estas dos ramas del Derecho *Antitrust*. Es instructivo separarlos y ver sus diferencias. Sin el elemento Brandesiano el acuerdo en cuestión no podría nunca haberse defendido, puesto que los hechos demostraron un claro intento de cartelizar y restringir el producto. En la Corte de Primera Instancia el gobierno había ganado un requerimiento para prohibir a 137 productores demandados de carbón bituminoso de combinar para formar y usar un agente exclusivo para la venta, *Appalachian Coals, Inc.* Los productores eran dueños de todo el stock de la agencia, siendo sus tenencias proporcionales a su producción. Cada productor, mediante un contrato separado, *Appalachian Coals* designaba a un agente exclusivo para la venta de su carbón minado en el territorio apalache. *Appalachian Coals* aceptó establecer clasificaciones estándares de carbón, para vender todo el carbón de sus principales miembros a los mejores precios obtenibles, y si todo el carbón no podía ser vendido, distribuir órdenes sobre una base establecida. Los precios no iban a ser fijados por los oficiales de la agencia y su oficina central. Para preservar sus fábricas de ventas existentes, los productores estaban permitidos de nominar sub agentes que venderían sobre los términos y precios establecidos por *Appalachian Coals* y serían favorecidos con una comisión de ocho por ciento.

Aparte de las provisiones explícitas del acuerdo de fijación de precios, el uso de una agencia de venta conjunta en sí misma necesariamente contenía el establecimiento de precios uniformes entre los productores participantes. Dentro de cualquier grado, el carbón de varios productores era fungible y, como en cualquier agencia de venta conjunta, las economías de envío, depósito, y venta pueden en ocasiones haber requerido la combinación del carbón de varios productores. Sería en cualquier caso difícilmente

¹⁴⁶ Ibid. p. 396.

¹⁴⁷ Ibid. p. 401.

¹⁴⁸ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150,221 (1940).

¹⁴⁹ Ibid. p. 224.

¹⁵⁰ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).

practicable, para la agencia de venta ofrecer a los compradores varios precios distintos para un lote idéntico de carbón. Entonces, un efecto muy parecido a un acuerdo sobre precios era inevitable, y parecería ser inherente en cualquier agencia de venta conjunta donde los productos de los participantes son fungibles, o de hecho, son en cualquier grado sustituibles de manera que un traslado en el precio de uno necesariamente afecta el precio que puede obtenerse por el otro.

El Juez Hughes no tuvo ninguna dificultad para sostener esta eliminación de la competencia: "El mero hecho que las partes de un acuerdo que elimina la competencia entre ellas mismas no es suficiente para condenarlo (...). Las ilustraciones familiares de sociedades, y empresas justamente integradas en el interés de la promoción del comercio, como ocurrió una vez. La pregunta de la aplicación de la norma es uno de intento y efecto, y no es determinado por supuestos arbitrarios"¹⁵¹. Habiendo determinado, sobre la analogía de sociedades y otras empresas integradas, que la eliminación de la competencia en el uso de una agencia de venta conjunta no era ilegal *per se* (esto es, no era ilegal por su naturaleza inherente). Hughes prosiguió examinando la porción de mercado de los demandados para determinar si es que su combinación en una agencia de venta conjunta les dio poder para afectar el precio de mercado¹⁵² y para examinar los propósitos de los demandados para determinar si es que su intención final era la eliminación de la competencia o el logro de otros fines válidos¹⁵³. Hughes concluyó que los demandados no poseían poder sobre los precios, y entre los propósitos encontrados era un número que contenía la creación de nuevas eficiencias de mercadeo y distribución¹⁵⁴. Él reconoció la similitud del acuerdo a una fusión, afirmando que el mismo criterio se aplicaba¹⁵⁵ y resolvió que éste era legal.

El razonamiento hasta ese punto era consistente con la prueba de las tres partes enunciada por White en el

caso American Tobacco. Sin haber más sobre la opinión o los hechos, el caso Appalachian Coals calificaría una gran opinión en el desarrollo de la tradición principal de la regla de la razón. Sin embargo, desafortunadamente, es un caso con una personalidad dividida. Los hechos mostraron una intención inequívoca por parte de los productores para eliminar la competencia y estabilizar precios, y la opinión de Hughes, añadido al razonamiento ya discutido, exhibió una voluntad Brandesiana para juzgar cuánta "regulación" y eliminación de competencia, como un fin en sí mismo, era una meta permitida o incluso admirable. El primer intento anticompetitivo de los productores de carbón apareció en cara a su acuerdo, pues sus contratos con el agente, Appalachian Coals, suministraron que, si todo su carbón no pudiera ser vendido, serían distribuidas órdenes ente los productores participantes. Puesto que sería obviamente posible vender todo el carbón de los productores a precio de mercado, particularmente si uno acepta su reclamo que ellos no eran sino un pequeño factor en el mercado relevante, la cláusula para racionar órdenes sólo puede ser interpretada como el establecimiento de un sistema de cuotas que es esencial donde se contempla la restricción de la producción. Que tal restricción de la producción no sería un gesto meramente tonto puesto que el número de otros vendedores en el mercado relevante es probablemente indicado por el hecho de que agencias similares eran formadas en otros distritos, incluyendo aquellos que eran competitivos con Appalachian Coal¹⁵⁶. Además, la opinión enfatizó la deplorable condición de la industria del carbón y las "prácticas destructivas" que agravaron tal situación. La eliminación de estas prácticas era uno de los propósitos de la combinación, justo como la regulación de la competencia había sido manifestada en el caso Chicago Board of Trade, iba a apuntar a la mejora de las condiciones de mercado. Pero, justo como las mejoras citadas tuvieron poco respaldo en el registro y una menor relación lógica con el aspecto de fijación de precios de la regla de la "llamada", entonces, en el caso Appalachian Coals, la explicación de los

¹⁵¹ Ibid. pp. 360-361.

¹⁵² Ibid. pp. 367-373.

¹⁵³ Ibid. pp. 366-367.

¹⁵⁴ La Corte de Distrito encontró, por ejemplo, que entre los propósitos de la combinación de las funciones de venta de los demandados en el caso Appalachian Coals era el mantenimiento de una inspección y un departamento de ingeniería que se mantendría cerca con los clientes "para demostrar las ventajas y la conveniencia de Appalachian Coal en comparación con otros agentes de carbones competitivos"; el montaje de una extensa campaña publicitaria para mostrar "las ventajas de usar carbón como un combustible y las ventajas de Appalachian Coal particularmente"; la creación de un departamento de investigación empleando ingenieros de combustión que demostrarían la meta en la competencia con combustibles sustitutos; y la operación de un departamento de crédito que construiría un registro para la "confiabilidad de los compradores". Ibid. pp. 366-367. Puede también suponerse que una ventaja de la consolidación en una agencia de venta simple sería el ahorro de costos ya que la agencia conjunta puede requerir menos personal de venta, trabajadores de oficina y así, que el total de todos los productores separadamente.

¹⁵⁵ El argumento que la integración puede ser considerada una expansión normal del negocio, mientras que una combinación de productores independientes en una agencia de venta común debería ser tratada como anormal—que una es una empresa legítima y la otra no lo es—no hace más que una distinción artificial. El *Antitrust Act* lo tiene como meta en sustancia. Nada en la teoría o la experiencia indica que la selección de una agencia de venta común para representar un número de productores debe ser condenada como más anormal que la formación de una gran corporación que coloca varias unidades independientes en una propiedad. Cualquiera puede ser impulsada por las exigencias comerciales y la norma estatal no le da a ninguno un privilegio especial. Ibid. p. 377.

¹⁵⁶ Ibid. p. 366. Quizá una indicación adicional de un intento de afectar los precios más allá del extremo que era inherente en la formación de la agencia de venta conjunta aparece en la cláusula de que las fábricas de ventas existentes iban a tener designadas subagentes y conforme a sus precios y términos a aquellos establecidos por Appalachian Coals.

demandados de las prácticas destructivas que supuestamente buscaban eliminar era tan transparentemente sin sentido que parecía imposible que la Corte no viera a través de ellos. Quizás sí lo hizo, pero eligió aceptarlas de todas maneras. Un argumento particularmente extraño, repetido directamente en la opinión, era en cuanto al “amontonamiento” del carbón. Esto, se decía, ocurría cuando un productor autorizaba a muchas personas para vender el mismo carbón, y ellos a cambio, podían ofrecerlo a la venta a otros comerciantes. Hughes citó el hallazgo de la Corte de que, en consecuencia “el carbón compite consigo mismo, entonces resulta una competencia anormal y destructiva, lo que deprime el precio de todo el carbón en el mercado”¹⁵⁷. La sugerencia era de hecho un absurdo. Si uno concedía por el bien del argumento que una red de comerciantes ofreciendo la misma tonelada de carbón podía deprimir su precio y que este fenómeno podía ser tan expandido a manera de deprimir el precio de mercado por el carbón, el resultado neto serían más ofertas para comprar al menor precio de toneladas futuras de carbón de manera que el precio retornaría inmediatamente al nivel al cual los montos de carbón ofrecidos y los montos pensados eran iguales y el mercado estuviera limpio. Otras “prácticas destructivas” citadas tenían la misma transparencia¹⁵⁸.

La Corte Suprema aceptó la eliminación de estas supuestas prácticas destructivas como una razón legítima para una combinación, a pesar del hecho que la única objeción real de los productores a las prácticas era que tendían a disminuir el precio de mercado. La opinión de Hughes no es clara sobre la pregunta acerca de la legalidad de sabotear el precio de mercado, parcialmente, sin duda, puesto que estaba en la incómoda posición de aprobar los intentos de aliviar los precios deprimidos de mercado y para ello había encontrar si suficiente poder de mercado podía ser capaz de fijar los precios. Él pretendía reconciliar el conflicto en un pasaje cuya ingenuidad y tono fueron

reminiscentes de la opinión del caso Board of Trade: “El argumento es, y lo encontró la Corte, que mientras que los demandados no podían fijar precios de mercado, la acción concertada los “afectaría”, esto es, tendría una tendencia a estabilizar los precios de mercado e incrementarlos a un nivel más alto de lo que hubieran obtenido de otra manera. Pero los hechos encontrados no establecen, y la evidencia falla en mostrar, que ningún efecto fue producido en contra de la competencia en las circunstancias en las que se encontraba esta industria. Una empresa cooperativa, de otra manera libre de objeción, que no lleva con ella ninguna amenaza monopolística, no es de ser condenada como una restricción indebida meramente porque puede efectuar un cambio en las condiciones de mercado, donde el cambio sería en mitigación de daños reconocidos y no deterioraría, sino más bien fomentaría, justas oportunidades competitivas”¹⁵⁹.

La yuxtaposición de las dos racionalidades en el caso Appalachian Coals hace simple la diferencia entre las versiones de la regla de la razón de Peckham-Taft-White y la de Brandeis. El movimiento de la primera a la otra involucra un traslado de una regla consumidor-orientada a una regla productor-orientada. La primera descansa en la justificación para una combinación en el logro de eficiencias; la otra encontró justificación para la combinación en la mayor comodidad o seguridad de los productores.

La regla de la razón de Brandeis puede también ser discernida en casos más recientes. Parece, por ejemplo, en la Resolución de la Corte de Distrito emitida por el Juez Douglas en el caso Paramount¹⁶⁰, sobre que todos los distribuidores demandados licenciaran sus películas solamente sobre una base de apuestas competitivas. Entre las razones que Douglas dio fue que la apuesta competitiva favorecería a los exhibidores con el “bolso más grande” en detrimento de los “menores independientes”¹⁶¹. Algo del mismo espíritu puede quizás ser discernible tanto en las subsecuentes

¹⁵⁷ Ibid. p. 363.

¹⁵⁸ Una “práctica destructiva” era el envío de “carbón descompuesto” en consignación sin órdenes previas. El argumento era que la demanda del comprador por carbón era usualmente por tamaños particulares pero que la producción del tamaño deseado implicaba la producción de otros tamaños que no habían sido ordenados. Usualmente no existían facilidades de depósito en la mina y los tamaños no deseados eran ubicados en carros de los camiones de los productores. Los camiones se volvían algunas veces tan congestionados que cada producción debía ser detenida o tenían que mover los carros sin importar la demanda. Esto llevaba a la práctica de enviar carbón sin vender a punto de facturación o de consignación para el productor o su agente. Si el carbón no era vendido para cuando alcanzara su destino, y no era despachado prontamente, se volvía objeto de cargos de demora lo que podía exceder el monto obtenible por el carbón a menos que fuera vendido rápidamente. Este “carbón descompuesto”, que era de todos los tamaños y grados y de calidad sustancial, fue encontrado presionando el mercado en todo momento y agravando las deprimidas condiciones de los precios. Ibid. pp. 362-363. Uno de los propósitos de la formación de Appalachian Coals era detener la práctica de enviar carbón en consignación sin órdenes previas. Esto era una clara admisión de intento de restringir el producto, incrementando los precios conteniendo carbón fuera del mercado. Esa intención no es menos errónea debido al argumento avanzado de “carbón descompuesto”. Es simplemente otra forma del espectro familiar de “competencia ruinosa”. Si la producción de un tamaño de carbón requiere inevitablemente la producción de otros tamaños, eso es un fenómeno económico del tipo familiar para muchas industrias. En tanto pruebe ser beneficioso para un productor el continuar operando en la manera descrita, hablando de sus ganancias y pérdidas totales de todos los tamaños de carbón, no hay problema. Que deba probar no ser beneficioso, significa simplemente que muchos productores, o más exactamente, muchos recursos están comprometidos en la producción de carbón. La mejor respuesta es permitir la descomposición y continuar hasta que los recursos excedentes se hayan ido. Restringir el producto previene eso y continúa la mala asignación de recursos. Los demandados deben haber perdido el caso en su propio argumento sólo sobre “carbón descompuesto”.

¹⁵⁹ Ibid. pp. 373-374.

¹⁶⁰ *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131 (1948).

¹⁶¹ Ibid. p. 164.

decisiones de la Corte inferior como en los esfuerzos de ejecución del gobierno en cuanto a la industria cinematográfica. Las razones que tuvo la Corte inferior, por ejemplo, parecían acordes con las “divisiones” – acuerdos entre exhibidores en ciudades individuales para dividir los ofrecimientos particulares de distribuidores de películas a manera de no apostar en contra del otro- parece ser que la apuesta competitiva puede forzar a algunos exhibidores a estar fuera del negocio¹⁶². Este miedo parece también haber detenido al gobierno de cualquier ataque externo sobre el sistema de “divisiones” de la distribución filmica¹⁶³. Esto es un claro contraste con la usual insistencia de las Cortes y el gobierno sobre la ilegalidad *per se* del reparto horizontal de mercado¹⁶⁴.

La opinión del Juez Douglas en el caso *White Motor*¹⁶⁵ ocupa una posición de alguna manera ambigua con respecto a estos temas. El caso puede reflejar una tensión entre el Juez Douglas del caso *Socony-Vacuum* y el Juez Douglas de *Paramount*. Citando otro caso, Douglas dijo en el caso *White Motor* que la categoría de violaciones *per se* estaban compuestas de “acuerdos o prácticas que debido a sus efectos perniciosos sobre la competencia y la falta de cualquier virtud desagraviadora son conclusivamente presumidas como no razonables y por tanto ilegales sin elaborar una investigación sobre el daño preciso que han causado o la excusa comercial para su uso”¹⁶⁶. Cayendo dentro de esta clase de restricciones estaban los acuerdos de atadura, los repartos horizontales de mercado, los grupos de boicots y fijación de precios, tanto verticales como horizontales. Sin embargo, esto era la primera experiencia de la Corte con el reparto de mercado (mediante la limitación territorial y la asignación de clientes) en un acuerdo vertical y, dijo Douglas, la Corte sabía muy poco de su real impacto económico para modelar la ilegalidad de la regla *per se* que hubiera sido necesaria para sustentar el juicio sumario concedido por la Corte de Distrito. Pero en este punto la opinión tambaleaba. No especifica el perfil de la investigación a ser conducida por la Corte de Distrito sobre la detención. En cambio, como una afirmación de la regla de la razón, que “normalmente requiere una verificación de los hechos peculiares a los negocios particulares”,

citó Douglas, sin ningún comentario, el pasaje completo de la opinión de Brandeis en el caso *Chicago Board of Trade*¹⁶⁷. Otro acápite de su extrema vaguedad, quizás sin significado, es el de la distinción entre la regulación y la supresión de la competencia por un acuerdo privado, este pasaje ofrece muy poca guía en cuanto al criterio que controla la legalidad, y lo que sí ofrece parece incompatible con la existencia de cualquier regla *per se*. Aún así, se levanta, inexpugnablemente, en el centro de la opinión del caso *White Motor*. Quizás su uso sólo compensa la continua incapacidad de la Corte para generalizar de una manera significativa los estándares económicos que controlan la incidencia de la regla *per se* en esta área. Eso es un rol tradicional en la opinión del caso *Board of Trade*. Pero quizás el empleo de tal opinión significa más para lo que subsecuentemente vino, al sugerir algunas de las justificaciones que pueden ser abiertas para acuerdos como los de *White*, cuando Douglas introdujo valores que sonaron Brandesianos: los acuerdos puede ser “protecciones permitidas en contra de competidores agresivos o el único medio practicable que una pequeña empresa tiene para entrar o permanecer en el negocio (...) y dentro de la ‘regla de la razón’”¹⁶⁸ y, como una analogía de un diferente establecimiento normativo, una “fusión que de otra manera ofendería las leyes *antitrust* debido a una daño sustancial de la competencia ha sido declarada inmune cuando la compañía adquirida es muy endeble”¹⁶⁹.

Es inconsistente la preocupación por la preservación de pequeños competidores, como un valor en sí mismo, con el énfasis ubicado por la tradición principal, reflejada en la regla *per se*, en permitir que las fuerzas de la competencia en el mercado dejen de trabajar. Si la opinión significó simplemente que el principal propósito y efecto de la asignación vertical de territorios y clientes para su propio bien, entonces eso debe ser justificación suficiente si es que la eficiencia añadida estaba dentro o no de las vagas clases de “protecciones permitidas en contra de competidores agresivos” o “los únicos medios practicables que una pequeña empresa tiene para entrar o permanecer en el negocio”. En tanto que estos criterios no levantan ninguna otra consideración más que el deseo general de incremento

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ En tanto el gobierno parece haberse confinado a los esfuerzos por asegurar que todos los exhibidores en un área que deseaban hacerlo fueran permitidos de entrar en los acuerdos de “divisiones” en una base equitativa. Véase la carta de Lee Loevinger, Abogado Asistente General, Antitrust Division, a Edward Bennet Williams, adjuntado como un apéndice al Petitioner's Brief en el caso *Viking Theatre Corp. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 378 U.S. 123 (1964).

¹⁶⁴ El caso *White Motor* sugiere que los “repartos” pueden ser legales si son analizados como restricciones verticales pero muchos de los casos no parecen haber sido litigados o decididos en tal base.

¹⁶⁵ *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963).

¹⁶⁶ Ibid. p. 262.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Ibid. p. 263, citando el caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 330 (1962), y *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545, 560-61 (E.D. Pa. 1960), *aff'd*, 365 U.S. 567 (1961).

¹⁶⁹ Ibid. pp. 263-264 citando el caso *International Shoe Co. v. Federal Trade Commission*, 280 U.S. 291, 302-03 (1930).

de eficiencia, son sospechosamente similares a las consideraciones que movieron a Brandeis en el caso Chicago Board of Trade y a Hughes y la Corte en el caso *Appalachian Coals*.

El enfoque que dio la terminología de Brandeis no está, sin duda alguna, limitado a sus opiniones. Pistas de eso son las encontradas a través del cuerpo de las leyes *antitrust*. En su forma más específica, este enfoque puede ser definido como una voluntad de parte de las Cortes de dar un peso independiente a la preservación y bienestar de las pequeñas empresas, incluso cuando eso involucra sacrificar en cierto grado los intereses de los consumidores¹⁷⁰. El caso *Chicago Board of Trade* refleja esta tendencia atribuyéndole importancia a la creencia de que la restricción bajo revisión expandía el negocio a más comerciantes y daba un cierto grado de placer. Una preocupación similar por la pequeña empresa como un valor independiente puede ser visto no solamente en los ejemplos ya citados -*Appalachian Coals*, *Paramount*, otros litigios de películas cinematográficas y quizáa, *White Motor*- sino en un número de otros casos, incluyendo la opinión del Juez Learned Hand en el caso *United States v. Aluminum Co. of America*¹⁷¹ y recientemente, en opiniones de fusiones como la del caso *Brown Shoe Co. v. United States*¹⁷².

Afirmado de manera más general, la tradición Brandeis puede ser descrita como una inclinación por parte de ciertas Cortes a considerar un muy amplio rango de valores, incluso valores no económicos, en la decisión de los casos *antitrust*. Ejemplos flagrantes de esto fueron la opinión del Juez Learned Hand aplicando las consideraciones de la Primera Enmienda a través de la Sherman Act en el caso *United States v. Associated Press*¹⁷³ y la opinión concurrente del Juez Frankfurter en la Corte Suprema confirmando la decisión con las mismas bases. Puede haber razón para creer también que la política ejecutora perseguida por el gobierno es algunas veces influenciada por consideraciones distintas al bienestar del consumidor¹⁷⁴. Debido a que este artículo se enfoca primordialmente en los problemas de fijación de precios y reparto de mercado, la consideración de la tradición Brandesiana será limitada a su influencia en aquellas áreas. Mucho de lo que es dicho podría, sin embargo, ser aplicado de manera más amplia a la influencia de esa tradición a través del Derecho *Antitrust*.

Parece claro entonces, que en cierto extremo no definido, la regla de la razón continúa manteniendo dentro de sí misma las separadas y muy diferentes ramas de política de la tradición Peckham-Taft-White y de la tradición de Brandeis. Mientras que la confusión puede haber tenido sus usos, es tiempo de que la regla de la razón en estas áreas más básicas sea clarificada y consistente.

EL LOGRO DE POLÍTICAS OBJETIVAS DE LOS TEMAS DIVERGENTES EN LA REGLA DE LA RAZÓN

Un paso necesario para determinar una doctrina coherente es la eliminación de la confusión en cuanto a las metas que parecen parcialmente responsables por la vacilación de la ley entre la tradición Peckham-Taft-White y la versión de Brandeis de la regla de la razón. La superioridad de la ley relacionada a la fijación de precios y el reparto de mercado de las políticas objetivas de la tradición principal parece clara. Sin embargo, el punto requiere discusión puesto que los valores expresados por el Juez Brandeis, en tanto si es debido a su prestigio o por las razones independientes, se han continuado presentando en los casos modernos y en políticas de ejecución.

La política inherente en la tradición principal

Los jueces en la tradición principal no han sido nunca muy articulados sobre los valores finales de la ley respecto a la fijación de precios y al reparto de mercado. Sin embargo, parece claro que está implícita en el enfoque de la tradición principal de la regla de la razón, la política de asistir a la economía para maximizar la riqueza (definida como el deseo de satisfacción del consumidor).

No necesitó ser demostrado más profundamente que la visión Peckham-Taft-White rechazó la formulación de precio razonable de la ley y que mantuvo como ilegales *per se* todos los acuerdos cuyo único propósito o efecto era suprimir la competencia. Ninguno de los casos de esa tradición, sin embargo, tomó la preservación de la competencia como la única guía de la ley. Ellos difícilmente habrían podido hacer eso, puesto que el Juez Holmes demostró en su disenso en el caso *Northern Securities*, una

¹⁷⁰ Es demostrado que esto era un fuerte elemento de la filosofía judicial de Brandeis en su Comentario, BRANDEIS. "Competition and Smallness; A Dilemma Re-Examined". Yale L.J. No. 66. p. 69. 1956.

¹⁷¹ 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹⁷² 370 U.S. 294 (1962).

¹⁷³ 52 F. Supp. 362 (1943).

¹⁷⁴ Aunado a sus posiciones en el litigio de la industria de películas cinematográficas, véase las notas 162 y 163, el gobierno se ha abstenido aparentemente, por ejemplo, algunas veces de perseguir boicots concertados por grupos de granjeros que intentaban ganar precios más altos que el mercado por sus productos. Varios códigos de ética industriales o estándares por productos no han sido también usualmente retados, aparentemente debido a la aprobación de los motivos de la industria, a pesar del hecho que un modo de competencia que algunos consumidores disfrutaban era entonces eliminado. Los acuerdos sobre publicidad de cigarrillos, y los tipos de películas y programas de televisión vinieron a la mente.

devoción al principio de que las personas que pueden competir no pueden combinarse y que se requería de la disolución de todas las unidades productivas en una sociedad consistente de más de una sola persona.

Es natural, aunque inexacto, entrar en el resumen de hablar del propósito de las leyes *antitrust* como la preservación de la promoción de la competencia puesto que el evento que precipita la ley es siempre la eliminación de la competencia mediante un acuerdo. Aún así, éste es un empleo flojo que tiene sus peligros, puesto que invita a mayores conclusiones erróneas sobre que la eliminación de la competencia mediante un acuerdo debe ser siempre ilegal. Este tipo de traspiés parecen tomarse en cuenta en el disentimiento del Juez Clark en el caso *White Motor* y por la afirmación del Juez Douglas sobre acuerdos horizontales en su disentimiento en el caso *Penn-Oil*.

Peckham evitó esta trampa al concebir el mal prohibido a través del término “restricción del comercio” como la supresión de la competencia en el mercado general. Taft escapó de esto con su concepto de accesoriedad, y *White* lo hizo con su distinción entre acuerdos normales en el comercio y aquellos que crean los males del monopolio. No toda eliminación de la competencia, claramente, lleva a las consecuencias del monopolio. Aún así, si por un lado estos jueces evitaron la rigidez imposible de lograr de una regla *per se* contraria a todas las eliminaciones de competencia, fueron menos exitosos, por otro lado, en articular una teoría general de restricciones de la competencia legalmente aceptadas. Peckham no afirmó ninguna regla general útil, ni lo hizo *White*, más allá de la idea de que los contratos normales no asistidos por los males del monopolio, eran legales. Taft ofreció solamente la inútil generalización que los acuerdos legales para no competir eran aquellos necesarios para asegurar a una parte los “frutos legítimos” de su contrato o para protegerlo de “un empleo injusto de aquellos frutos por la otra parte”.

Estos casos iniciales de la tradición principal, sin embargo, contienen líneas de enfoque de los cuales podemos extrapolar la política que necesariamente subyace a las decisiones. Esto es posible y legítimo incluso aunque la política pueda no ser nunca explícitamente formulada en la mente de ningún juez. La política, como ya ha sido indicado, es la

maximización de la riqueza o del deseo de satisfacción del consumidor. Puede ser derivada de la distinción que las Cortes encargadas de la aplicación de la *Sherman Act* hacen entre carteles y fusiones, de los ejemplos de las restricciones legales de la competencia dadas por las Cortes, y de su insistencia en que la competencia jugó un rol central en la ley.

La diferencia en el tratamiento acordado por la *Sherman Act* para combinaciones sueltas e integradas ha sido llamada “una de las anomalías más provocativas en la ley”¹⁷⁵. Es cierto que la ley estuvo referida a carteles y fusiones –que es lo que se quiso decir por combinaciones sueltas e integradas– como modelos polares. Desde el caso *Trans-Missouri* en adelante, los carteles han sido tratados por la tradición principal de la ley sin admitir cualquier justificación posible, mientras que la mayor solicitud de las Cortes encargadas de la aplicación de la *Sherman Act* para las fusiones es bien conocida. Incluso bajo las provisiones más estrictas de la modificada sección 7 de la *Clayton Act*, las fusiones horizontales no son ciertamente ilegales *per se*. Entonces, la ley ha tratado y continúa tratando de manera diferente dos formas de acuerdos que son diferentes en tanto que restringen la competencia. La disparidad es de hecho provocativa, pero, como demuestra el análisis, está lejos de ser anómala. Más exactamente, es básico para cualquier política *antitrust* económicamente racional¹⁷⁶. Además, es explicable solamente en términos de una política de maximización de la riqueza. La única diferencia entre las dos formas de restricción de la competencia que sugiere una actitud más indulgente hacia las fusiones, es que los carteles no contienen una posibilidad de creación de eficiencias, siendo su único propósito y efecto la restricción del producto, mientras que las fusiones pueden o no permitir el logro de eficiencias¹⁷⁷.

La importancia operativa entonces dada a la eficiencia en la producción y distribución de bienes y servicios necesariamente deriva de un deseo de incrementar la riqueza de la sociedad.

Una inferencia similar, aunque quizás menos certera, puede ser ilustrada de los ejemplos de restricciones legales de competencia dadas por Peckham y Taft. La lista de Peckham en el caso *Joint Traffic* era particularmente sugestiva puesto que la mayoría de ella –la formación de corporaciones para propósitos

¹⁷⁵ JAFFE & TOBRINER. “The Legality of Price-Fixing Agreements”. *Harv. L. Rev.* No. 45. p. 1164. 1932.

¹⁷⁶ Ausente una distinción entre carteles y fusiones, la ley que sólo podría mantener ambas como legales *per se*, o intentar mantener algunos carteles así como algunas fusiones legales. La primera posibilidad destruiría cualquier razón para tener una política *antitrust*; la segunda llevaría a la inútil destrucción de un medio importante de crear eficiencia, y si la identidad económica de las fusiones y otras formas de combinación son admitidas, sería requerida, como vio Holmes, la disolución de casi todas las unidades productivas. La tercera posibilidad requiere hacer distinciones entre tipos de carteles y entonces introduce las irracionalidades de lo que aquí es llamada la regla de la razón *Brandeis*. Para una discusión de la irracionalidad de tal enfoque, véase las páginas posteriores.

¹⁷⁷ Parece difícil de imaginar otro valor que sugiriera una mayor tolerancia para las fusiones que para los carteles, puesto que aparte de su forma potencial creadora de eficiencia, las fusiones pueden parecer menos deseables socialmente. Ellas eliminan la competencia entre las partes concordantes más completamente, limitan su libertad más profundamente, y son más permanentes.

comerciales o productivos, el contrato de sociedad, la cita por dos o más productores de la misma persona para vender sus productos en comisiones, un alquiler o compra por un granjero, productor o comerciante de una granja, fábrica o tienda adicional— consistente de ejemplos de consolidaciones que, como las fusiones, son capaces de crear eficiencias. De manera similar, el ejemplo que justificó Taft con un argumento de política, el acuerdo de sociedades para no competir entre ellas, era una instancia de consolidación y Taft lo encontró válido puesto que ayudaba a los socios a obtener “una unión de su capital, empresa y energía para llevar un negocio exitoso, y uno útil para la comunidad”. Esta explicación es fraseada en términos de eficiencias creadoras de riqueza. Algunos de los otros ejemplos de Peckham y Taft, como el convenio de un vendedor de un negocio para no competir con el negocio subsecuente, no son quizás tan obvios, y pueden en el análisis volverse aplicaciones incorrectas, pero parecer reflejar la misma política. La justificación para el convenio auxiliar para la venta de un negocio, por ejemplo, es usualmente justificado en el hecho que el negocio no podría ser vendido o quizás sería liquidado. Esto también es una explicación acomodada en términos de deseo por un uso de recursos más eficiente.

Sin embargo, finalmente, la preocupación declarada de la ley con la promoción de la competencia indica que la riqueza es la última meta de la ley, porque, como las Cortes han reconocido al hacer las excepciones y distinciones recién discutidas, la política de promover la competencia es solamente la mitad de la política. La competencia es el nombre de un proceso, no un *desideratum* último, y por tanto implica un valor mayor. Existe una variedad de razones por las cuales la competencia es popularmente imaginada como útil —es dicho, por ejemplo, para asistir a la dispersión de un poder político y social en la comunidad, instar a la innovación tecnológica, y así consiguientemente— pero en el análisis económico la competencia es más admirada como un medio de asistir en la creación de riqueza, para decir lo mismo, la maximización de la satisfacción que quiere el consumidor. Además, —y esto es una consideración crucial— si los valores alternativos mencionados han sido vistos por las Cortes como subyacentes a cualquier grado significativo de la política de preservar la competencia, no estaría disponible ningún criterio empresarial para la decisión de casos particulares. El hecho que las Cortes hayan insistido sobre tal criterio, como será mostrado en la discusión de la superioridad de la tradición principal sobre la tradición de Brandeis, indica que éstas no han podido dar peso a estos valores alternativos. Una política de dispersar el poder (de las variedades de mercado mencionadas), no tiene un lugar de detenimiento incorporado de una

sociedad molinera hacia una agregación de productores individuales. No existe una consideración contraria que pudiera informar a un juez cuando algún otro valor deba dominar sobre aquella de dispersar el poder privado sin involucrarlo en el tipo más grueso de juicio político. La consideración contraria no puede ser la eficiencia puesto que no existe un criterio para escoger entre la eficiencia y la dispersión del poder cuando los dos entran en conflicto. No tienen un común denominador. La meta de promover la innovación queda fuera de la regla no solamente puesto que parece inconsistente con el énfasis de la tradición principal sobre el concepto *per se*, sino porque no existe una ciencia o un grupo de criterios significativos que indiquen cuánta competencia o restricción de la competencia es más eficiente para alcanzar la meta. No sólo no existe un criterio ajustado para el uso judicial que incluso sugiere si es que, en un caso dado, es deseable sacrificar más o menos satisfacción del consumidor de lo que otro quiere dedicándole más o menos recursos a la promoción de la innovación.

Solamente es cuando la competencia es vista como subordinada al valor último de crear riqueza que existe una ciencia social —la de la economía— que las Cortes pueden adecuadamente utilizar para medir el grado de competencia deseable. Aunque el estimado sea usualmente difícil, los conceptos de economía básica sugieren tal criterio como el grado de fusión de los esfuerzos productivos de las partes, el grado de competencia que debe ser eliminado para obtener tal fusión, la porción de mercado creado y probablemente la rapidez de entrada de nuevos competidores en el mercado como medios para juzgar si es que el efecto neto de un acuerdo específico o combinación es probable a ser eficiente o restrictiva para el producto. El efecto neto sobre la riqueza es el común denominador que permite una comparación judicial de la restricción de la competencia y de la eficiencia en la decisión de los casos. Se suministró entonces un aparato conceptual capaz de obtener lo que Holmes pensó que no podía hacerse si la competencia era una preocupación de la ley y se detuvo la política de promover la competencia cerca de la completa atomización de la sociedad. Y es un aparato capaz de ubicar y describir el punto de pare de manera que el Derecho *Antitrust* logre las virtudes apropiadas para el buen Derecho, al volverse capaz de dar justas advertencias a aquellas que deben obedecer, susceptibles de una administración principalista por las Cortes que lo aplican, y capaz de dividir con tolerable precisión la conducta que es socialmente ventajosa de la que es socialmente desventajosa.

Estos temas serán tratados luego de una breve discusión de las políticas aparentemente implícitas en la tradición de Brandeis de la regla de la razón.

Las políticas Subyacentes a la Tradición Brandeis

Las políticas que encuentran expresión en la regla de la razón de Brandeis son de alguna manera más difíciles de aislar e identificar. Ambas opiniones de Brandeis y en tal aspecto de la opinión de Hughes en el caso *Appalachian Coals* que deriva de Brandeis, contienen un entrelazado de argumentos de política que hace la posición difícil de colocar en una cápsula. Esta dificultad, como ya ha sido sugerido, puede ser un elemento de fuerza en la tradición de Brandeis, haciendo a ambas más útiles para las Cortes que buscan una válvula de escape mediante una fórmula *per se* demasiado limitante y más difícil de atacar directamente como incluir valores no implementados adecuadamente a través del Derecho *Antitrust*.

Teniendo en claro, por el momento, el amplio rango de valores sociales que son algunas veces atribuidos a Brandeis e incluyendo a esas metas sus opiniones simplificadas como apropiadas para la regla de la razón, parece posible discernir varios elementos discretos. En la visión de Brandeis, los acuerdos que restringen la o que “regulan” la competencia pueden ser salvados de la ilegalidad puesto que: (1) Expanden el negocio disponible entre más empresas; (2) Alcanzan cierto propósito con una “apelación especial”, como acortando el día laboral o limitando el período de la actividad más exigente; (3) Expanden información sobre las condiciones de mercado; o (4) Dañan los riesgos, quizás por permitir el cobro de menores precios. Si el caso *Appalachian Coals* es clasificado en gran parte dentro de la tradición de Brandeis, podemos añadir, (5) Hacer la competencia más “sana” librando el mercado de particulares “males competitivos” o “abusos”.

Los últimos tres efectos mencionados no son necesariamente extraños con una política de maximización de la satisfacción que quiere el consumidor. La expansión de información sí contiene la posibilidad de incrementar la eficiencia de manera que una pregunta en cada caso sería si es que era necesaria cierta restricción de la competencia para tal propósito o si es que la expansión de la información era meramente un pretexto para una restricción de la competencia. Una pregunta similar puede ser efectuada sobre los acuerdos cuyos beneficios son denominados de eliminación del riesgo. La eliminación de “males competitivos” es una meta ambigua, no inherentemente fuera de los valores de la tradición principal. La dificultad con ello es que, como en el caso *Appalachian Coals*, el “mal” a ser eliminado casi invariablemente resulta ser la competencia. Cuando ese es el caso parece no haber dificultades en rechazar la política como inconsistente con el bienestar del consumidor, aunque ocasionalmente una Corte puede

tener dificultad en penetrar el vocabulario y el espacioso razonamiento económico para percibir la naturaleza del acuerdo del cartel.

Los otros dos factores -expandir el negocio entre más personas, y el logro de otros propósitos atractivos- son aquellos probablemente más distintivos en el enfoque de Brandeis. Ellos representan tanto la preocupación específica de la tradición por los pequeños negocios y su mayor tolerancia general o fortalecimiento de un rol continuo elector de valores de las Cortes. El enfrentamiento aquí en que la introducción de Brandeis de consideraciones que van en contra de la política de maximizar la satisfacción del consumidor es que no encuentra un lugar adecuado en la regla de la razón.

La superioridad de la política de la tradición principal

La política de maximizar la riqueza es preferible a las políticas de la tradición de Brandeis para la implementación por la ley de fijación de precios y reparto de mercado porque: (1) Las cortes son requeridas de hacer solamente distinciones que correspondan a la realidad económica; (2) La política maximizadora de riqueza es mejor ajustada al enfoque, naturaleza y facilidad de administración de la ley; (3) El obstáculo de seleccionar los valores básicos a ser implementados está dado al órgano adecuado de gobierno, la legislatura, y no está dejado al análisis caso por caso que pudiera ser efectuado por las Cortes; y (4) La ley está proveída con estándares de certeza requerida.

La realidad económica de distinciones requeridas

Es claro que existe una diferencia económica objetiva entre los acuerdos cuyo único propósito y efecto es suprimir la competencia de manera que se puedan hacer mayores ganancias a través de una restricción del producto o un acuerdo de mayores eficiencias en la producción y la distribución. Ellos difieren en su impacto sobre los consumidores, lo que es el criterio último de la tradición principal. Entonces, existe una diferencia real entre un acuerdo entre 100 productores para vender al mismo precio y un acuerdo entre dos de ellos para emplear un agente de ventas común. Y esta diferencia no es destruida por el hecho que es posible imaginar casos difíciles, como el acuerdo de 50 para usar un agente de ventas y de otros 50 para usar un segundo agente de ventas.

Las distinciones de la tradición de Brandeis, sin embargo, no parece ser parte en el fenómeno bajo observación tanto como en el vocabulario de la tradición. La sugerencia en el caso *Chicago Board of Trade* que un acuerdo de precios puede ser legal cuando opere para expandir el negocio a más empresas no

ofrece una distinción útil entre tipos de acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado. Al eliminar la competencia e incrementar la tasa de retorno todos los acuerdos de cartel puede expandir el negocio. Ellos hacen probable que más empresas sobrevivan, y de hecho, que más no entren nunca a la industria. No existe entonces, un tipo de cartel que expanda el negocio y otro tipo que no lo haga. Si la distinción sugerida corta en cualquier lugar, es a favor de todos los acuerdos de cartel y en contra de acuerdos como sociedades y agencias de ventas conjuntas que, al crear eficiencias, tienden de alguna manera a concentrar en vez de a expandir el negocio¹⁷⁸. Aquí la tradición de Brandeis parece sugerir distinciones que no existen o preferir la restricción del producto inherente en la cartelización a la creación de eficiencia.

El logro de otros propósitos “atractivos”, de los cuales la creación de placer por la limitación de horas laborales puede ser tomada como típica, usualmente involucra un intento de alcanzar beneficios para las partes acordantes. Sin embargo, estos acuerdos, son indistinguibles en principio de los acuerdos de cartel ordinarios. El placer y el dinero son diferentes formas de ingreso. Cuando son obtenidos por restricciones acordadas del producto a costa de los consumidores, no parece haber una manera válida de distinguirlos entre ellos.

Es, posiblemente, más probable que un juez de la tradición de Brandeis defienda un acuerdo entre comerciantes de autos para cerrar los domingos que un acuerdo por los mismos comerciantes para añadir \$50 al precio de cada auto. La diferencia que parece existir entre los casos de primera impresión, sin embargo, desaparece bajo el análisis. En suma al hecho de que ambos son limitaciones de la competencia cuyo único propósito es incrementar el ingreso mediante la reducción del producto, es obvio que las partes pueden intercambiar los resultados de los acuerdos. Los comerciantes de autos con los domingos libres pueden trabajar en cualquier otro sitio en esos días; y los comerciantes con mayores precios por carro pueden elegir tomar su ingreso aumentado en la forma de domingos libres. La distinción Brandesiana entre las dos formas de acuerdo realmente descansa sobre la diferencia no analizada entre las asociaciones psicológicas relacionadas al placer y el dinero. Una Corte que toma la diferencia seriamente debe decidir los casos del comerciante de autos solamente luego de aprender si es que los domingos libres fueron usados meritoriamente o para propósitos desnaturalizados, y

si es que el ingreso incrementado fue dado a la caridad y gastado en la educación de los niños o malgastado en clubes nocturnos. Aparte de este tipo de prueba, poco probable ser importante en la ley *antitrust* o de encomendar a las Cortes, no existe realmente una distinción económica válida en el lado del productor entre cualquier cartel y el acuerdo que Brandeis encontró “atractivo”.

Del punto de vista del consumidor tales acuerdos son también indistinguibles. Los consumidores que pierden la conveniencia de comprar en domingo son privados de algo que es tanto un bien económico como lo son \$50¹⁷⁹. No existe una manera aceptable para un juez de decidir que una restricción en el ofrecimiento de una comodidad es algo menos objetable que una restricción en el número de automóviles vendidos.

Entonces, el enfoque de Brandeis, ya sea que se convierte en una regla de legalidad *per se* para acuerdos de carteles o sino degenera en el logro de distinciones subjetivas que no corresponden a ninguna diferencia objetiva ni significativa en el fenómeno.

El enfoque, naturaleza, y facilidad de administración de la ley

A pesar que sea por sí misma un punto concluyente, es seguramente preferible que la política leída en una ley sea una que la ley por su estructura y cobertura pueda implementar eficientemente. Esta consideración también favorece a la tradición principal de la regla de la razón.

Cualquier ley será, claramente, más efectiva si trata con todas o la mayoría de las instancias de comportamiento que son directamente relevantes a los valores que busca maximizar. La Sección 1 de la Sherman Act está entonces mejor ajustada para implementar una política de maximización de la riqueza que una clase amplia y abierta de valores que las Cortes presumiblemente serían libres de escoger e implementar bajo cualquier enfoque general Brandesiano. Dos factores relacionados al enfoque y naturaleza de la Sherman Act indican su mayor ajuste como una herramienta de maximización de riqueza: (1) Explora solamente el campo de contratos, combinaciones y conspiraciones en restricción del comercio; y (2) Es enteramente prohibitivo. La pertinencia de la primera consideración recae en el hecho que los acuerdos y combinaciones descritas abarcan solamente un segmento menor del total rango de acciones e inactividades privadas que pueden avanzar o impedir la variedad de valores sociales que

Robert H. Bork

¹⁷⁸ Entonces puede ser significativo que el Juez Douglas en el caso *White Motor* sugiriera como una prueba apropiada si es que las restricciones en cuestión permitían sobrevivir a un pequeño competidor. La idea parecía ser que la creación de eficiencia a través de tales restricciones podían ser limitadas a compañías más pequeñas y presumiblemente menos eficientes. Esto puede ser una noción de expandir las eficiencias como una manera de expandir el negocio.

¹⁷⁹ Un bien económico es aquí definido simplemente como algo que los consumidores quieren.

un juez de la tradición de Brandeis puede encontrar atractivo. Incluso un valor tan cercanamente relacionado al intercambio y comercio como la creación de placer puede no ser efectivamente tratado en el contexto de los acuerdos. Los comerciantes que rehúsan cerrar los domingos o que trabajan largas horas puede que nunca tomen un acuerdo que pueda ser alcanzado por la Sherman Act, pero que sin embargo, pueda sacrificar no solamente su propio placer sino el de sus rivales menos industriales. El problema, si existe uno, puede ser tratado mejor en los casos de acuerdos para cerrar los domingos o por una legislación que regule las horas de comercio o trabajo. Si la Sección 1 de la Sherman Act es solamente un medio casual e ineficiente para promover tales valores, sin embargo, es mejor ajustado para la política de maximización de la riqueza puesto que los eventos que lo precipitan – acuerdos y combinaciones que restringen el comercio– constituyen probablemente los medios iniciales por los que los comerciantes buscan el control de mercado necesario para la restricción del producto¹⁸⁰.

La segunda consideración –la total naturaleza prohibitiva de la Sherman Act– significa que es efectivo solamente filtrar la conducta que las mismas partes privadas inician. La ley es totalmente incapaz de servir valores que deben ser implementados mediante conductas coercitivas o inductivas afirmativas que el propio interés o las capacidades de personas privadas no causen o les permitan emprender. Es de alguna manera difícil citar ejemplos para clarificar este punto puesto que la tradición de Brandeis no ha florecido lo suficiente para indicar la amplitud de los valores que las Cortes puedan escoger para implementarlas bajo ellas. Uno puede imaginar que un juez Brandesiano puede estar impresionado con la idea de que la familia granjera y la forma de vida involucrada son importantes para la salubridad social y política de la sociedad. Esto es una noción muy parecida a la idea de que el pequeño negocio es socialmente, sino siempre económicamente, deseable. Esas ideas pueden sugerir que la agricultura y otras industrias populares por unidades pequeñas deban ser permitidas de cartelizarse. Sin embargo, si los miembros de tales industrias escogen no cartelizarse, o si su número u otros factores, hacen imposibles la cartelización, la naturaleza pasiva de la Sherman Act le quitaría poder al juez para implementar el valor escogido. Es, de hecho probable, que son precisamente esas industrias caracterizadas por tantos pequeños productores que un juez Brandesiano desearía y sería el último capaz de ayudar. El bienestar de las industrias estructuradas es mejor si se deja a las

leyes –como subsidios directos o beneficios tributarios– que afirmativamente fomentan la forma deseada de actividad. No parece haber un diseño racional para encargar a los jueces una rol de libertad para escoger los valores bajo una norma que casualmente limita su efectividad a aquellos valores que por casualidad pueden ser capaces de ser implementados a través de una ley completamente prohibitiva.

Sin embargo, no tiene sentido, dar a los jueces una ley prohibitiva cuando el valor a ser maximizado es la riqueza. Los productores destruyen, así como crean, la riqueza de la sociedad en gran parte a través de la integración de actividades y facilidades –esto es, a través de acuerdos y combinaciones. El efecto neto es la destrucción de la riqueza cuando el propósito o efecto principal de la integración es la restricción del producto. La creación de riqueza ocurre cuando el efecto neto es la creación de eficiencia. Puesto que los productores son poderosamente motivados por intereses propios para intentar ambos tipos de integración, podemos confidencialmente confiar sobre sus acciones afirmativas para traer toda conducta relevante al filtro pasivo del estatuto el cual es tan ilustrado o interpretado que cubre todas las formas de integración que eliminan la competencia y sacar solamente aquellas cuyo efecto neto es disminuir la riqueza. Cuando está atado a la creación de la riqueza, de hecho, la naturaleza pasiva o prohibitiva de la Sherman Act se vuelve una de sus primeras virtudes. El comportamiento creador de riqueza afirmativa no puede efectivamente ser comandado por las Cortes en la instigación de fiscales públicos. Las oportunidades para integraciones productoras de eficiencia y las formas que deben tomar son materias obviamente mejor dejadas a los números superiores, información, e incentivo de los empresarios.

Asumiendo la propiedad de los amplios valores sociales mencionados arriba y otros similares, parece claro que no son efectivamente implementados por una ley que es tanto atada a los acuerdos y combinaciones y enteramente prohibitivas, sino que son mejor promocionadas por normas como las que tratan con subsidios, alivio tributario, *markups* mínimos al por menor, cierre de domingo, salarios y horas, estándares de seguridad y parecidos.

La elección de la política maximizadora de beneficios tiene el beneficio adicional de hacer la ley más fácilmente predecible, reforzada y aplicada. Esto toca el tópico completo de la vaguedad e incertidumbre, pero es aquí innecesario referirse solamente al hecho que la política de maximización de beneficios lleva

¹⁸⁰ La Sección 1 de la Sherman Act, realmente habla de contratos, combinaciones y conspiraciones en restricción del comercio. Si esto fuera leído ampliamente, sin referencia a la preservación de la competencia, entonces la ley aplicaría a todos los acuerdos relaciones de cualquier manera al comercio, puesto que, como Brandeis notó en el caso *Chicago Board of Trade*, todo contrato restringe la competencia. Leer la Sherman Act de esta manera expandiría su alcance y lo haría más útil para la implementación de una variedad de amplias políticas sociales, pero sería equivalente a una delegación de jueces para ejercer todo el poder comercial a través de esta norma.

naturalmente a una categoría más amplia y clara de acuerdos ilegales *per se* y al uso de un criterio objetivo fuera del área *per se*, mientras que el enfoque de Brandeis no lo hace. En la tradición principal, los acuerdos que restringen la competencia y no tienen una tendencia a crear eficiencia son ilegales sin más y el único obstáculo de la Corte es descubrir si es que el acuerdo alegado existe. Los beneficios de una categoría *per se* más amplia para la facilidad de la ejecución y predictibilidad son tan buenos que su legítima disponibilidad constituye uno de los principales valores de la tradición principal.

El problema es más difícil cuando la restricción de la competencia es plausiblemente reclamada y está indisolublemente relacionada a la creación de eficiencia. La Corte puede entonces recurrir al análisis económico para decidir si es que la conexión reclamada existe, y el uso de tal indicio como la participación de mercado y la facilidad de entrada a la industria para determinar si es que el impacto neto del acuerdo será para el beneficio o detrimento de los consumidores.

El enfoque de Brandeis no tiene un lugar natural para una regla *per se*. La política de la tradición principal de la maximización de riqueza no requiere un balanceo en un caso de cartel puesto que el efecto del acuerdo es solamente para restringir el producto. Pero la tradición de Brandeis requiere una comparación de los beneficios a los productores y los beneficios para los consumidores. Desde que la restricción de la competencia por un acuerdo siempre beneficia a algunos productores, un juicio completo y una operación de balanceo son requeridas antes de que algún acuerdo sea declarado ilegal. Un contraste adicional a la operación de balanceo de la tradición principal fuera del área *per se* en casos que involucran tanto la eliminación de la competencia y la creación de eficiencia es que el enfoque Brandeis no se presta a sí mismo para un criterio económico objetivo. Una Corte que usa la regla de la razón de Brandeis podría quizá intentar curar estas objeciones, aunque necesariamente crea otras simultáneamente, al ilustrar líneas duras y arbitrarias como el comportamiento permisivo. Entonces, puede decidir que aunque los acuerdos para tomar un tiempo libre son usualmente legales, los acuerdos sobre precios siempre son ilegales. Aparte de la objeción de que los beneficios de una regla *per se* habían sido comprados a expensas de una racionalidad económica, este procedimiento sería probable de alcanzar solamente un éxito limitado, puesto que invitaría a los cartelistas a tomar su ingreso adicional en una moneda aprobada en vez de en una desaprobada. La aparente simplicidad y efectividad de la regla sería entonces ilusoria.

El alcance y naturaleza existentes de la Sherman Act, así como también las consideraciones de efectiva

administración, indican entonces que la norma está mejor ajustada para implementar la política de maximización de la riqueza que las políticas subyacentes al enfoque de Brandeis.

Los roles de las Cortes y la legislación en escoger valores y hacer comparaciones interpersonales

Puesto que la tradición principal sirve al valor simple e invariable de maximización de la riqueza no requiere que las Cortes escojan o ponderen los valores últimos en la decisión de los casos individuales o en la continua evolución de la doctrina. Las Cortes no están envueltas en hacer las comparaciones de elecciones entre las personas y grupos de personas. Sus decisiones afectarán necesariamente la distribución del ingreso tanto entre grupos de productores como entre productores particulares y consumidores, pero las Cortes no están permitidas por la tradición principal de tomar en cuenta estos efectos en la decisión de los casos. En los casos de carteles, el concepto *per se* elimina cualquier problema de ponderación o comparación. Fuera del área *per se*, las Cortes consideran solamente el beneficio de los consumidores como clase al considerar el probable efecto neto de la restricción de la competencia y la creación de eficiencia. Las Cortes son, por tanto, capaces de ser impersonales en un sentido importante y deseado.

La tradición Brandeis no tiene estas virtudes. A menos que legitime todos los carteles, requiere que las Cortes continuamente escojan los valores y que hagan las elecciones políticas entre clases de ciudadanos. Brandeis no sugirió cómo las Cortes podrían escoger los valores, sólo remarcó que las restricciones que tienden a acortar el día laboral hacían un “atractivo especial” y asumió que la distribución del negocio a un número mayor de personas era deseable. Otros jueces trabajando en esta tradición se sentirían presumiblemente libres de decidir qué valores son atractivos para ellos de tiempo en tiempo. Sin embargo, la elección de valores finales, es usualmente referida como una función de la legislación y no de las Cortes. Esto es particularmente importante cuando uno se da cuenta que la implementación de tales valores sí tiene costos e involucra necesariamente tributar algunos individuos para beneficiar a otros. La decisión de una Corte de permitir que los comerciantes de granos incrementen su placer por un acuerdo, por ejemplo, o permitan que productores de carbón estabilicen el precio de mercado, o prohibir a grandes productores y también, en algunos casos, a tomarlo de algunos productores y dárselo a otros. Esto significa que en cada caso la Corte está involucrada en la redistribución del ingreso sobre la base de comparaciones interpersonales. Puede haber pocas determinaciones políticas más intensivas y pocas por las cuales el proceso judicial es menos ajustado.

La tradición principal toma una política pro-consumidor como la regla base y requiere excepciones en casos particulares a ser hechas por la legislación, como en las leyes laborales, el programa agrario y las leyes tarifarias¹⁸¹. El enfoque de Brandeis, que parecía no tener un valor de base o parecía permitir la libre creación de excepciones a la base, no es fundamentalmente diferente a que si la Corte decidiera permitir a los campesinos cartelizarse debido a que admiraron las virtudes de la vida agraria o emprendieron a imponer una labor sobre ciertos bienes importados para proteger a productores particulares cuyo caso es encontrado "atractivo". Hacer excepciones a favor de productores particulares, sin embargo, es una tarea para los órganos elegidos, representativos y explícitamente políticos del gobierno. La tradición de Brandeis involucra una seria usurpación de una función legislativa por el brazo judicial.

La necesidad de estándares

Al servir a un simple valor la regla de la razón Peckham-Taft-White permiten la predicción de resultados y la decisión de casos mediante la estimación de la posición de cada hecho complejo a lo largo de un espectro simple. Las ideas básicas de economía calibran el espectro para productores que deben estimar los riesgos del comportamiento y para las Cortes que deben decidir los casos.

También esta virtud escasea en una regla de la razón que requiere la Corte para decidir de caso en caso si es que la expansión del negocio o cierto propósito "atractivo", como el beneficio particular para productores específicos, es o no es propia para justificar un impuesto sobre los consumidores o sobre otros productores. El método de escoger entre productores específicos y todos los consumidores no es el objeto de ninguna ciencia social, o al menos no es una con proposiciones y criterios que puedan adecuarse al del objetivo de la economía. La elección en cada caso es entre valores rivales e incommensurables; no existe un espectro continuo entre ellos.

Las Cortes pueden tratar los casos con una incertidumbre creada por la ausencia de estándares significativos en varias maneras. Una es el rechazo de

tratar con el tema. Una segunda es declarar el estatuto que contiene estándares inconstitucionales inadecuados. Una tercera es suministrar mediante la interpretación la certeza que carece la norma. El primer método es raramente abierto con respecto a una norma. La segunda habría sido una posibilidad con la Sherman Act, pero las Cortes de la tradición principal tomaron la tercera ruta. Éstas crearon un caso legal que usaba una teoría de precios, de una marca de alguna manera primitiva, para dar a la ley la estructura y criterio que necesitaba. Sin embargo, el enfoque Brandeis, no tiene la estructura y criterio requeridos y regresaría a la Sherman Act a su estado inicial de incertidumbre.

El punto hecho aquí no es que la adopción explícita de la regla de la razón de Brandeis haga inconstitucional la Sección 1 de la Sherman Act, aunque parecería una posibilidad, sino que crearía un tipo de incertidumbre que las Cortes usualmente rehusan a tolerar por períodos extendidos. La Corte ha tratado con estatutos que contenían esencialmente los estándares Brandesianos (o no estándares) en el contexto constitucional de la doctrina de nulidad por vaguedad. Los casos relevantes son *Nash v. United States*¹⁸², *Internacional Harvester Co. v. Kentucky*¹⁸³, *United States v. Cohen Grocery Co.*¹⁸⁴, *Cline v. Frink Dairy Co.*¹⁸⁵, *Trenton Potteries*, y *United States v. Nacional Dairy Products Corp.*¹⁸⁶. Estos casos discuten el problema de los estándares primariamente desde el punto de vista del ciudadano quien debe obedecer una ley criminal y quien está constitucionalmente en el derecho de una advertencia justa. Aunque eso parece ser una consideración válida en sí misma, otros casos, notablemente las decisiones reproporcionadas, sugieren que el problema de estándares también se relaciona con la capacidad de las Cortes de funcionar de una manera judicial. Esto puede sugerir que la necesidad de estándares está cercanamente relacionada a la pregunta de cuál es el órgano del gobierno que debe hacer esencialmente elecciones políticas¹⁸⁷.

El caso Nash involucraba un reto para la Sherman Act por vaguedad inconstitucional creada alegadamente

¹⁸¹ Aún si fuera concedido que las Cortes inicialmente participaran en la elección de la política de la ley en esta área, todavía sería cierto que la tradición principal tiene la ventaja de permitirles suspender la dirección original que dieron a la norma y dejar al Congreso cualquier determinación adicional en las metas básicas. La participación de las Cortes en establecer la política inicial de la norma estatal puede no haber sido completamente o ilícitamente legislativa. El Congreso ha estado preocupado con la preservación de la competencia en pasar la Sherman Act. Las Cortes tomaron tal preocupación, y los valores adicionales necesarios y el criterio que implicaron, y crearon la presente estructura de la ley. Quizá las Cortes de la tradición principal ignoraron otros valores que fueron mencionados en la historia legislativa, pero el argumento en el texto, en las páginas anteriores y posteriores, indica que ese era quizás el único curso abierto a ellos que podía hacer la ley tanto sensible y suficientemente certera.

¹⁸² 229 U.S. 373 (1913).

¹⁸³ 234 U.S. 216 (1914).

¹⁸⁴ 255 U.S. 81 (1921).

¹⁸⁵ 274 U.S. 445 (1927).

¹⁸⁶ 372 U.S. 29 (1963).

¹⁸⁷ "...Cuando la Corte encuentra una norma excesivamente vaga, retiene la adjudicación del tema sustantivo para establecer en movimiento el proceso de decisión legislativa. No sostiene que la legislación no pueda hacer lo que sea que se esté reclamando, sino en cambio, se pregunta que la legislación lo haga, si es que va a ser hecho".

por la lectura dada en la ley en los casos *Standard Oil y American Tobacco*. De acuerdo a la opinión del Juez Holmes, para la Corte, el reto del demandado no era que no existían estándares sino que solamente “el estatuto contiene en su definición un elemento de grado en el cual las estimaciones pueden diferir, con el resultado que un hombre pueda encontrarse a sí mismo en prisión porque su juicio honesto no anticipó el de un jurado de hombres menos competentes”. La respuesta de Holmes fue: “Pero aparte lo dispuesto por el *common law* sobre restricciones del comercio tomada por la norma [como fue mostrado por los casos *Standard Oil y American Tobacco*] la ley está llena de instancias donde el destino de un hombre depende de su estimación correcta, esto es, a medida que el jurado subsecuentemente lo estima, cierta relevancia de grado. Si su juicio es malo, no solamente puede incurrir en una multa o un corto encarcelamiento, como aquí; puede incurrir en la pena de muerte. Un hecho que causa la muerte puede ser el asesinato, el homicidio involuntario, o la mala ventura de acuerdo al grado de daño atendido por la experiencia común en las circunstancias conocidas para el actor”¹⁸⁸.

El énfasis de Holmes sobre la norma tomada del *common law* probablemente está desviada a menos que se lea a la luz de sus argumentos en los párrafos precedentes de la opinión de los casos *Standard Oil y American Tobacco* “estableciendo que solamente tales contratos y combinaciones están dentro del acto, como por razón o intento o la inherente naturaleza de los actos contemplados, perjudiquen los intereses públicos mediante la excesiva restricción sobre la competencia o la excesiva obstaculización del curso del comercio”¹⁸⁹. Esto es reconocimiento de que la “restricción al comercio” tenía que ser interpretado en tales términos económicos los cuales Holmes en el caso *Northern Securities* había señalado que faltaba en el *common law* y por tanto en la norma¹⁹⁰.

La diferencia constitucional que hace la teoría del precio puede ser vista comparando el caso *Nash* con el *Internacional Harvester, Cohen y Cline*. La norma eliminó en esos casos todos los que contenían un tipo de vaguedad muy similar a la inherente en la versión de Brandeis de la regla de la razón.

La opinión en el caso *Internacional Harvester*, también escrita por Holmes, se dio en 1914, justo un año luego

de lo resuelto en *Nash*. La Corte declaró ilegal por infringir el debido proceso estipulado en la Decimocuarta Enmienda, la ley *antitrust* de Kentucky bajo la cual el demandado había sido declarado convicto, esencialmente por haber acordado vender y haber vendido cosechadores a un precio en exceso de su “valor real”. Las Cortes estatales sostuvieron que el “valor real” era “el valor de mercado bajo justa competencia, y bajo las normales condiciones de mercado”¹⁹¹. El resultado, como lo señaló Holmes, era requerir la combinación del demandado de adivinar cuál hubiera sido el precio de mercado si la combinación no se hubiera formado y nada más hubiese afectado violentamente los valores. Encontró el problema más allá de la ingenuidad humana. “La razón no son las incertidumbres generales de un jurado sino que los elementos necesarios para determinar el ideal imaginario son inciertos tanto en naturaleza y grado del efecto para la mente comercial más aguda”¹⁹². La decisión era consistente con el apoyo de la *Sherman Act* en el caso *Nash*, el cual, como dijo Holmes, fue “no más lejos de reconocer que, como con negligencia, entre los dos extremos de lo obviamente ilegal y lo simplemente legal existe un enfoque gradual y que la complejidad de la vida hace imposible dibujar una línea anticipada sin una simplificación artificial que fuera injusta. Las condiciones son tan permanentes como cualquier cosa humana, y un gran cuerpo de precedentes en el lado civil unido con una práctica familiar lo hace comparativamente fácil de mantener para el sentido común para lo que es seguro”¹⁹³.

Las condiciones que Holmes llamó “tan permanentes como todo lo humano” parecían ser los principios de la economía, y el contraste que ilustra es uno entre una ley que emplea aquellos principios y un sentido común comercial para marcar los grados entre la competencia y el monopolio y una ley que usa una prueba de “valor real” por la cual, como en la prueba de precio razonable, no hay estándares. La norma de Kentucky mantuvo inválido entonces el empleo de una prueba similar a la prueba razonable de *White* de 1897 y a los objetivos atractivos de clase abierta de Brandeis.

La decisión de 1921 en el caso *Cohen* hizo aún más claro el contraste en la validez constitucional entre el criterio económico de la tradición principal y el criterio vago y subjetivo de la tradición Brandeis. El caso se resolvió bajo la Quinta y Sexta Enmienda de la Sección 4 de la *Lever*

¹⁸⁸ 229 U.S. 373, 377.

¹⁸⁹ Ibid. p. 376.

¹⁹⁰ Es entonces, de alguna manera desorientador decir, como lo hizo después el Juez Frankfurter, que en el caso *Nash*: “La vaguedad de la *Sherman Act* estaba salvada al impartirle el apéndice de la historia”. *Federal Trade Comisión v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 U.S. 392, 405 (1953) (opinión disidente). La vaguedad fue salvada inicialmente en el caso *Trans-Missouri* al impartir a la *Sherman Act* el apéndice de economía que el Juez *White* escribió luego en la historia del *common law*.

¹⁹¹ 234 U.S. pp. 216, 221.

¹⁹² Ibid. p. 223.

¹⁹³ Ibidem.

Act, una norma federal criminal, que proveyó: “Que es un hecho ilegal para cualquier persona voluntariosa (...) establecer una tasa de cambio injusta o no razonable para conspirar, combinar, acordar o arreglar con cualquier otra persona (...) (y) para exigir precios excesivos...”.

El Juez White, quien había dado a la regla de la razón su fraseo final en los casos de 1911, manifestó su opinión para la Corte acerca de esta cláusula por razones que son aplicables igualmente al enfoque de Brandeis y a su propia posición en el caso *Trans-Missouri*: “Observe que la sección prohíbe un acto no específico o definido. Limita el tema sujeto de la investigación que no autoriza a ningún elemento esencialmente inherente en las transacciones como las que provee. Por tanto, deja abierta la investigación más amplia concebible, el alcance del que nadie puede vigilar adecuadamente. De hecho, no vemos razón para dudar de la observación de la Corte, en su opinión, al efecto que para intentar ejecutar la sección sería el equivalente exacto de un esfuerzo para llevar a cabo un estatuto que en términos meramente penalizados y castigados todos los actos perjudiciales del interés público cuando es injusto y no razonable en la estimación de la Corte y el jurado¹⁹⁴. El enfoque de Brandeis a la *Sherman Act*, con su dirección al juez para decidir si es que el propósito o el efecto de una restricción es atractivo o no, precisamente corresponde a la descripción de un estatuto inválido en el pasaje anterior como penalizando “todo acto perjudicial del interés público cuando es injusto y no razonable en la estimación de la Corte y el jurado”. Desafortunadamente, Brandeis no alcanzó el tema constitucional en *Cohen*, concurriendo en el resultado al construir la cláusula de la *Lever Act* bajo revisión no para cubrir el caso ante la Corte”.

Dos decisiones de 1927, *Cline* y *Trenton Potteries*, ilustraron más profundamente el problema. La opinión del caso *Cline*, pronunciada por el Juez Taft, sostuvo como inconstitucionalmente vago la *Colorado Antitrust Act* porque hacía que ciertas conspiraciones y combinaciones se convirtieran en una determinación de “ganancia razonable”¹⁹⁵. El caso *Trenton Potteries*, que precedió al caso *Cline*, hizo claro de manera similar el

valor constitucional de la teoría del precio. Añadido al desaprobamiento del dictamen de Brandeis en el caso *Chicago Board of Trade*, el Juez Stone intentó afirmar las limitaciones en el criterio o los valores abarcados bajo la regla de la razón. Notando que las decisiones de los casos *Standard Oil* y *American Tobacco* sostuvieron que solamente restricciones no razonables estaban prohibidas por la *Sherman Act*, él dijo: “No procede que los acuerdos para fijar o mantener precios sean restricciones razonables y por tanto permitidos por la norma, sólo porque los precios son razonables. La razonabilidad no es un concepto de contenido definido e invariante. Su significado necesariamente varía en los diferentes campos de la ley, puesto que es usado como un resumen conveniente de las consideraciones dominantes que controlan en la aplicación de las doctrinas legales. Nuestra visión de lo que es una restricción razonable del comercio está controlada por el reconocido propósito de la misma *Sherman Act*. Si es que este tipo de restricción es razonable o no debe ser juzgado en parte al menos, en la luz de su efecto sobre la competencia...”¹⁹⁶.

La pregunta que quedó pendiente por este pasaje es qué otras consideraciones están permitidas por la frase “en parte al menos” en la última oración. Hemos visto la necesidad de un criterio para balancear la promoción de la competencia. La luz es lanzada sobre las especificaciones constitucionales del contrapeso necesario por las razones que dio Stone para rechazar el enfoque de precio razonable. Él lo rechazó, dijo, tanto porque pondría un límite muy grande de administración y ejecución sobre el gobierno y por qué en la ausencia de legislación expresa requiriéndola, debemos dudar en adoptar una construcción haciendo la diferencia entre conductas legales e ilegales en el campo de relaciones comerciales que dependen sobre una prueba tan incierta como cuan razonables son los precios—una determinación que puede ser satisfactoriamente hecha solamente luego de un completo reconocimiento de nuestra organización económica y una elección entre filosofías rivales. Compare los casos *U.S. v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81; *International Harvester Co. v. Kentucky*, 234 U.S. 216; *Nash v. United States*, descritos en líneas superiores¹⁹⁷.

¹⁹⁴ 255 U.S. pp. 81, 89. 1921.

¹⁹⁵ La incertidumbre fatal fue creada por dos provisiones de la norma. De acuerdo a la lectura de Taft: “Estas provisiones hacían la línea entre la legalidad y criminalidad depender de, primero en qué comodidades necesitaban ser tratadas de acuerdo a los métodos de monopolio condenados en la primera parte de la *Sherman Act* para permitir a aquellos comprometidos en tratar en ellos para asegurar una ganancia razonable; segundo para determinar qué tan general sería una ganancia razonable para tal negocio; y tercero, qué sería una ganancia razonable para el demandado bajo las circunstancias de este negocio particular”. 274 U.S. pp. 445, 456-457. Taft citó a lo largo de su opinión en el caso *Addyston Pipe & Steel* en cuanto a la impropiedad de un estándar de precio razonable, indicando que no solamente vio una política sino además objeciones constitucionales a una ley que requería a las Cortes para decir “respecto de los contratos que no tienen otro propósito ni otra consideración en ambos lados que la restricción mutua de las partes, cuánta restricción a la competencia está en el interés público, y cuanta no lo está”. Esto es precisamente lo que Brandeis vio en el caso *Chicago Board of Trade*. Sin embargo, Brandeis, votó con la Corte en el caso *Cline*. En la opinión del caso *Cline*, Taft algunas veces sí atribuyó el suficiente definicionismo de la *Sherman Act* al hecho que incorporaba el precedente del *common law*, pero debe ser recordado que Taft en el caso *Addyston Pipe & Steel* había forzado una orientación de política en recalitrantes casos del *common law* para alcanzar un resultado esencialmente indistinguible del que *Peckham* había logrado a la desatención del *common law* y que White había llegado a discernir un supuesto cuerpo subyacente de “concepciones prácticas” en el *common law*.

¹⁹⁶ 273 U.D. pp. 392, 397. 1927.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 398.

Dos de las citas fueron, claramente, a casos en los cuales la Corte había estado indispuesta a adoptar una prueba tan incierta incluso en la presencia de legislación expresa que lo requería. Además, parecería que la objeción de Stone a la prueba de precio razonable requiere que ningún otro valor o criterio introducido en la prueba de razonabilidad debe ser conmensurable con el “efecto sobre la competencia”. De otra manera la Corte no podía ponderar los dos sin verse involucrada en “una elección entre filosofías rivales”. Claramente la regla de la razón de Brandeis que Stone rechazó enfáticamente involucra el intento de comparar inconmensurables—una elección entre filosofías rivales—puesto que involucra una elección entre productores y consumidores. Aunque Stone no ilustró la conclusión, solamente al hacer la política de la ley la creación de riqueza puede el concepto conmensurablemente esencial—eficiencia—ser encontrado para balancear en contrapeso al efecto sobre la competencia”. La predictibilidad entonces introducida en la Sherman Act por la tradición Peckham-Taft-White constituye la diferencia en el resultado entre los casos Nash y Trenton Potteries, de un lado y del otro, los casos International Harvester, Cohen y Cline.

Ha sido sugerido que la doctrina de nulidad por vaguedad ha sido usualmente empleada por la Corte Suprema para crear una zona añadida de protección alrededor de ciertas libertades del Bill of Rights¹⁹⁸. Los casos International Harvester y Cohen son, bajo esta visión, reducidos en gran parte al estatuto de curiosidades históricas dejadas de lado de “una era cuando el *laissez faire* era para la Corte el *sanctum sanctorum* que la libertad de palabra es ahora”¹⁹⁹. Puesto que la libertad económica no es notablemente un *sanctum sanctorum* para la presente Corte, esta teoría puede ser leída muy ampliamente para significar que la incertidumbre en una norma *antitrust*, incluso en un estatuto criminal *antitrust* como la Sherman Act, no causaría hoy una gran preocupación y, por tanto,

que la regla de la razón de Brandeis puede ser ahora aceptada. La decisión de la Corte en 1963 en el caso *United States v. National Dairy Products Corp.*²⁰⁰, sin embargo, indica que este no es el caso, y que la Corte continua rehusando tolerar la falta de estándares, incluso en una regulación económica.

La Corte de Distrito en el caso National Dairy había descartado una recusación recaída bajo la Sección 3 de la Robinson-Patman Act, que tipifica como delito vender bienes a “precios irracionalmente bajos con el propósito de destruir la competencia o eliminar un competidor”, en cuanto el estatuto era inconstitucionalmente vago e indefinido. Una mayoría de la Corte Superior lo revocó, pero leyó el estatuto para prohibir las ventas por debajo de costos hechas con un intento predatorio²⁰¹. Este era el aparato judicial familiar—una alternativa a la declaración de vaguedad inconstitucional—de ganar la certeza estatutaria necesaria a través de la interpretación.²⁰²

La opinión del caso National Dairy distinguía el caso Cohen puesto que ni el estatuto ni el recusamiento especificaba un acto definido que estaba prohibido, y, además, el estándar fue mantenido muy vago en el caso Cohen y no tenía un referente significativo en la práctica o uso comercial. En la visión de las prácticas comerciales en contra de lo que la Sección 3 estaba erróneamente dirigida y la especificidad de las violaciones cobradas en el recusamiento, ambos ausentes en el caso Cohen, la analogía proferida a tal caso debe ser rechazada²⁰³.

La importancia constitucional de una teoría económica es nuevamente mostrada por la sugerencia que un “referente significativo en la práctica o uso comercial” existía para la Sección 3 de la Robinson-Patman Act pero no para la Lever Act. La distinción parece restar en el supuesto que existe una teoría económica que distingue una reducción predatoria de precios de otros tipos de reducciones de precios pero ninguna que distinga tasas razonables de las no razonables.

¹⁹⁸ AMSTERDAM. “The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court”. U. Pa. L. Rev. No. 109. pp. 67, 75. 1960.

¹⁹⁹ Ibid. p. 77.

²⁰⁰ 372 U.S. p. 29. 1963.

²⁰¹ Con la objeción que el estándar “debajo del costo” era en sí mismo inconstitucional la Corte respondió que no tenía que decidir este punto sobre el atractivo de la concesión puesto que puede desarrollar un juicio que la National Dairy había vendido debajo de cualquier tipo de costo que puedan indicar las palabras.

²⁰² La opinión mayoritaria analogó su táctica a la empleada en el caso *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945), que leía un requerimiento de un intento específico en un estatuto criminal haciéndolo un crimen obligadamente sometido bajo el color del derecho estatal, cualquier inhabilitante del estado “para la privación de cualquier derecho, privilegios, o inmunidades aseguradas o protegidas por la Constitución o las leyes de los Estados Unidos” para salvar la ley de una vaguedad fatal.

²⁰³ 372 U.S. p. 36. La opinión del Juez Clark para la mayoría, mientras que no soportaba la idea que los casos International Harvester, Cohen y Cline pueden ser relegados a un sitio histórico, sí sugiere que los problemas de vaguedad pueden ser enfocados de manera diferente en casos que involucren regulación económica y aquellos que involucren problemas de la Primera Enmienda. Al final, dijo, “la Corte está preocupada con la vaguedad del estatuto puesto que tal vaguedad puede en sí misma sancionar una conducta constitucionalmente protegida y socialmente deseable... Ningún hecho tal está presente aquí donde el estatuto está dirigido solamente a la conducta designada para destruir la competencia, actividad que ni es constitucionalmente protegida ni socialmente deseable. Entonces, la Corte habría juzgado un estatuto colisionante sobre las libertades de la Primera Enmienda para la concreción de eso que mostró pero parecería en la Sección 3 de la Robinson-Patman Act no solamente en términos del estatuto sino también a la luz de la conducta a la cual es aplicada. Puesto en términos del grado de peligro de perjudicar una conducta socialmente deseable, esta distinción entre estatutos apuntaron en un discurso no deseado y a una competencia de precios excesivos puede ser de alguna manera temblorosa, pero sí sugiere un enfoque diferente a la doctrina nula por vaguedad cuando los valores constitucionales están cerca”.

El método de la Corte de estrechar la Sección 3 de la Robinson-Patman Act aplicado en el caso particular puede no ser una solución del todo satisfactoria a la vaguedad del estatuto, pero demuestra la continuidad de una preocupación real sobre el problema de la vaguedad incluso cuando las libertades en cuestión son económicas. Esto sugiere que no es enteramente la calidad de la libertad que obliga a la Corte, sino también el problema de la vaguedad en sí misma. El punto es enfatizado por el hecho que el juez Black, disintiendo en una opinión en la que se adhirieron los jueces Stewart y Goldberg, -un grupo que no puede ser descrito como acometido a *laissez faire* como un valor constitucional- señalando que la Sección 3 de la Robinson-Patman Act era simplemente inconstitucional bajo la regla establecida en el caso Cohen.

Es sugerido por la progresión histórica del tratamiento de la Corte Suprema del problema de redivisión legislativa estatal que la necesidad judicial de estándares es más profunda incluso que el requerimiento constitucional de una justa advertencia. Un gran elemento en la resistencia de algunos miembros de la Corte a su entrada en tal campo era la inherente falta de estándares o criterios legales aceptados o incluso confiables analogías para ilustrar para hacer juicios judiciales. Cobrar a las Cortes con la tarea de acomodar los factores incommensurables de la política (...) es atribuir, aunque simplificado, omnipotencia a los jueces²⁰⁴.

Se tomó nota de "la precaución de no emprender una decisión donde faltan los estándares obtenidos para un juicio judicial"²⁰⁵.

Puede ser significativo que cuando la Corte sí emprendió la redivisión de las legislaciones estatales se movió rápidamente al único criterio empresarial disponible -"una persona, un voto"²⁰⁶ - que tenía la sobrecogedora virtud, a pesar de los defectos considerables como historia o como teoría política o constitucional²⁰⁷, de ser al menos un estándar.

La regla de la razón de Brandeis escasea de "estándares conocidos para el juicio judicial" y es, por tanto, de ser esperado que la adopción explícita, a toda escala de tal enfoque crearía incertidumbres que las Cortes no tolerarían más. La progresión de los casos de redivisión

legislativa sugiere que una conciente adopción por las Cortes de la regla de la razón de Brandeis sería rápidamente seguida por la evolución de reglas arbitrarias concernientes a los propósitos por los que la cartelización es permisible.

Peckham, Taft y White, cuando trataron por primera vez con el vago lenguaje de la Sherman Act, enfrentaron un problema no muy diferente al situado para la Corte por los estatutos involucrados en los casos International Harvester, Cohen, Cline, National Dairy y por el tópico de redivisión legislativa. Su solución fue emplear los estándares suministrados por las ideas básicas de la teoría de precios para dar a la ley relacionada a eliminaciones acordadas de la competencia los estándares requeridos. Los estándares, aunque de varios grados de mérito, eran similarmente encontrados en el caso National Dairy y en el campo de redivisión legislativa. Ningún estándar estaba a mano para ser incorporado por la interpretación en los casos International Harvester, Cohen y Cline, y por tanto los estatutos ahí cayeron.

Los argumentos efectuados concernientes a la irrealidad de las distinciones del enfoque de Brandeis, a la efectividad relativa de la Sherman Act en implementar los diferentes valores de las dos tradiciones de la ley y los respectivos roles de las legislaciones y las Cortes en escoger valores y hacer comparaciones interpersonales, indican que el criterio de la tradición principal que da certeza a la Sherman Act son ampliamente superiores a aquellos que podían ser creados por interpretaciones judiciales dentro de la tradición de Brandeis²⁰⁸.

Si es cierto que la regla de la razón de Brandeis como un todo representa un enfoque inadecuado para las Cortes, no debería requerir un argumento mayor que aquel al de los elementos que aparecen intermitentemente en las decisiones y políticas de ejecución y que se señalan que son ilegítimos y que deberían ser eliminados. Al considerar el tratamiento correcto de las varias formas de fijación de precios, reparto de mercado y análogas eliminaciones de competencia mediante acuerdo con el que la ley debe hacer frente, entonces, la segunda parte de este artículo se limitará al enfoque de política de la tradición principal de la ley.

²⁰⁴ Frankfurter, disintiendo en el caso *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 268 (1962).

²⁰⁵ *Ibid.* p. 289.

²⁰⁶ *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368, 381 (1963).

²⁰⁷ Véase Neal, *Baker v. Carr: Politics in Search of Law*, 1962 Sup. Ct. Rev. 252.

²⁰⁸ Un elemento adicional de la superioridad de la tradición principal, relacionada al concepto de justa advertencia es que la ley puede ser corregida con menos probabilidad de injusticia a las personas que han confiado en decisiones anteriores. Una Corte que intenta aplicar el criterio económico de la tradición principal puede claramente aprobar erróneamente un cartel disfrazado. Sin embargo, las personas que subsiguientemente toman acuerdos similares pueden ser presumidos de conocer el propósito y efecto real de sus acuerdos. Entonces, su confianza puede estar sólo sobre la continua aplicación incorrecta de principios conocidos. La regla de la razón de Brandeis parece tener mayor énfasis sobre decisiones fijas, y mucho más rigidez, dentro de sus doctrinas. Los productores serán usualmente invitados a confiar en las decisiones que ciertos tipos de eliminaciones de la competencia son deseables dentro y en sí mismas. Una Corte posterior puede encontrar menos obvio el atractivo de tal cartelización, pero se sentiría seguramente menos libre de corregir la ley porque no podría decir verdaderamente que las personas que han confiado en los casos anteriores deban haber sabido que era decidido incorrectamente.

EL DERECHO *ANTITRUST* EN LA NUEVA ECONOMÍA *

Richard A. Posner **

La Sherman Act y otras leyes similares que regulan el Derecho de la Competencia en Estados Unidos fueron promulgadas hace muchísimos años. Por otro lado, las decisiones de las Cortes que hoy son tomados como precedentes sustentaban su razonamiento en base a dichas normas. En ese entonces, no existían industrias en red o redes de consumo como las desarrolladas en la actualidad. ¿Puede presentarse un problema de inadecuación de las leyes y precedentes a la economía actual? La respuesta a este interrogante es analizada por el Juez Richard Posner en el presente artículo.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Antitrust Law Journal No. 68, 2001, bajo el título "Antitrust in the New Economy". La publicación se hace bajo expresa autorización del Juez Richard Posner. La traducción fue realizada por Mariela Pérez-Costa, miembro de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Gonzalo Zagarra Mulanovich, LL.M., Yale Law School.

** Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos; Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Versiones previas de este artículo fueron presentadas como exposiciones en la ciudad de Nueva York, en setiembre del 2000, en una conferencia sobre *antitrust* auspiciada por la American Bar Association y el American Law Institute, y al día siguiente en una reunión del Council of Foreign Relations; en la Universidad DePaul en Chicago, el 21 de setiembre del 2000, como una ponencia en el Distinguished Lecture Series in Finance; como una presentación en el Taller de Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, el 2 de octubre del 2000; y como una ponencia en la Universidad de Hamburg, el 6 de noviembre del 2000. Agradezco a Dennis Carlton, Frank Easterbrook, Eric Posner, William Landes, y a los participantes de las varias sesiones en las que se ofreció este artículo por sus útiles comentarios.

Recientemente se ha manifestado preocupación porque la ley *antitrust* norteamericana no resulte la más conveniente para regular la “nueva economía”. Se argumenta que las doctrinas jurisprudenciales desarrolladas para ocuparse de la competencia y el monopolio en las industrias de chimeneas no se adecua de manera óptima a la dinámica economía del siglo veintiuno. Sostendré que sí existe, en efecto, un problema en la aplicación de la ley *antitrust* a la nueva economía, pero dicho problema no es jurisprudencial; la doctrina jurisprudencial *antitrust* es lo suficientemente flexible, y su compromiso con la racionalidad económica lo suficientemente fuerte, como para sortear con éxito los dilemas competitivos que la nueva economía presenta. El verdadero problema yace en el lado institucional: los organismos reguladores y las cortes no cuentan con adecuados recursos técnicos y no actúan lo suficientemente rápido como para abarcar de manera efectiva un muy complejo sector de la economía, que cambia muy rápidamente. Este problema será extremadamente difícil de resolver; en realidad ni siquiera puedo entrever una solución completa, aunque sugeriré algunas soluciones parciales.

Emplearé el término “nueva economía” para referirme a tres industrias distintas, aunque relacionadas. La primera de ellas es la de fabricación de *software* de computadoras. La segunda consiste en los negocios basados en el Internet (proveedores de acceso a Internet, proveedores del servicio de Internet, proveedores de contenidos de Internet) tales como AOL y Amazon. Y la tercera consiste en los servicios de comunicación y equipamiento diseñados para dar soporte a los dos negocios anteriores. Existen otros candidatos a ser incluidos en la nueva economía, pero estos tres sirven a mis propósitos.

Estas industrias difieren marcadamente de la mayoría de industrias en las que emergió la jurisprudencia *antitrust*, particularmente de las industrias que manufacturan bienes físicos tradicionales como el acero, automóviles, tuberías, cables, aluminio, vagones, materiales de construcción de carreteras, y cigarrillos. Las industrias tradicionales se caracterizan por tener una producción multiplanta y multiempresa (lo que indica que las economías de escala están limitadas tanto a nivel de planta como a nivel de empresa, o en otras palabras, que el costo total promedio está incrementado a niveles de producción relativamente moderados), mercados estables, fuerte inversión de capitales, índices de innovación moderados, y entradas y salidas del mercado lentas e infrecuentes. Las industrias de la nueva economía

sobre las que me ocuparé, tienden a carecer de estos rasgos. Se caracterizan, en cambio, por tener un costo promedio decreciente (basado en el producto, no en la empresa) sobre una amplia gama de producción, requerimiento modesto de capitales con relación a los disponibles para nuevas empresas en el moderno mercado de capitales, altos índices de innovación, entradas y salidas del mercado rápidas y frecuentes, y economías de escala en el consumo (también conocidas como “externalidades de red”), cuya realización requiere o de un monopolio o de cooperación entre las empresas en la fijación de estándares. Y mientras que la integración vertical es un rasgo común de la antigua economía, tiende a ser aun más común en la nueva, provocando que un inusual número de empresas establezca relaciones de cliente o proveedor con otras empresas que a la vez son sus competidoras.

Una clave para entender estas industrias es que, con la parcial excepción de los equipos de comunicaciones, su principal producción es de propiedad intelectual, a saber, códigos de computadora, más que bienes físicos (aun cuando la propiedad intelectual puede ser enviada en un disco, esto es incidental, y de cualquier forma, los *software* son enviados a los compradores cada vez más a través del Internet). Obviamente este es el caso de los *software* de computadora pero también se aplica a un amplio sector de los negocios basados en el Internet, incluso a aquellos que venden bienes físicos, como abarrotes y libros. Su habilidad para tomar y cumplir órdenes y llevar a cabo las otras operaciones (tales como mercadeo, facturación, manejo de devoluciones, atender las preguntas y quejas de los clientes, así como los temas relacionados a la privacidad y seguridad de éstos) necesarias para dar a los clientes los bienes y servicios que el negocio provee, se deriva, en gran parte, tanto de la sofisticación del *software* del negocio como de sus marcas y derechos de autor.

La propiedad intelectual se caracteriza por tener costos fijos pesados en comparación con su costo marginal. Crear es normalmente caro, pero una vez que se ha creado, el costo de hacer copias adicionales es bajo, especialmente en el caso de *software*, donde hablar de costo marginal cero es apenas una ligera exageración¹. Sin protección legal, el creador de propiedad intelectual puede no llegar a recuperar su inversión, toda vez que sus competidores podrían aprovecharse gratuitamente de ella; así, la protección legal puede expandir la producción en vez de reducirla, como sucede en el típico caso de un monopolio. Al mismo tiempo, la protección legal de la propiedad intelectual puede operar desviando a los consumidores

¹ Nota de Traductor: El término *Antitrust* se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado.

² Pero de todas maneras una exageración, toda vez que existen costos por la venta y el servicio asociados con cada venta o alquiler de *software*.

hacia sustitutos más costosos. El dueño de una patente o derecho de autor cobrará por las copias un precio positivo, aun cuando el costo marginal sea cero; dicho precio positivo desviarán a algunos consumidores hacia productos sustitutos. Para prevenir estas deserciones se requeriría una discriminación de precios perfecta, la cual es inalcanzable porque (dejando de lado los costos administrativos) el vendedor requeriría de información completa sobre la elasticidad de la demanda de su producto entre todos sus clientes y potenciales clientes.

La legislación sobre patentes y derechos de autor trata de alcanzar el balance de maximización de la producción dándole al creador de propiedad intelectual alguna, pero incompleta, protección frente a la competencia. Los derechos de autor confieren una protección más prolongada que las patentes porque, tradicionalmente, había menos que proteger –sólo la forma cómo el compositor, pintor, escritor, etc., eligió expresar sus ideas, y sólo copiarlas, no descubrimientos independientes. La extensión de los derechos de autor sobre *software* ha sido controvertida. Muchos consideran que confiere excesiva protección, ya sea al restringir en lugar de expandir la cantidad de propiedad intelectual, o al atraer excesivos recursos para la producción de dicha propiedad en relación con la inversión en mercados que no producen ganancias monopólicas (o ambos), debido a las dificultades de inventar un código innovador. Se argumenta, incluso, que los métodos de distribución de *software* usualmente permiten al creador obtener por la vía contractual aún más protección de la que las leyes de derechos de autor le dan. Los derechos de autor confieren al titular un derecho de propiedad sobre su propiedad intelectual incluso cuando ésta está en manos de una persona con la que no ha contratado, como el comprador de un libro protegido por derechos de autor en una librería. En la medida que el creador del *software* contrate directamente con el comprador final, puede imponerle contractualmente más restricciones que las que la ley sobre derechos de autor le permitiría en ausencia de contrato²; por ejemplo, podría prohibirle que obtenga una copia extra para su uso personal, lo cual la ley sobre derechos de autor sí permite. Es cierto que es improbable que un contrato tenga la misma duración que la protección de los derechos de autor, pero la duración de la protección en el caso del *software* es una cuestión teórica, pues éste se vuelve obsoleto mucho antes de que expiren los derechos de autor sobre él. Cuando la discriminación es menos que perfecta, el efecto en la producción es indeterminado, como explicaré brevemente.

La posibilidad de que la combinación de derechos de autor y contratos confiera a los productores de *software* demasiado poder monopólico en el sentido económico, esto es, que cause una disminución en vez de un incremento en la producción de la propiedad intelectual en cuestión o que distorsione la asignación de recursos entre las industrias que producen propiedad intelectual y las que no lo hacen, o que cause ambos efectos negativos, crea una preocupación natural con respecto a cualquier práctica o circunstancia adicional que pueda incrementar el poder del productor sobre el precio de su *software*. Es en este punto que otro aspecto de la nueva economía que he mencionado –el de las economías de escala en el consumo–, se torna problemático. Las economías de escala son familiares en la manufactura; hasta cierto punto, cuanto más se produce, menor el costo promedio. Las economías de escala en el consumo se refieren a la situación en la que, cuanto mayor sea la producción de una empresa (hasta un punto determinado), más valiosa será dicha producción para sus consumidores. El ejemplo tradicional era el teléfono. El servicio de telefonía no tendría ningún valor si contase con un sólo cliente; éste no tendría con quién hablar. A mayor cantidad de clientes, mayor será el valor del servicio para cada uno de ellos, o al menos para muchos de ellos. Los servicios interactivos, tales como el correo electrónico y las subastas en línea, funcionan de manera similar. Lo mismo sucede cuando se comparte programas de computadora, como cuando dos o más académicos colaboran en escribir un artículo mediante procesadores de texto y hojas de cálculo. Al margen de casos como el anterior, o del establecimiento de redes (en el sentido literal), lo cierto es que los programas de computadora tienden a ser más valiosos en cuanto más gente los use porque la capacitación, el soporte técnico y la estandarización del equipo y los procedimientos se facilitan. La misma razón asiste a la estandarización de un teclado de máquina de escribir. Podemos llamar a esto el establecimiento “figurativo” de una red, por analogía con la distinción entre “estar en lista de espera” de manera literal y figurada (por ejemplo, hacer cola para comprar una entrada versus esperar a que una corte vea una causa).

Estas economías de consumo presuponen uniformidad antes que una fuente común. El sistema internacional de telefonía está constituido por una única red, pero sus componentes son de propiedad de un vasto número de distintas empresas e individuos. Los componentes han sido, sin embargo, estandarizados para asegurar interoperabilidad, de la misma manera en que el ancho de la vía férrea ha sido estandarizado a lo largo de

² Véase LEMLEY, Mark A. “Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing”. En: California Law Review No. 87. pp. 111, 124-134. 1999.

todo el país. Una empresa que fabrique uno de los componentes esenciales de una red (palabra que estoy empleando en sentido amplio, para significar cualquier situación en la cual existan economías de escala a nivel de consumo) preferirá ser la fuente exclusiva de dicho componente antes que tener que revelar la información que permitirá a sus competidores duplicar dicho componente. Si el componente está sujeto a protección de propiedad intelectual a través de una patente, de derechos de autor o por contrato, o puede ser tomado como un secreto comercial, entonces el requisito de uniformidad podrá ser alcanzado más fácilmente a través de una provisión monopólica que mediante la estandarización.

Las redes no son valoradas por los consumidores en sí mismas; ellas son los conductos para los servicios que el consumidor valora. Este es un punto en el cual la integración vertical entra en la nueva economía. Un sistema operativo es una plataforma para aplicaciones de *software*, y por ello el autor de un sistema operativo puede decidir crear aplicaciones de *software* que funcionen acoplados en él, de la misma manera en que AT&T solía fabricar el equipo terminal conectado a sus líneas telefónicas. Los modernos sistemas operativos son ellos mismos compuestos de distintos programas que pueden ser proporcionados por distintas compañías o por una empresa; este último caso se asemeja a la práctica de AT&T de fabricar el equipo de conexión para su sistema de teléfonos, así como las propias líneas telefónicas. Las empresas que proveen de la conexión y de otras facilidades para acceder y navegar por la *web* podrían integrarse adicionalmente a la provisión de servicios basados en la *web* tales como las ventas y el video.

Las características de la nueva economía que he venido describiendo, todas menos la última (integración vertical, de la que hablaremos mas adelante) la vinculan al monopolio, aunque también, extrañamente, a la competencia. La paradoja se resuelve recordando que la competencia para *obtener* un monopolio es una forma importante de competencia. Mientras más protección frente a la competencia disfrute la empresa que logre conseguir un monopolio, más competencia habrá para convertirse en ese monopolista; y siempre que los únicos medios viables o permitidos para obtener un monopolio sean socialmente productivos, esa competencia sería enteramente deseable. Si una empresa va a estar protegida tanto por leyes de propiedad intelectual como por economías de escala en el consumo, en caso de ser la primera en idear un componente esencial de un producto o servicio de la nueva economía, ella logrará un monopolio lucrativo, y este panorama debería acelerar el ritmo de innovación, de la misma forma en que, los demás factores constantes (*ceteris paribus*), cuanto más valor

tenga un tesoro enterrado, más rápido será encontrado. Más aun, es probable que el monopolista exitoso sea una empresa que cobre inicialmente un precio bajo por el nuevo producto que haya creado. Recordemos el caso del teléfono. Desde que cada nuevo usuario incrementa el valor del servicio a los suscriptores existentes, la compañía de teléfonos tiene un incentivo para proveer facilidades en el precio a los nuevos suscriptores, pues el dinero que perdería en ellos puede ser más que compensado por el alto precio que los suscriptores existentes pagarían por acceder a una red más grande. Esto es especialmente probable si la red va a ser un monopolio natural, pues ningún competidor encontrará factible duplicarla –luego, cuanto más rápido alcance madurez la red, más tiempo estará protegido el monopolista frente a los ataques a su monopolio. La posibilidad de un monopolio de red debería, por lo tanto, inducir no sólo a un alto índice de innovación sino también a una estrategia de precios bajos que induzca afiliaciones tempranas y compense a los afiliados iniciales por el hecho de que eventualmente el empresario de la red pueda estar en posición de cobrar un precio monopólico.

Enfatizo la expresión “pueda estar en posición” en la oración precedente. Las redes tradicionales, tales como el sistema de telefonía y los ferrocarriles requerían de grandes inversiones de capital y fueron por tanto difíciles de duplicar. Si uno era dueño de una red tal, o de una parte importante de ella, tenía un monopolio seguro. Mientras menos inversión de capital requiera la creación de una red sustituta, menos seguro estará el monopolio del monopolista de la red. Debido al extraordinario ritmo de innovación, no sólo en *software* de computadoras, sino también en tecnología de las comunicaciones, la extraordinaria cantidad de capital disponible a nivel mundial para invertir en nuevas empresas, y la rapidez con la que las nuevas redes que son principalmente electrónicas pueden ser puestas a funcionar; las redes que han surgido en la nueva economía no parecen particularmente seguras frente a la competencia. Hemos visto todo tipo de empresas subir y caer en esta industria –cayendo algunas veces de lo que parecía ser una posición monopólica segura. La tormenta de destrucción creativa que describía Schumpeter, en la cual una secuencia de monopolios temporales opera para maximizar la innovación que confiere beneficios sociales mucho mayores a los costos sociales de los precios de los fugaces monopolios que el proceso también genera, podría ser la realidad de la nueva economía.

La viabilidad de desafiar a un monopolio existente es, no obstante, crítica. Incluso cuando la única manera de convertirse en un monopolista de red en la nueva economía es siendo el primero en inventar una nueva tecnología que beneficie a los consumidores, la existencia de un monopolio puede desalentar

innovaciones tecnológicas posteriores por parte de otras empresas. Si las externalidades de la red son grandes, éstas podrían dar al monopolista una ventaja a nivel de costos que sobrepasaría el beneficio de una tecnología nueva y superior. Este es el problema de la “dependencia de vía”: una industria puede estancarse con una tecnología inferior a causa de la ventaja a nivel de costos de la red existente³.

A pesar de aparentar lo contrario, las leyes *antitrust* no están muy preocupadas por el monopolio en sí⁴. No constituye violación a dichas normas el adquirir un monopolio por medios legales, y esos medios incluyen innovaciones protegidas de la competencia por leyes de propiedad intelectual. Si la protección de los derechos de autor de *software* de computadoras es demasiado amplia (demasiada protección de la propiedad intelectual puede reducir la producción, y, por ese motivo, mucha innovación puede también ser ineficiente⁵), esa es una cuestión a tratar con el Congreso. Tampoco constituye una violación a las leyes *antitrust* el cobrar un precio monopolístico, o hacer una discriminación de precios en un esfuerzo por maximizar las ganancias del monopolio. Y ahora que la jurisprudencia del caso Alcoa⁶ está desacreditada, se entiende que un monopolista es libre de competir, ya sea frente a la franja competitiva en su propio mercado monopolístico o frente a potenciales competidores, tan enérgicamente como lo haría cualquier empresa en un mercado competitivo, siempre que no emplee tácticas para conducir a una empresa tan o más eficiente que ella fuera del mercado⁷. El hecho de que un monopolista apoyado en las externalidades de la red sea difícil de desplazar incluso por una empresa con una tecnología superior, no tiene en sí mismo importancia para el derecho *antitrust*. Lo que sí es cierto es que una empresa está prohibida de entrar en una concertación de precios con sus competidores, o de adquirir a algún competidor si tal adquisición va a alterar la estructura del mercado para hacerla más

propicia a una concertación de precios; sin embargo, estas reglas no requieren de ninguna modificación para lidiar con las fusiones y las concertaciones de precios en las industrias de la nueva economía. Tampoco existe una norma general que prohíba la comunicación entre competidores en materias tales como la fijación de estándares cuando los consumidores puedan beneficiarse de algún grado de cooperación entre las empresas.

La preocupación en la aplicación de la ley *antitrust* a la nueva economía se centra en los métodos con los cuales una empresa que tiene una participación monopolística en un mercado de una industria de la nueva economía podría intentar desviar a nuevos competidores. Los abogados y economistas que expresan esta preocupación temen que el enfoque *antitrust* de la Escuela de Chicago niegue la posibilidad de que una sola empresa, sin colaborar con sus competidores o potenciales competidores (es decir, cuando no son aplicables las reglas contra las concertaciones de precios y las grandes fusiones horizontales), pueda, al menos bajo las condiciones de la nueva economía, aunque probablemente también en situaciones normales, impedir ataques eficientes a su monopolio. Si el enfoque de la Escuela de Chicago así entendido es ley, estas críticas quisieran cambiarlo para utilizarlo en nuevos casos *antitrust* de la nueva economía.

Esta es una mala interpretación de la Escuela de Chicago, al menos si puedo ser considerado como un miembro vigente de ésta⁸. El enfoque es escéptico – pero ninguna palabra más fuerte sería correcta – acerca del peligro para la competencia de acciones unilaterales de una empresa, unilaterales en el sentido específico de que no requieren de la cooperación de otros competidores (usualmente requieren de la cooperación de los clientes y proveedores). El enfoque pone énfasis tanto en la dificultad de aplastar a la competencia a

³ Véase, por ejemplo, BESEN, Stanley M. y Joseph FARRELL. “Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization”. En: *Journal of Economic Perspectives*. Primavera de 1994. p. 117; FARRELL, Joseph y Garth SALONER. “Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation”. En: *American Economic Review* No. 76. p. 940. 1986; KATZ, Michael L. y Karl SHAPIRO. “Technology Adoption in the Presence of Network Externalities”. En: *Journal of Political Economy* No. 94. p. 922. 1986.

⁴ Esto es lo que hace que el caso *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services, Inc.*; 504 U.S. 451 (1992), que implicaba la atadura de los servicios de reparación a la compra del producto, junto con otros casos de ataduras, sea tan cuestionable, pues era evidente que, en el peor de los casos, Eastman Kodak estaba simplemente aprovechándose de sus clientes, y no así excluyendo o desalentando a iguales o más eficientes competidores. KLEIN, Benjamin. “Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak”. *Supreme Court Economic Review* No. 3. p. 43. 1994.

⁵ Una patente confiere un monopolio legal, pero los gastos para obtener una patente pueden exceder los beneficios sociales de tal monopolio legal. Imaginemos un caso en el que dichos beneficios sociales, que asumiré que son iguales a las regalías que el autor de la patente obtendrá, son de 10 millones de dólares, y que el camino óptimo para crear la innovación patentable involucra a dos empresas, cada una de ellas gastando 4 millones. La empresa que lo cree primero obtendrá la patente. Supongamos que luego que cada una gastó 3 millones, calculan que les tomará seis meses más completar sus respectivas solicitudes de patente. Desde que el gasto de seis millones es un costo hundido, cada una gastará hasta 10 millones para completar sus solicitudes un día antes que su rival; pero el beneficio social de la aceleración en el día en que se complete la solicitud será ignorable. El monopolio en este ejemplo asigna excesivos recursos a la innovación.

⁶ *United States v. Aluminum Co. Of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945) (L. Hand, J.).

⁷ Véase, por ejemplo, *United States vs. Syufy Enterprises*, 903 F.2d 659, 669-669 (9th Cir. 1990); *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F.2d 370, 375-376 (7th Cir. 1986); Principalmente *Pro Color, Inc. vs. Eastman Kodak Co.*, 703 F.2d 534, 544 (9th Cir. 1983). Estos casos reflejan una serie de afirmaciones enérgicas post-Alcoa de parte de la Corte Suprema acerca de cómo las leyes *antitrust* protegen la competencia en el sentido de prácticas eficientes en los negocios y no en el sentido de una rivalidad *per se*. Véase, por ejemplo, *Broadcast Music, Inc. vs. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1, 19-20 (1979); *Reiter vs. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979).

⁸ Véase POSNER, Richard A. “Antitrust Law: An Economic Perspective”. Capítulo 8. 1976.

través de tales medios como en el peligro de que la severidad en la imposición de las normas *antitrust* pueda suprimir una práctica aparentemente anticompetitiva pero en la práctica eficiente, o al menos neutral, desde una perspectiva más amplia. Un clásico ejemplo son las cláusulas de atadura, entendidas usualmente como el medio por el cual una empresa con un monopolio sobre un mercado (el mercado del producto atador) puede obtener un segundo monopolio (sobre el mercado del producto atado). Se pasó por alto el hecho de que los casos involucraban productos complementarios (martillos y clavos, por ejemplo), de manera que, por definición de la complementariedad, un intento por incrementar el precio de alguno de ellos reduciría la demanda del otro⁹. Poseer ambos monopolios produciría un incremento en las ganancias netas del monopolista sólo si el segundo monopolio le permite dedicarse a la discriminación de precios más fácilmente, utilizando las ventas del producto atado para monitorear la intensidad de la demanda del servicio (por ejemplo martillar clavos) a que los productos dan conjuntamente lugar. Aun cuando la discriminación de precios no tienda generalmente a incrementar eficiencia¹⁰, es poco probable que la prohibición de una de sus formas haga algún bien, dado que no existe ninguna prohibición general *antitrust* frente a la discriminación de precios.

O sino consideremos los contratos de exclusividad. Un fabricante de bienes de consumo necesita que sus distribuidores acuerden no transportar ningún producto de sus potenciales competidores y, por tanto, (espera que) el costo de distribución para potenciales competidores aumente. Con la importante excepción anotada más adelante para el caso en que haya economías de escala en la distribución, el fabricante tendrá que remunerar a sus distribuidores por aceptar esta restricción, y ello incrementará sus costos, haciendo más atractivo el acceso de terceros a ese mercado. Si un potencial competidor tiene un producto prometedor, otros distribuidores estarán encantados de transportarlo; si no existen otros distribuidores,

aparecerán nuevos. Aun cuando el potencial competidor tenga que realizar él mismo su propia distribución, y en consecuencia entrar en dos niveles - fabricación y distribución- el hecho de que el capital necesario para entrar sea ahora mayor no debería ser un obstáculo al ingreso, desde que no existe escasez de capital para nuevas empresas prometedoras. Por estas razones, es improbable que los contratos de exclusividad sean un medio efectivo para prevenir el acceso al mercado. Al mismo tiempo, se puede ver fácilmente cómo los contratos de exclusividad pueden promover eficiencia al incrementar la probabilidad de que un distribuidor haga su mejor esfuerzo para promover los productos del fabricante. Los contratos de exclusividad pueden ayudar también a un vendedor de propiedad intelectual a prevenir la piratería, una seria preocupación en el mercado de propiedad intelectual.

Pero el escepticismo respecto de las acciones monopolísticas unilaterales no es lo mismo que negarlas. El caso *Standard Fashion*¹¹ ha sido utilizado largamente por algunos miembros de la Escuela de Chicago para ilustrar una acción unilateral que bien podría haber incrementado el poder monopolístico del demandado¹². El demandado fabricaba una línea de modelos de vestidos para mujer (usados por ellas mismas para hacerse sus propios vestidos) que era muy popular. Los minoristas creyeron que era fundamental poder vender la línea. El demandado les exigió acordar no vender ninguna línea competidora. Los fabricantes competidores podían, en principio, crear sus propios puntos de venta, pero ¿quién les compraría si no se iba a encontrar en ellos la marca más popular? Los fabricantes competidores tendrían que crear una línea tan grande y tan popular como la de *Standard Fashion*, y eso sería algo difícil, sino imposible, de conseguir.

Lo que distinguía a *Standard Fashion* de una gran variedad de otros casos de contratos de exclusividad era la existencia de economías de escala a nivel de distribución. Los consumidores no querían saltar de tienda en tienda. Querían la línea completa en cada tienda, así que cualquiera que quisiera entrar al negocio

⁹ Un punto más esencial, sin embargo, es que las cláusulas de atadura hacen que el producto atado sea un complemento del atador; el comprador no puede obtener el producto atador sin el producto atado también y por eso pagará menos por el atador cuanto mayor sea el precio del atado. La importancia del hecho de que el producto atado sea usualmente un complemento del producto atador independientemente de la atadura es que la cantidad demandada del producto atado es una medida de la intensidad de la demanda del producto atador.

¹⁰ Una discriminación de precios perfecta traería como consecuencia la misma producción que bajo competencia, porque ningún cliente que esté dispuesto a pagar el costo marginal del vendedor sería ahuyentado. Pero una discriminación de precios perfecta sería inviable, y una discriminación de precios imperfecta puede dar lugar a una producción mayor o menor que bajo competencia, o la misma producción. Véase SCHERER, Frederick M. y David ROSS. "Market Structure and Industrial Performance". pp. 494-496. Tercera Edición. 1990; SAMUELSON, Paul A. "Foundations of Economic Analysis". pp. 42-45. 1947; ROBINSON, Joan. "The Economics of Imperfect Competition". pp. 188-195. 1933. Muchos economistas creen que incluso una discriminación cruda tiene más probabilidades de expandir que de reducir la producción, véase, por ejemplo, *Ibid.*, p. 201; SCHERER y ROSS, *Ibid.*, pp. 494-496; STEINER, Peter O. "Book Review". En: University of Chicago Law Review No. 44. pp. 873 y 882. 1977, pero no parece haber una base sólida para esta creencia. Véase VARIAN, Hal R. "Price Discrimination". En: Handbook of Industrial Organization. Nota 12, Volumen 2. pp. 597, 629-633.

¹¹ *Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.*, 258 U.S. 346 (1922).

¹² DIRECTOR, Aaron y Edward H. LEVI. "Law and the Future: Trade Regulation". En: Northwestern University Law Review No. 51. pp. 281 y 293. 1956; POSNER, Richard A. "Antitrust Law: An Economic Perspective". p. 202. n. 48. 1976. Véase generalmente LOPATKA, John E. y William H. PAGE. "Posner's Program for the Antitrust Division: A Twenty-Five Year Perspective". En: SMU Law Review No. 48. pp. 1713, 1734. 1995.

de ropa de mujer debía proveer la línea completa si era excluido de las tiendas que vendían la línea de la empresa dominante. Sin duda alguna, Standard Fashion incurrió en ciertos costos para restringir a sus minoristas. Pero es posible que dichos costos fueran menores que el incremento en sus ganancias monopolísticas esperadas por prevenir el acceso de nuevos competidores al obligar a todo potencial entrante a no entrar sino con la línea completa.

El punto no es que el nuevo participante tendría que invertir más capital, como en el ejemplo anterior. El punto es que tendría que embarcarse en una empresa más riesgosa, aquélla de crear no un único producto exitoso, sino toda una línea de tales productos. Es como si uno no pudiera fabricar aviones comerciales sin tener que fabricar aviones militares también. En un caso como ese, así como en el caso de Standard Fashion, los contratos de exclusividad, al incrementar los costos de distribución netos del demandado (si es que en realidad fueran adoptados para propósitos anticompetitivos y no tuvieran una lógica de eficiencia) podrían incrementar a la vez los costos (no los requerimientos de capital) de los nuevos entrantes en mucha mayor medida.

La analogía con la externalidad de una red de la nueva economía debería ser plena. La red corresponde al punto de venta de la línea completa de Standard Fashion. Una empresa desearía entrar al mercado produciendo algún componente de la red o un servicio con valor agregado, pero si un competidor, en virtud de ser dueño de la red, o de tener un contrato de exclusividad con ella, se rehusa a cooperar con la empresa, ésta no será capaz de duplicar la red para distribuir su componente o servicio.

Es cierto que acceder al mercado de manera gradual es la regla en muchas industrias. Una tienda de departamentos vende productos de muchos productores, muchos de los cuales no ofrecen una línea completa de éstos. Uno podría imaginarse un grupo de diseñadores de ropa de mujer, cada uno especializado en un modelo, y que la tienda de departamentos reúna a todos en una línea completa para competir con la línea completa de Standard Fashion. El riesgo de acceso para cada diseñador se vería minimizado. El caso fue resuelto en 1922, y sin embargo, muchas ciudades podrían no haber tenido tiendas de departamentos. Se podría decir que estamos en una fase similar en el desarrollo de la nueva economía, donde las facilidades de distribución son suficientemente limitadas como para crear cuellos de botella que los monopolistas podrían explotar para perpetuar su monopolio.

Es importante advertir que el monopolista no tendrá ningún incentivo para dedicarse a prácticas de exclusión, a no ser que su monopolio sea frágil, esto es, vulnerable al acceso de nuevos participantes. Cuanto más vulnerable sea, sin embargo, menos probable será que perdure, aun cuando el monopolista recurra a dichas prácticas. Este punto no fue tomado en cuenta en la crítica de Robert Bork a lo resuelto en el caso¹³. Él argumenta que Standard no podía obtener un precio monopolístico de sus vendedores dos veces, primero al cobrarles los costos que el mercado asumiría y luego al forzarlos a entrar en contratos de exclusividad. Eso es cierto, pero lo que Standard sí hubiera sido capaz de hacer era aumentar la duración de su monopolio.

La probabilidad de que las ganancias del monopolio obtenidas durante la extensión del período (como podríamos llamarle al período durante el cual un monopolio se extiende mediante prácticas de exclusión) excedan los costos de las prácticas de exclusión para el monopolista, es incrementada por el hecho de que, tanto en el caso de Standard Fashion y aún más dramáticamente en casos paralelos de la nueva economía, el monopolio es de propiedad intelectual. La propiedad intelectual se caracteriza, como sabemos, por una gran diferencia entre el costo total y el costo marginal. En un caso extremo, que se aproxima a algunos mercados de *software*, el costo marginal es cercano a cero, lo que significa que casi todos los ingresos obtenidos por una empresa que monopoliza un mercado van directamente al resultado final. Esto hace posible que la ganancia obtenida al extender el monopolio por uno o dos años más exceda el costo de las prácticas de exclusión requeridas para alcanzar dicha extensión. Para ponerlo de otra manera, no existe ninguna razón para pensar que el costo de las prácticas de exclusión en tales mercados excederá las ganancias adicionales del monopolio que dichas prácticas hacen posible, aun cuando se haya incurrido en el costo previamente, lo cual requiere que cualquier ganancia futura sea descontada al valor actual antes de ser comparada con el costo.

Un factor problemático tanto en el caso de Standard Fashion como en los casos de la nueva economía es la utilidad de los contratos de exclusividad como un medio para lidiar con la piratería. Standard Fashion debe haberse preocupado por la piratería de sus modelos por parte de fabricantes competidores, e intentando prevenir esto privando de puntos de venta a los piratas. (Esta preocupación fue explícita en un caso posterior, *Fashion Originators' Guild of America vs. FTC*¹⁴). Para

¹³ BORK, Robert H. "The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself". pp. 305-307. Segunda edición. 1993. Bork sostiene también que, la participación de Standard Fashion en el mercado, 40 por ciento, era demasiado pequeña como para permitirle excluir a sus rivales. Pero esa era su participación en el mercado a nivel nacional; la Corte Suprema advirtió que en muchos pueblos y ciudades pequeñas sí tenía un monopolio. Debería ser considerado, sin embargo, como un caso que envuelve una serie de monopolios locales en lugar de un monopolio nacional.

¹⁴ 312 U.S. 457 (1941).

anticipar la segunda parte de esta discusión, cuando quiera que una corte *antitrust* es llamada a encontrar el balance entre eficiencia y monopolio, siempre hay problemas; incertidumbre legal y probabilidad de error.

Los contratos de exclusividad, por cierto, son analíticamente lo mismo que las cláusulas de atadura. Los contratos de exclusividad atan la distribución a la fabricación; de la misma manera, las cláusulas de atadura son el contrato de exclusividad en el producto atado. Todo lo que se necesita son leyes razonables sobre contratos de exclusividad para lidiar de manera razonable con los casos de cláusulas de atadura. Cuando existen economías de escala en el producto atado, una empresa que, para entrar en el mercado del producto atador debe a su vez producir el producto atado, incurrirá en mayores costos que el monopolista, lo cual reducirá la ganancia que esperaba obtener por entrar al mercado del producto atador. Nótese, finalmente, que los contratos de exclusividad y las cláusulas de atadura pueden ser alcanzados de diferentes maneras, incluyendo la integración vertical, contratos, diseño de productos (en el caso de la atadura), y amontonamiento (cobrando un precio cero por el producto atado, y por lo tanto pagando al consumidor para que lo compre del proveedor del producto principal). Y, hablando de amontonamiento, mientras que los casos documentados de precios predatorios son poco comunes, no siempre es un método irracional para desincentivar el acceso al mercado. Especialmente cuando toma la forma de discriminación de precios local o “marcas en pugna”, de manera que el predador no tenga que perder más dinero que el nuevo participante al bajar sus precios en todo el mercado, un monopolista puede maximizar sus ganancias “invirtiendo” en una reputación de reacción predatoria al acceso amenazado.

II

Pues bien, el demandante ganó en *Standard Fashion*, la decisión permanece vigente y su principio no se limita a los contratos de exclusividad sino que se extiende, como ya hemos visto, a cualquier método de negocios mediante el cual un monopolista pueda excluir a un competidor tan o más eficiente; asimismo la ilegalidad de los precios predatorios es jurisprudencia *antitrust* vigente. En conclusión, como dije al principio, la jurisprudencia *antitrust* existente es lo suficientemente flexible y lo suficientemente informada por la teoría

económica como para abarcar de manera efectiva los particulares problemas *antitrust* que la nueva economía presenta.

Lo que sí resulta problemático es la estructura institucional de la ejecución del derecho *antitrust*. Para empezar, los casos de la nueva economía presentan preguntas de hecho inusualmente difíciles, debido a la complejidad técnica de los productos y servicios producidos por las industrias de la nueva economía. Tales preguntas pueden ser más centrales que periféricas para los temas *antitrust*, como cuando un demandante protesta porque el demandado ha cambiado un protocolo técnico o interfase para dificultar que el producto del demandante trabaje con la red, o cuando el demandado sostiene que la revelación de un protocolo le permitirá a sus competidores, mediante ingeniería inversa, privarle de un valioso secreto comercial que no sería viable proteger mediante derechos de propiedad o patentes¹¹. El segundo ejemplo es un aspecto de dos preguntas más generales, ambas también muy difíciles y técnicas –los méritos relativos de la provisión y estandarización del monopolio como métodos para optimizar una red, y la adecuación de hecho de los derechos de autor y las patentes relativos a las normas sobre secretos comerciales para proteger las inversiones en *software* y otros productos de la nueva economía. Preguntas similares han surgido en otros contextos de redes *antitrust*, notablemente en la industria telefónica, pero ellas simplemente son más difíciles de entender para un lego en el contexto de la nueva economía.

Un problema adicional está en el hecho de que es difícil encontrar expertos verdaderamente imparciales y competentes para aconsejar a los abogados, jueces, y a los organismos reguladores en cuestiones técnicas de la nueva economía. No existen tantos de ellos, y casi todos están empleados por, o tienen otro tipo de vínculos financieros, con las empresas involucradas en o potencialmente afectadas por litigios *antitrust* en este sector. La División Antitrust no contrata a *ningún* científico informático o ingeniero eléctrico, pero sí depende totalmente de consultores, de la misma manera que lo están, creo yo, todas las oficinas *antitrust* estatales; y, como digo, es difícil encontrar un consultor en la nueva economía que sea al mismo tiempo competente y desinteresado¹².

Lidiamos con cuestiones técnicas en la judicatura, no por tener jueces o jurados que tengan el conocimiento técnico necesario o por ofrecerles asistentes técnicos, sino por tener expertos técnicos que presenten

¹¹ Nota de Traductor: Para una información detallada sobre el tema, ver LICHTMAN, Douglas. “Derechos de propiedad en tecnologías de plataforma emergentes” publicado en la presente edición de THEMIS.

¹² Nota de Traductor. Para una información detallada sobre el tema, ver PRIEST, George. “Los imperfectos esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno derecho *antitrust* a las industrias de redes” publicado en la presente edición de THEMIS.

evidencias que se espera que el juez y el jurado (si es un caso que requiere de jurado) de alguna manera asimilen. Este sistema no trabaja tan mal como sus críticos apuntan; pero cuanto más técnica sea el área de litigio y menos sean los técnicos desinteresados, peor funcionará. La informática y la tecnología de las comunicaciones son áreas mucho más difíciles que el conjunto promedio de conocimientos científicos o de ingeniería que jueces y jurados no especialistas deben absorber en orden a tomar una decisión.

Una medida posible sería replicar del procedimiento de arbitraje, lo siguiente: En un caso técnicamente complejo, el juez podría ordenar a cada parte nombrar a un experto técnico, y los dos expertos elegidos de esta manera podrían acordar elegir a un tercero, un experto imparcial, al que el juez nombraría como el experto nombrado por la corte¹⁵, en confianza de que no se dejará confundir por ninguna de las partes. El problema, como mencioné anteriormente, es que puede haber muy pocos expertos verdaderamente imparciales en el sector de alta tecnología con la pericia requerida para un caso particular, y además esos pocos estarían reacios a involucrarse en un litigio. Dejando ese problema de lado, un comité técnico compuesto de dos expertos nombrados por las partes y uno neutral podría asistir al juez o al delegado del jurado en la formulación de una orden (unánime o en discordia) en caso ellos participen en un caso *antitrust* contra una empresa de la nueva economía. Esto es más necesario que en el caso de expertos en economía en guerra, porque los principios económicos que recaen en el derecho *antitrust* pueden ser explicados de manera intuitiva; los principios técnicos usualmente no pueden.

Las difíciles cuestiones de hecho presentadas por los casos *antitrust* de la nueva economía no se limitan a las áreas técnicas, desafortunadamente. La combinación de propiedad intelectual, externalidades de la red, y el rápido crecimiento de la demanda de los consumidores crea preguntas difíciles que envuelven la comprobación y la medición del monopolio. Supongamos que una empresa tiene el cien por ciento del mercado de cierto producto de la nueva economía y que cobra un precio por él que excede ampliamente el costo marginal. Supongamos también que dicho producto involucra economías de escala en consumo (esto es, un mercado en red) y que la demanda por él está creciendo rápidamente. Esta es una situación común en la nueva economía. ¿Tiene la empresa un monopolio en un sentido económicamente relevante? La relación entre el precio y el costo marginal no significa nada, desde que usualmente el establecimiento del costo marginal como precio en la propiedad intelectual resulta no remunerativo (porque

el costo marginal está por debajo del costo total promedio debido a los pesados costos fijos) y conduce a la insolvencia. ¿Y qué hay de la participación en el mercado? Pero una característica de la propiedad intelectual es su durabilidad, y cuanto más durable sea un producto, menos ventas repetidas tendrá el fabricante. (Es diferente que la empresa arriende en vez de vender su producto.) Las empresas de la nueva economía que no arriendan enfrentan este problema con frecuentes mejoras (actualizaciones) del producto, pero la base instalada actúa como una carga en el precio que puede ser cobrada como una mejora (actualización), desde que el potencial cliente de la mejora tiene la opción de seguir con el producto en su versión actual. Si la demanda crece rápidamente, además, la empresa deberá intercambiar las ganancias actuales por las futuras al decidir el precio, toda vez que un precio mayor hoy retardará el crecimiento de la demanda. Y asumiendo que se trata de un mercado de red, la empresa tendrá un fuerte incentivo para cobrar un precio muy bajo para así incrementar el consumo, lo que le permitirá cobrar un precio mucho más alto en el futuro —a no ser que la rapidez de la innovación torne al futuro en algo totalmente incierto, en cuyo caso deberá abandonar la esperanza de tener un monopolio sobre la red y cobrar un precio alto ahora. Otro factor se da cuando una empresa integrada verticalmente compite contra sí misma: una empresa que es dueña de una red pero que a la vez presta servicios de valor agregado, podría querer mantener el acceso a la red en un precio reducido para así incrementar las ventas de dichos servicios. Este es el otro lado de la moneda de las ataduras: mantener a un precio bajo el producto atado, mantendrá la demanda sobre el producto atador. El resultado de todos estos factores puede ser que una empresa tenga una participación de mercado monopolística sólo porque no cobra un precio monopolístico.

Y aun cuando sea posible argumentar que un monopolio puede generar otros efectos negativos además de la limitación de la producción por encima del nivel competitivo generada por los precios monopolísticos, a saber, una reducción en el grado de innovación o una distorsión en la dirección de ésta, la teoría económica y la evidencia empírica deben generar todavía un consenso sobre si el monopolio es en balance bueno o malo para la innovación. El posible efecto que las externalidades de la red podrían generar al desincentivar subsecuentes innovaciones (el problema de la “dependencia del camino”) no sólo es especulativo, sino que es operativo incluso cuando el monopolista sea pasivo; sin embargo, en ese caso no se podrían alegar violaciones al derecho *antitrust*.

¹⁵ Como autoriza expresamente Fed R. Evid. 706.

Las peculiaridades de los mercados de la nueva economía que he venido describiendo son apropiadas para hacer que el juicio en un caso de la nueva economía sea un reto desalentador para la capacidad investigadora de los jueces. Las cuestiones económicas que he identificado tampoco pueden ser dejadas para que las resuelva un experto neutral, dados los muchos imponderables que ellas implican; no son problemas que puedan ser resueltos simplemente mediante la aplicación de los principios económicos relevantes.

La rapidez de la innovación en la nueva economía tiene otra consecuencia institucional muy importante. Las cortes federales son altamente eficientes según los estándares del sistema legal estadounidense. La lista de espera de la corte federal es corta, y los jueces distritales fuertes pueden conocer de casos muy complejos ágilmente. Pero esto es relativo. Los litigios *antitrust* se mueven muy lentamente en relación con la nueva economía. El tiempo del Derecho no es el tiempo real. El Derecho está comprometido con los principios del debido proceso que limitan el alcance de los procesos sumarios, y el hecho de que el litigio esté dirigido por abogados ante tribunales sin experiencia ni entrenamiento técnico, inevitablemente hace el proceso más lento.

La no sincronización entre el tiempo del Derecho y el tiempo real de la nueva economía trae problemas en dos sentidos. En primer lugar, un caso *antitrust* que involucre a una empresa de la nueva economía podría prolongarse por tanto tiempo en relación con las condiciones cambiantes de la industria, como para volverse irrelevante, inútil. Ese era un problema incluso en la economía antigua. Recordemos, por ejemplo, que para el momento en que el caso de monopolización en contra de Alcoa terminó su paso por las cortes, Alcoa ya había perdido su monopolio por razones ajenas al litigio; como consecuencia de ello, la sentencia en contra de Alcoa ofreció poco más que una reparación simbólica (la "desinversión" de Alcoa en su subsidiaria de Canadá, un productor fuerte, pero cuyo impacto en el mercado estadounidense fue prevenido por los aranceles estadounidenses¹⁶). Es probable que este tipo de problemas sea más frecuente en la nueva economía.

En segundo lugar, aun cuando el caso no se torne obsoleto por el paso del tiempo, su pendencia podría lanzar un manto sobre las partes del litigio y las afectadas por éste, haciendo la inversión más riesgosa y complicando el planeamiento de negocios.

Estos problemas se agravan por la tendencia de los litigios *antitrust* a crear múltiples demandas judiciales a partir de un solo conflicto; llamémosle a esto el efecto bomba de dispersión. Apenas la División Antitrust trae un caso, es probable que los estados y ahora la Unión Europea se unan a la contienda, seguidos a cierta distancia por el gremio de demandantes de acciones de clase en casos *antitrust*. El efecto es alargar el proceso original, complicar una eventual conciliación, magnificar y prolongar la incertidumbre generada por el litigio, e incrementar los costos de litigar.

Me gustaría tener una solución a estos problemas, o al menos para algunos de ellos, pero no la tengo. Como menores paliativos, me gustaría ver un mayor empleo de expertos neutrales, como ya expliqué, y también me gustaría que la División Antitrust y la Federal Trade Commission fueran provistas de las partidas necesarias que permitan a cada una de estas agencias contratar a un competente equipo técnico¹⁷. Eso no será fácil, dados los salarios que los científicos e ingenieros de la nueva economía exigen en el mercado privado. Pero existe un problema más serio, y éste es la obsolescencia del conocimiento técnico que, combinado con la estabilidad laboral en las agencias del gobierno, puede prevenir a las agencias de mantener a un equipo técnico que no esté al corriente de la última tecnología. Esta es una objeción, por cierto, a una alternativa que yo considero claramente poco prometedora, cual es la de tener una corte especializada y técnica, compuesta de jueces con formación técnica. Es probable que su formación esté desactualizada antes de convertirse en jueces, a no ser que tengamos un sistema en el cual la regulación de la nueva economía esté encomendada a jueces, abogados e ingenieros de 25 años de edad.

Ahora, volviendo a medidas más radicales, me gustaría ver, primero, los estados despojados de su autoridad para interponer acciones *antitrust*, federales o estatales¹⁸, excepto en circunstancias en las que una empresa privada sería capaz de demandar, como cuando el estado demanda a las empresas que están fijando los precios de los bienes y servicios que le venden al estado. (En otras palabras, sólo su poder de interponer acciones *parens patriae* sería abrogada). Los estados no tienen los recursos para hacer más que aprovecharse de los procesos *antitrust* del gobierno federal, complicando su resolución; además, son demasiado propensos a ser influenciados por grupos de interés que pueden representar a potenciales competidores del demandado en un proceso *antitrust*.

¹⁶ Véase PECK, Merton J. "Competition in the Aluminium Industry". pp. 1945-1958. 1961, bajo la referencia a Limited en el índice. (El nombre de la filial en Canadá era "Aluminium Limited").

¹⁷ No estoy proponiendo un incremento neto en las partidas para estas agencias, sino sólo que se les autorice a asignar una porción de sus partidas existentes para contratar expertos técnicos.

¹⁸ Esto es, el Congreso debería promulgar una ley que hiciera del derecho *antitrust*, como en el caso de las patentes, derechos de autor, derecho concursal, un cuerpo de leyes federales que se puedan hacer cumplir exclusivamente en las cortes federales.

Esta es una preocupación particular cuando el demandado está domiciliado en un estado y uno de sus competidores en otro, y el competidor, que está presionando al procurador general de su estado para iniciar un proceso, es una principal fuerza política en dicho estado. Una situación en la cual los beneficios de la acción del gobierno se concentran en un estado y los costos en otros estados, es una receta para acciones estatales irresponsables. Esta es una genuina debilidad del federalismo. El gobierno federal, al contar con una competencia más amplia y diversa, es, tal y como lo reconoció James Madison al argumentar respecto de los beneficios de una república amplia, menos propensa a ser tomada por el poder de una facción. Personalmente no me inclino a hacer del federalismo un fetiche.

Cuando era secretario de la Corte Suprema, casi 40 años atrás, fui sorprendido por la mala calidad de los escritos y argumentos de los abogados en las oficinas de las procuradurías generales de los estados. Desde que me convertí en juez hace casi 20 años atrás, he quedado sorprendido por la mala calidad de los escritos y argumentos de la mayoría, aunque no todos, los abogados de las oficinas de la procuraduría general de mi circuito. En muchas ocasiones nuestra corte consideró necesario criticar públicamente el desempeño de estos abogados. En respuesta a una de estas opiniones, se concertó una reunión entre el Procurador General de Illinois y yo (que para entonces era presidente de la corte de circuito), en la cual él explicó que el reducido nivel de salarios en su oficina dificultaba la posibilidad de contratar abogados competentes.

Una de las causas del problema de la calidad es que en la mayoría de los estados el procurador general postula al cargo de manera independiente del gobernador y por lo tanto no forma parte de la administración del gobernador, ni recibe mucho apoyo de éste en las negociaciones de partidas presupuestales con el cuerpo legislativo del estado. Además, en un campo como el derecho *antitrust*, las oficinas de la procuraduría general del estado no son capaces de alcanzar el nivel de especialización y profesionalismo de la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos, con sus cientos de abogados y economistas¹⁹.

Una posible solución parcial al retraso y los problemas bomba de dispersión sería autorizar al Departamento

de Justicia a iniciar procesos *antitrust* por daños, sin importar quién los haya sufrido, y repartir las ganancias del proceso entre las víctimas. Si el Departamento decidiera iniciar un proceso, los procesos privados (y los estatales, si aún fueran permitidos) serían prevenidos. En efecto, el Departamento tendría un derecho de preferencia, el cual presumiblemente será ejercido en los casos más importantes para así consolidar y por consiguiente simplificar y acelerar el litigio. Esta no es una sugerencia original, en tanto es un poder del que ya gozan actualmente algunas agencias del gobierno tales como el Departamento de Trabajo y la Comisión de Equidad en las Oportunidades Laborales en el campo del derecho laboral²⁰.

Es probable que cualquier sugerencia para encausar la ejecución del derecho *antitrust* sea enfocada desde el lado conservador del espectro del análisis de políticas públicas, con el argumento de que es un error hacer el gobierno más eficiente, cuando por eficiencia se entiende una mejor combinación de medios a fines y los fines son malos. Yo planteé esta posibilidad al discutir la ejecución del derecho *antitrust* de los estados. Deberé enfrentar esta posibilidad también con respecto a las agencias federales. La cuestión esencial es el grado de presión que estas agencias deben soportar por parte de grupos de interés, como considero que son los organismos reguladores del derecho *antitrust* de los estados de la unión. Yo pienso que ello es así, actualmente sólo en una pequeña medida. Existe toda una historia de esfuerzos para explicar la ejecución del derecho *antitrust* como otro ejemplo de la política de los grupos de interés, una aproximación que ha funcionado para varias agencias y programas del gobierno. Pero estos esfuerzos no han sido exitosos²¹, y las razones pueden ser que las agencias están dominadas por abogados que en su mayoría prestan servicios en el sector privado y porque el derecho *antitrust* mismo está dominado por jueces federales que ejercen una amplia discrecionalidad debido a la apertura y generalidad de las principales leyes *antitrust* estatales. Para traer buenos usos en la práctica privada del derecho, los ejecutores del derecho *antitrust* deberán demostrar su profesionalismo, lo que significa mantenerse dentro de los límites establecidos por las cortes. Los jueces federales, con su estabilidad laboral asegurada, están ampliamente protegidos de la presión de los grupos de interés que juegan en otras ramas del

¹⁹ LANDE, Robert H. "When Should States Challenge Mergers: A Proposed Federal/State Balance". En: New York Law School Law Review No. 35. pp. 1047, 1064-1066. 1990.

²⁰ Véase, por ejemplo, 29 U.S.C § 626 (c)(1); EEOC v. G-K-G, Inc., 39F.3d 740, 744-745 (7th Cir. 1994).

²¹ Véase, por ejemplo, BAXTER, William F. "The Political Economy of Antitrust". Robert D. Tollison (editor). 1980; STIGLER, George J. "The Origin of the Sherman Act". En: Journal of Legal Studies No. 14. p.1. 1985; COATE, Malcolm B; HIGGINS, Richard S. y Fred S. McCHESNEY. "Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges". En: "The Causes and Consequences of Antitrust: The Public Choice Perspective". p. 213. Fred S. Mc Chesney y William F. Shugart II (editores). 1995. Pero véase también FAITH, Roger L; LEAVENS, Donald R. Y Robert D. TOLLISON. "Antitrust Pork Barrel". En: Journal of Law and Economics No. 25. p. 329. 1982, que encuentran evidencia de que la Federal Trade Commission en los años sesenta fue excesivamente influenciada en su actividad coercitiva por los intereses provincianos de algunos miembros del Congreso que tenían poderes presupuestarios y fiscalizadores con respecto a la Comisión.

gobierno. Al dar una mirada general sobre la historia de la ley *antitrust* estadounidense, puedo concluir que la variable explicativa más poderosa es simplemente el estado de la opinión económica. La jurisprudencia *antitrust* ha cambiado más o menos conjuntamente con los cambios suscitados en la teoría económica, aunque con cierto retraso. Como consecuencia de ello, no le temo a hacer más eficiente la ejecución del derecho *antitrust*²².

Desafortunadamente, las medidas que he sugerido, aun en el improbable supuesto de que fueran adoptadas, probablemente no lograrían corregir lo que a mi parecer es una seria incompatibilidad entre las condiciones de la nueva economía y la estructura institucional de la ejecución del derecho *antitrust*. Ello me lleva a plantear una última cuestión, que es la correcta respuesta de la sociedad ante a una situación de incertidumbre inextirpable con respecto a los efectos de la intervención gubernamental en la economía. Nosotros realmente no

sabemos cuáles serán los efectos de la aplicación de los principios *antitrust* a la nueva economía, a excepción de cuando se aplican sólo para frenar la concertación de precios horizontal o las fusiones entre grandes competidores en mercados altamente concentrados. En mi opinión, una política de nula ejecución frente a las alegadas prácticas de exclusión en la nueva economía sería un error, toda vez que existen fundamentos teóricos bastante sólidos para preocuparse tanto de que algunas empresas de la nueva economía encontrarían en su racional interés propio emplear dichas prácticas, como de que las fuerzas naturales del mercado no desharían dichas prácticas a tiempo para evadir costos sociales significativos. Una política de nula ejecución nos privaría también de importante información sobre competencia y monopolio en este sector vital de la economía nacional. Evidentemente, sin embargo, el lema de una prudente agencia de ejecución y una corte razonable será: prudencia.

²² Tal y como apuntó Louis Kaplow, no es cierto que las cortes federales en los casos *antitrust* hayan descubierto la economía de repente en los años setenta. KAPLOW, Louis. "Antitrust, Law and Economics, and the Courts". En: "Law and Contemporary Problems". pp. 181, 187. Otoño, 1987. Véase también HOVENKAMP, Herbert. "The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization". En: Texas Law Review No. 68. p.105. 1989.

LOS INSUFICIENTES ESFUERZOS DEL GOBIERNO PARA APLICAR EL MODERNO DERECHO ANTITRUST A LAS INDUSTRIAS DE REDES*

George Priest **

En los últimos años, los procesos sobre libre competencia que más han llamado la atención en los Estados Unidos han sido los que inició el Departamento de Justicia contra Microsoft, American Airlines y, Visa y Master Card. La importancia de estos procesos no solamente ha girado en torno a la magnitud de las empresas demandadas sino también (y sobre todo) a la naturaleza del mercado en el cual operan tales compañías.

En efecto, Microsoft, American Airlines, Visa y Master Card son empresas que desarrollan sus negocios en una industria de redes. Ello genera la necesidad de que la aplicación de las normas de competencia sea considerada dentro de un contexto distinto al de otro tipo de mercados. El análisis que pretende acercarnos el presente artículo es precisamente uno en el cual se toma en cuenta esta característica particular.

* El presente artículo fue originalmente publicado bajo el título "The Government's Flawed Efforts to Apply Modern Antitrust Law to Network Industries" en el libro "High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?" p. 117. 2003. La publicación se hace bajo expresa autorización de George Priest. La traducción estuvo a cargo de Alejandro Manayalle Chirinos, Director de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Alfredo Bullard, LLM Yale Law School.

** John M. Olin Professor de Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. El autor desea agradecer al Programa de Estudios en Capitalismo de Yale Law School y a Visa por el apoyo en la elaboración del presente artículo. Asimismo, desea agradecer a Michael E. Levine por las tantas discusiones respecto al mercado de aerolíneas y por los comentarios al borrador del presente artículo, a David Evans, Robert Hahn, Albert Nichols, Howard Chang y Bernard Reddy por los comentarios a un borrador preliminar y a Brodi Kemp y Tibor Nagy por la asistencia brindada. El autor fue contratado como consultor de dos de las empresas cuyos procesos se discuten en el contenido del artículo, Microsoft y Visa, aunque no participó en ninguno de tales procesos. Las opiniones vertidas en el presente artículo son propias del autor y no expresan o reflejan de manera alguna los puntos de vista de las mencionadas organizaciones.

La División *Antitrust*^I del Departamento de Justicia^{II}, por supuesto, tiene el deber de procurar el cumplimiento de las normas que prohíben la fijación de precios, el reparto de mercado y otras actividades desarrolladas continuamente por los carteles. Estos casos iniciados representan el mayor beneficio en la aplicación del Derecho *Antitrust* para la política americana. Sin embargo, debido a la continuidad en su ejecución, las denuncias aparecen como rutinarias y, por ello, el gobierno no puede reclamar para sí el crédito particular de los resultados. En vez de ello, en la medida que la política *antitrust* no establece un carácter distintivo, ésta es definida por los inusuales casos y procesos que la División examina o por aquellos que llegan a ser particularmente prominentes, a menudo por razones no relacionadas a su relevancia económica o a su contribución en el desarrollo del Derecho *Antitrust*.

Al respecto, cabe destacar que la experiencia en materia *antitrust* del gobierno de Bill Clinton será conocida por los casos seguidos contra Microsoft^{III}, American Airlines^{IV} y Visa/Master Card^V. La denuncia contra Microsoft alcanzó una extraordinaria trascendencia porque, al momento en el que el proceso fue iniciado, esta empresa era la firma más exitosa e importante de toda la historia de los Estados Unidos. American Airlines, Visa y Master Card no son comparables con Microsoft en el mercado, pero se mantienen respectivamente como empresas^I muy importantes dentro de la industria aérea y dentro de la industria de las tarjetas de crédito.

Sin embargo, los procesos materia *antitrust* iniciados en contra de empresas exitosas no contribuyen automáticamente a la economía o al derecho. Los grandes casos pueden resultar ser malos casos y, como ha manifestado el Juez Holmes, los malos casos pueden crear un mal Derecho². Un juicio sobre la aplicación del Derecho *Antitrust* por el gobierno de Clinton resulta con seguridad muy duro toda vez que, como será discutido más adelante, las demandas presentadas en dicho gobierno han tenido un impacto productivo muy pequeño en la economía y difícilmente se han constituido como Derecho relevante. El Departamento

de Justicia de Clinton perdió su más importante proceso en la apelación del caso Microsoft, perdió el caso de American Airlines en una Corte de Distrito y es probable que lo pierda en la instancia apelatoria y ganó el proceso contra Visa/Master Card en otra Corte de Distrito, pero amparándose en fundamentos ampliamente insostenibles y que probablemente serán revocados en la apelación.

Sin embargo, precisamente allí encontramos la importancia de esos casos y de la agenda *antitrust* preparada por el gobierno de Clinton, toda vez que existe una coincidencia subyacente respecto de estos tres procesos: cada uno de estos casos fue iniciado en contra de una empresa que participa en una industria de redes. Aunque, en nuestro entendimiento, los funcionarios responsables de efectuar las denuncias no han articulado exactamente esa ambición³, cada uno de estos casos generó la oportunidad de aplicar el Derecho *Antitrust* a aquellas industrias consideradas como las más importantes para la nueva economía: las industrias de redes.

Una industria de red es diferente de una típica industria de bienes tangibles como por ejemplo las que fabrican automóviles o refrigeradoras. En este tipo de industrias, el uso de los bienes por parte de uno de los consumidores tiene un mínimo impacto –o acaso ninguno– en el uso de los bienes por otro consumidor. Por el contrario, la industria de red es una en la cual la interacción de los consumidores es importante para determinar el último valor en el mercado, más particularmente, donde el valor del producto o servicio para cada uno de los consumidores se incrementa cuando el tamaño de la red crece sobre ciertos rangos. Por ejemplo, el sistema operativo de Microsoft – Windows– junto con las miles de aplicaciones que lo asisten, puede ser considerado como generador de una red. Un consumidor usuario de Windows gana mayores beneficios mientras más aplicaciones existan, de la misma manera quienes preparan las aplicaciones ganan, y surgen mayores oportunidades para que se preparen nuevas aplicaciones conforme haya más

^I Nota de Traductor: El término “*antitrust*” se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado. La misión de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia es promover y mantener la competencia en la economía norteamericana.

^{II} Nota de Traductor: El Departamento de Justicia se encarga de aplicar la ley y defender los intereses de los Estados Unidos de Norteamérica.

^{III} Nota de Traductor: Identificado con el número de caso 253 F.3d. 34 (D.C. Cir. 2001).

^{IV} Nota de Traductor: Identificado con el número de caso 140 F.Supp. 2d.

^V Nota de Traductor: Identificado con el número de caso 163 F.Supp.2d.

¹ Visa y Master Card son asociaciones sin fines de lucro y no empresas, conforme se detallará más adelante.

² *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L.Ed. 679 (1904).

³ Varios de los altos funcionarios del gobierno de Clinton discutieron la aplicación del Derecho *Antitrust* a las redes. En «Rethinking Antitrust Policies for the New Economy», Joel Klein, jefe de la División *Antitrust*, presentó las teorías de los casos de Microsoft y American Airlines, pero no sugirió que éstas representaban una aproximación conectada a las redes (9 de mayo de 2002, Foro de Nueva Economía de Berkeley). Douglas Melamed, jefe suplente de la División, señaló que no eran necesarias diferentes reglas para la industria de red en su discurso “Network Industries and Antitrust” publicado en *Harvard Journal of Law and Public Policy* No. 23. p. 147. (1999). Hubo dos discusiones muy importantes sobre el mercado en redes entre economistas del gobierno, pero ninguna de estas discusiones revisó estos casos en detalle. Ver al respecto SHAPIRO, Carl. «Antitrust in Network Industries». En *Antitrust and Intellectual Property Claims in High Technology Markets*. American Law Institute y American Bar Association, 1996; RUBINFELD, Daniel L. «Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries». *Software Publishers Association*, 1998.

usuarios de Windows. Más claramente, American Airlines opera en una red de rutas y destinos interconectados. Los pasajeros que parten o llegan a aquellos destinos se benefician con la expansión de la red o, para ser más precisos; el mercado de destinos y la aerolínea se benefician con la expansión de sus consumidores. De manera similar, Visa y Master Card han creado una red de bancos ofreciendo créditos y servicios de pago conectados a establecimientos de venta al por menor que aceptan sus tarjetas de crédito. Los consumidores se benefician con la expansión de los establecimientos que aceptan la tarjeta de crédito y los establecimientos se benefician en la medida que se incrementa el número de titulares de tales tarjetas⁴.

Esta descripción y comprensión del funcionamiento de una industria de red está fuera de controversia. Lo nuevo, sin embargo, es la aplicación de las doctrinas *antitrust* a las industrias de redes en la época moderna. Existen tempranos e históricos ejemplos sobre redes: los servicios públicos son, esencialmente, redes tales como las industrias de transporte por ferrocarril o las telecomunicaciones. En la época pre-moderna, nuestro país ha sometido generalmente a mercados de esta naturaleza a la regulación de monopolios naturales⁵. Aunque algunas de estas regulaciones se mantienen a niveles locales, la regulación directa ha sido contundentemente abandonada desde los años ochenta y no es seriamente considerada como un mecanismo para controlar el mercado en la nueva economía.

Esto deja el tema al Derecho *Antitrust*. La trascendencia de los casos *antitrust* iniciados en el gobierno de Clinton, por consiguiente, se encuentra en que éstos representan el primer esfuerzo sistemático en la época moderna para aplicar el Derecho *Antitrust* a las industrias de redes⁶. Como se mencionó líneas arriba, el esfuerzo fue un fracaso, y es propósito del presente artículo discutir las causas de dicho fracaso. Tal como veremos más adelante, consideramos que la División *Antitrust* del gobierno de Clinton no tuvo una teoría coherente sobre la organización eficiente de las redes. Las tres demandas

fueron efectuadas contra redes de tipos muy distintos en las cuales la estructura competitiva de cada mercado en el que participaban era completamente diferente. La División nunca desarrolló una aproximación clara acerca de cómo el Derecho *Antitrust* podía incrementar los beneficios para los consumidores proporcionados por estas redes separadamente. Como resultado de ello, la División no sólo perdió contundentemente los procesos, sino que además fracasó en proporcionar una orientación a las Cortes para que éstas crearan doctrinas legales o un método de análisis legal en la aplicación del Derecho *Antitrust* a las redes. Ese análisis quedó pendiente de desarrollo.

En la Parte I revisaremos los tres casos, explicando las demandas de la División y revisando el resultado y las consecuencias de los procesos. En la Parte II examinaremos las condiciones de competencia en las respectivas redes y las teorías del Departamento sobre tales condiciones. La Parte III analizará los efectos de los esfuerzos del Departamento de Justicia.

I. LOS PROCESOS DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA CONTRA LAS REDES

En esta Parte revisaremos brevemente las demandas presentadas por el Departamento de Justicia contra Microsoft, American Airlines y Visa/Master Card intentando explicar los fundamentos básicos de los procesos así como el tratamiento judicial de estas teorías hasta la fecha⁷.

A. El caso contra Microsoft

Microsoft creó el sistema operativo mundialmente dominante de las computadoras personales—Windows—y contaba al momento del inicio del proceso con un 95% de participación en el mercado que el Departamento de Justicia definió como “*Intel-compatible PC operating systems*”⁸. El Departamento de Justicia (y 18 Estados en acciones concurrentes)⁹ denunciaron esta

⁴ Tal como será explicado más adelante, existen también beneficios para los bancos con la expansión de la red toda vez que éstos emiten las tarjetas para los consumidores o adquirentes de (contratos) comerciantes minoristas que aceptan dichas tarjetas.

⁵ Ver al respecto KAHN, Alfred. “The Economics of Regulation”. 1970.

⁶ Por supuesto, existen muchos casos antiguos dirigidos a las industrias de redes: ver por ejemplo *U.S. v. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed. 1007 (1897). Más recientemente, el Departamento de Justicia inició dos procesos contra IBM y AT&T, aunque el carácter de industrias de red de estas industrias no jugó casi ningún rol en el análisis. El Departamento se desistió de la denuncia contra IBM y llegó a un acuerdo con AT&T, separando sus secciones reguladas de las no reguladas.

⁷ Cada uno de estos tres casos se mantiene aún en las Cortes. En Microsoft, la Corte de Distrito recientemente ha aprobado el acuerdo de Microsoft con el Departamento de Justicia y 8 Estados rechazando el cuestionamiento de nueve estados litigantes. Subsecuentemente, 7 de los Estados litigantes conciliaron con Microsoft, los otros 2, Massachusetts y Virginia del Oeste apelaron la decisión de la Corte de Distrito. Los procesos de American Airlines y Visa-Master Card han sido apelados en sus respectivas Cortes de Distrito. Es de esperar que resultará en el futuro alguna jurisprudencia, aunque es poco probable que aborde directamente el problema de las redes en estas industrias en cuestión dado que, como será explicado más adelante, eso no fue en lo que focalizó el Departamento de Justicia.

⁸ En el proceso se trataron asuntos concernientes a la apropiada definición del mercado, como típicamente ocurrirá en los procesos contra la industria de red. Este es un aspecto importante en la aplicación del Derecho *Antitrust* a las redes, aunque escapa considerablemente del ámbito de tratamiento del presente artículo. Para ello, revisar los textos y notas previas al presente artículo. Para revisar una discusión respecto a la participación de mercado de Microsoft en la decisión de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia ver *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51-58 (D.C. Cir. 2001).

⁹ Originalmente, 20 Estados y el Distrito de Columbia se unieron a la acción del Departamento de Justicia; Carolina del Sur se desistió durante el proceso, Nuevo México llegó a un acuerdo después de la decisión de la Corte de Apelaciones.

participación de mercado como un monopolio. Sin embargo, el Departamento no sostuvo que Microsoft había adquirido el monopolio ilegalmente. La principal teoría del Departamento, en cambio, fue que la popularidad y el éxito de Windows había establecido – durante los años que el Departamento llamó “de implementación de barreras de entrada” – una protección al monopolio de Microsoft contra el ingreso de nuevos competidores. De acuerdo con la teoría del gobierno, a mediados de los años noventa aparecieron dos potenciales competidores: el *browser* de Netscape Navigator^{vi} y el programa de lenguaje y plataforma de Sun denominado Java^{vii}. Estos productos significaron una amenaza que generó la implementación de una barrera de entrada por Microsoft debido a que Navigator y Java podían desenvolverse en plataformas para funcionar en aplicaciones de *software* sin necesidad de utilizar Windows. De acuerdo con el gobierno, Microsoft reconoció la potencial amenaza y, en respuesta a tal amenaza, implementó su propio *browser* –Internet Explorer– para competir con Navigator y generar un daño a Java mediante varias prácticas. En el momento de inicio del proceso, el *browser* de Microsoft Explorer había capturado casi el 50% del mercado de *browsers*, considerablemente a costa de Navigator. Microsoft también había limitado el desarrollo de Java mediante prácticas como la implementación del *Java Virtual Machine*^{viii} con características únicas aplicables solamente a Windows, estableciendo acuerdos con los comercializadores de Internet para la promoción exclusiva de este último producto, distrayendo a los diseñadores de Java sobre los “*default settings*” para el desarrollo de Java y coactando a *Intel* a dejar de ayudar a Sun^x.

El Departamento de Justicia interpuso tres cargos contra Microsoft, los mismos que fueron considerados por la Corte de Distrito como violaciones al Derecho *Antitrust*¹¹:

- (i) violación de la Sección 2^x de la Sherman Act (que prohíbe el monopolio) por intentos ilegales para implementar un monopolio en el mercado de *browsers*.
- (ii) violación de la Sección 2 de la Sherman Act por desarrollar varias prácticas para mantener el monopolio del sistema operativo, principalmente en promoción de su *browser* – Internet Explorer– en perjuicio de los *browsers* de sus competidores –Navigator– y por dañar otras plataformas que constituían potenciales amenazas –Java–.
- (iii) violación de la Sección 1^x de la Sherman Act (que prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia) por atar la venta de su *browser* a la venta de su monopolístico sistema operativo. El cargo por atadura fue el más importante de los tres cargos ya que, en caso de tener éxito, ésta habría limitado a Microsoft a poder añadir nuevas aplicaciones a las versiones posteriores de Windows para incrementar su popularidad y para incrementar las barreras de entrada a otras aplicaciones.

La Corte de Distrito falló a favor del gobierno en estos cargos¹² después de lo cual el Departamento de Justicia solicitó –y la Corte de Distrito concedió– una orden para dividir Microsoft en una compañía de aplicaciones

^{vi} Nota de Traductor: El *Web Browser* es un programa que permite interactuar con muchos de los componentes de Internet. Se pueden ver (y con algunos crear) las páginas *Hyper Text Markup Language* (HTML) del *www*. De acuerdo al *browser* que se usa se determina la forma en la que aparece el contenido de la información. Hay varios *browsers* disponibles y que compiten en el mercado. El más usado (por lo menos hoy) con millones de usuarios y más del 50% del mercado es el Microsoft Internet Explorer. Netscape Navigator, que forma parte del conjunto de programas Netscape Communicator, es otro conocido *browser*. Estos dos *browsers* funcionan en forma muy parecida. Cuando se abre el *browser*, éste carga automáticamente la *home page* que está preestablecida. Los *browsers* vienen configurados para abrir la *home page* de la compañía que los creó (Netscape o Microsoft).

^{vii} Nota de Traductor: Java es una plataforma informática lanzada al mercado por Sun Microsystems en 1995, la misma que abre un gran número de posibilidades a los usuarios. Permite que la misma aplicación se ejecute en muchas computadoras y dispositivos diferentes. Es utilizado para que el usuario acceda a Internet, ya sea a juegos, pasatiempos, deportes, *chat*, correo electrónico, cultura y arte, herramientas financieras, etc. Java nació pues como lenguaje para la red, para sostener el *Hyper Text Markup Language* (HTML), que no es un lenguaje de programación propiamente dicho, y para darle la seguridad que el HTML no tiene. Desde que apareció Java en la red se ha empezado a hablar de números de tarjetas de crédito y de informaciones seguras, lo cual ha entusiasmado a las mayores sociedades mundiales que han transformado la vieja Internet, prerrogativa de las universidades y centros de investigación, en el medio actual de comunicación abierto a todos.

^{viii} Nota de Traductor: La Máquina Virtual Java (*Java Virtual Machine*) es un programa que interpreta el código Java y lo traduce al lenguaje del sistema. Esta máquina virtual es lo que hace que Java sea portable. Un vendedor, por ejemplo Microsoft o Sun, implementan una máquina virtual para su sistema operativo, haciendo que todo programa Java pueda ejecutarse en esa máquina virtual. La calidad de las aplicaciones Java depende en gran medida de esa máquina virtual subyacente y de sus capacidades.

¹⁰ 253 F.3d. pp. 74-78.

¹¹ Además de estos tres cargos, el Estado demandó un ilegal financiamiento por parte de Microsoft, lo cual fue desestimado por la Corte antes del inicio del proceso, y un acuerdo de exclusividad ilegal, el cual la Corte desestimó por considerar que no se contaba con evidencia suficiente.

¹² Nota de Traductor: La Sherman Act es la Ley de Libre Competencia de los Estados Unidos. La Sección 2 de dicha norma señala lo siguiente: “Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los diferentes Estados o con naciones extranjeras, será culpable de un delito, y será condenado por ello, imponiéndole una multa que no excederá de un millón de dólares en caso de las empresas o de cien mil dólares en caso de las personas naturales, o prisión que no exceda de tres años o ambas penas, a discreción de las Cortes”.

^x Nota de Traductor: La Sección 1 de la Sherman Act señala lo siguiente: “Todo contrato, combinación en la forma de *trust* o similar, o conspiración para restringir el tráfico o comercio entre los diferentes Estados, o con una nación extranjera, se declara ilegal.

Toda persona que suscriba un acuerdo o forme alguna combinación o conspiración de las que aquí se declaran ilegales se presumirá culpable de actividad delictiva y se le condenará en consecuencia, imponiéndole una multa que no exceda de un millón de dólares en caso de la empresa o de cien mil dólares en caso de las personas naturales, o prisión que no exceda de tres años o ambas penas, a discreción de las Cortes”.

¹² *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

de *software* y en una compañía separada de sistemas operativos e impuso numerosas restricciones a ésta última¹³.

Sin embargo, en la instancia apelatoria el Circuito de la Corte de Apelaciones de Washington D.C. revocó substancialmente lo resuelto por la Corte de Distrito¹⁴. La Corte de Apelaciones sostuvo que Microsoft había desarrollado prácticas ilegales para poder mantener el monopolio de su sistema operativo, como por ejemplo licencias exclusivas o restrictivas con los equipos y máquinas originales, con proveedores de acceso a Internet y otros; así como su acción tomada contra Java. Pero el Tribunal revocó cada uno de los otros extremos resueltos por la Corte de Distrito respecto a los otros cargos. Ello revocó la conclusión de la Corte de Distrito respecto a que Microsoft había intentado ilegalmente monopolizar el mercado de *browsers*¹⁵. Esta sentencia también revocó lo decidido por la Corte de Distrito respecto a la denuncia sobre atadura y, aunque devolvió la acusación para que se lleve a cabo un nuevo proceso, su discusión sobre las dificultades de la aplicación del Derecho *Antitrust* para determinar los componentes apropiados de un producto como el sistema operativo fue suficientemente escéptica para generar que el Departamento de Justicia y los Estados demandantes se desistieran de la demanda presentada por atadura¹⁶. La Corte de Apelaciones también revocó y devolvió la orden para dividir Microsoft, estableciendo nuevamente un estándar tan riguroso para poder justificar tal remedio que el Departamento y los Estados anunciaron que no perseguirían más la división de Microsoft. Seguidamente a la decisión de la Corte de Apelaciones, el Departamento de Justicia y nueve Estados entraron en un arreglo con Microsoft que, en esencia, prohibía a Microsoft desarrollar varias prácticas, incluyendo aquellas declaradas ilegales por la Corte de Apelaciones¹⁶. Nueve Estados rechazaron el acuerdo y pidieron a la Corte de Distrito límites más extensivos sobre Microsoft y una revelación más clara y amplia de su código. Sin embargo, la Corte de Distrito mantuvo la razonabilidad del acuerdo suscrito con el Departamento de Justicia¹⁷ y denegó íntegramente la solicitud de los Estados litigantes¹⁸. Como se ha señalado, siete de los Estados litigantes han conciliado con Microsoft (recibiendo los honorarios pagados a sus abogados), en cambio, dos de ellas –

Massachusetts y Virginia del Oeste– han apelado la decisión de la Corte de Distrito.

B. El caso contra American Airlines

El Departamento de Justicia de la administración de Clinton presentó seguidamente un caso contra American Airlines por desarrollar una práctica de reducción de los precios de sus vuelos para competir con aquellas nuevas aerolíneas entrantes de menor costo para, una vez que los competidores estuvieran fuera del mercado, incrementar los precios nuevamente. American Airlines fue la única demandada pues, a pesar que casi todas las aerolíneas nacionales desarrollaron prácticas similares, la demanda fue claramente dirigida a generar un precedente sobre una prohibición más amplia.

El caso involucró prácticas desarrolladas respecto al eje de las rutas de American en Dallas Fort Worth. Dallas es el principal centro en el cual American brinda sus servicios hacia un gran número de ciudades norteamericanas y extranjeras. En varios puntos a mediados de los años noventa, un gran número de aerolíneas ingresó al mercado de Dallas ofreciendo vuelos a determinadas ciudades en competencia con American. Vanguard – una de las aerolíneas competidoras– ofrecía sus servicios de Dallas hacia las ciudades de Kansas, Wichita y Phoenix; Western Pacific, de Dallas hacia Colorado Springs; SunJet, desde Dallas a Long Beach; en cada uno de estos casos los precios ofrecidos por estas empresas eran sustancialmente menores a los ofrecidos por American¹⁹. En tales escenarios y en otros (la denuncia se enfocó en siete destinos ofrecidos desde el mercado de Dallas), una vez que American vio que los menores costos de sus respectivos competidores habían capturado significativamente las cuotas de mercado de viajeros, redujo sus precios para enfrentar la competencia que se le presentaba y en algunos casos incrementó el servicio en orden a la demanda del mercado. En cada una de estas rutas, los competidores de menores costos se vieron forzados a reducir sus servicios llegando al extremo de dejar de brindarlos definitivamente; en muchos casos, ingresando en un estado de insolvencia. Nuevamente, después de la salida de sus competidores, American incrementó sus precios hasta igualarlos a los que había fijado a nivel pre competitivo²⁰.

¹³ *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp. 2d 59, 64-65 (D.D.C. 2000).

¹⁴ *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹⁵ Nota de Traductor: Nótese que la Corte de Apelaciones sostuvo que Microsoft trató de mantener el monopolio de su sistema operativo mas no el de *browsers*.

¹⁶ La Corte de Apelaciones no estuvo convencida de que el Departamento de Justicia hubiera fundamentado adecuadamente su definición de una separación del mercado de *browsers*, lo que debilitó enormemente la denuncia por atadura.

¹⁷ Para una avanzada discusión sobre los términos del acuerdo, revisar: PRIEST, George. "U.S. v. Microsoft: A Legal and Economic Analysis of the Settlement". Washington Legal Foundation-Contemporary Legal Notes No. 41. Marzo 2002.

¹⁸ *U.S. v. Microsoft Corp.*, 2002 WL 31439450, 2002-2 Trade Cases ¶ 73,851 (D.D.C. Nov. 1, 2002).

¹⁹ *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F.Supp.2d 76, 2002-2 Trade Cases ¶ 73,853 (D.D.C., Nov. 1, 2002).

²⁰ *U.S. v. AMR Corp.*, 140 F.Supp. 2d 1141, 1146-1151 (D.Kan. 2001).

²¹ *Ibid.* pp. 1155-1168.

El Departamento de Justicia presentó dos cuestiones: la primera, señalando que esta práctica constituía una fijación de precios predatorios en violación expresa de la Sección 2 de la Sherman Act; la segunda, señalando que el éxito de American en expulsar a sus competidores del mercado en las siete rutas constituyó una amenaza que limitaba la entrada al mercado de otras aerolíneas más baratas en otras cuarenta rutas. Como señaló el Departamento de Justicia, el tema central era, bajo el estándar de precios predatorios establecido en el caso *Brooke Group*²¹, si American había fijado el precio de sus servicios por debajo del nivel apropiado de sus costos y había previsto una posibilidad realista de recuperar sus pérdidas con el subsecuente precio pre competitivo²². En la moción sumaria del juicio en la Corte de Distrito, la materia fue determinar una comparación entre los precios establecidos por la aerolínea y sus costos de operación.

El control de la evidencia para la moción consistió íntegramente en el testimonio de expertos en costos. El gobierno y American confiaron en el costo interno de las rutas y la medida de ingresos que American empleó para evaluar el rendimiento de la ruta. American confió en la medida denominada "VAUDNC" –*Variable Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*–. Esta medida provee un estimado para una ruta dada de los ingresos por tarifas de una ruta de una red específica de costos de operación (ganancias variables) más el ingreso adicional de los viajes de los pasajeros en la red de las rutas interconectadas al costo *upline* o *downline* de esas rutas. American mostró que, para cada una de las rutas en las cuales fueron comparadas las tarifas de los otros competidores, su medición VAUDNC, arrojó como resultado rendimientos positivos.

Los expertos del Departamento de Justicia, en oposición, evaluaron el rendimiento de la ruta mediante cuatro *tests* distintos. Dos de estos *tests* trataron de medir la utilidad incremental de American que siguió la adopción de los precios que igualaron la competencia. Estos *tests* mostraron, como era de esperarse, que la utilidad incremental de American en las rutas competitivas declinó después que ésta redujo sus precios para enfrentar la competencia. La Corte rechazó sumariamente la pertinencia de estos dos *tests*²³. Los otros dos *tests* sobre medición de utilidad efectuados por el gobierno fueron variaciones de

"FAUDNC", –*Fully Allocated Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*–. Esta medición propuesta difirió de la medición de American por incluir los costos de la "propiedad de las aeronaves, los costos fijos, intereses, capital e impuestos a la renta"²⁴. Así pues, la medida de las ganancias establecida por el Departamento de Justicia dio como resultado un número sustancialmente menor que el de American, obviamente porque en un caso de precios predatorios el gobierno necesitaba mostrar que el precio que la demandada cargaba fue menor que sus costos de operación. Al incluir los costos del sistema y de la red, la medición mostró que American había incurrido en pérdidas en las rutas después de enfrentarse con los competidores que ofrecían precios más baratos. El gobierno señaló que esto era suficiente prueba para demandar por prácticas desarrolladas en cuanto a precios predatorios.

La Corte rechazó el argumento del Departamento de Justicia y concedió sumariamente el juicio a American. La Corte sostuvo que American no estuvo comprometida en la fijación de sus precios por debajo de sus costos, aceptando la medición de American, que incluía los costos variables, aunque no totalmente asignados, mostrando utilidades positivas netas por operar cada una de las rutas. Fue importante para la Corte que "los precios de American solamente se igualaron, pero nunca estuvieron por debajo de las tarifas, (...) de los competidores que ofrecían precios más baratos en las cuatro rutas centrales (...) American respondió como empresa antes que iniciar las reducciones no promocionales de los operadores de costos más bajos"²⁵. El gobierno argumentó que el estándar de *Brooke Group* no incluyó una defensa competitiva de esta naturaleza y que, incluso si tal defensa pudiera sostenerse, ésta no podría usarse porque "American no solamente redujo sus precios, sino que además incrementó el número de vuelos y, por tanto, el número de asientos disponibles en las rutas principales"²⁶. La Corte, sin embargo, rechazó este argumento íntegramente, citando casos en los que se sostuvo que un vendedor no está obligado por el imperio de la ley a "quedarse parado mirando mientras su negocio es destruido"²⁷. La Corte concluyó que no hubo una estrategia significativa de implementación de barreras de entrada en el mercado de Dallas y por ello, la recuperación de las pérdidas ocasionadas por las prácticas predatorias no podría haber sido lograda²⁸.

²¹ *Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed. 168 (1993).

²² Para una declaración de lo señalado por la Corte y un análisis de este estándar ver *U.S. v. AMR Corp.*, 140 F.Supp. 2d 1141, 1195 (D.Kan. 2001).

²³ *Ibid.* pp. 1202-1203.

²⁴ *Ibid.* p. 1174.

²⁵ *Ibid.* pp. 1204, 1207.

²⁶ *Ibid.* p. 1207.

²⁷ *Ibid.* p. 1205, citando a *Knuth v. Erie-Crawford Dairy Coop. Ass'n*, 326 F.Supp. 48, 52-53 (W.D.Pa. 1971).

²⁸ 140 F.Supp.2d pp. 1209-1215.

Así, rechazó la teoría de la amenaza predatoria toda vez que ello no fue probado en los hechos²⁹.

C. El caso contra Visa y Master Card

Visa y Master Card brindan el servicio de pago mediante tarjetas a través de un gran número de bancos y una diversa gama de establecimientos comerciales en los Estados Unidos y en el extranjero. Organizaciones como Visa y Master Card son, en sí mismas, asociaciones sin fines de lucro, formadas cada una por miles de bancos. El principal activo de estas asociaciones es el nombre de la marca, Visa o Master Card. Las organizaciones como Visa y Master Card, así, se parecen de algún modo a las franquicias que brindan y promueven el nombre de las marcas Visa y Master Card³⁰. Los bancos particulares de todo el mundo pueden llegar a ser miembros de estas asociaciones y, como tales, habilitar la licencia del uso de las tarjetas a sus consumidores y autorizar a establecimientos comerciales los cuales pueden comprometerse a aceptar la tarjeta de los clientes de todos los bancos integrantes de la asociación³¹. Así, cada una de estas asociaciones comprende un amplísimo servicio financiero de redes brindando el servicio de tarjetas de crédito y débito, conectando a millones de consumidores particulares con millones de establecimientos comerciales³².

Visa y Master Card poseen un curioso contacto histórico. En sus inicios, las tarjetas de crédito nacionales fueron ofrecidas solamente por corporaciones con fines de lucro, tales como American Express, Diners Club y Carta Blanche. Durante la década de los setenta, las asociaciones Visa y Master Card crecieron mediante el “reclutamiento” de miembros, conformados por bancos norteamericanos. En su aparición, la membresía era exclusiva: Visa prohibió a sus miembros la afiliación a Master Card, aunque permitió una excepción para bancos relativamente pequeños. Después de un inconcluso proceso judicial iniciado por uno de sus miembros desafiando la prohibición y con algunas presiones del Departamento de Justicia, Visa levantó

la prohibición y permitió a sus miembros ser también miembros emisores y adquirentes de Master Card³³. A pesar de las yuxtaposiciones que se presentaban en los grupos de miembros, es ampliamente aceptado (y la Corte lo apoyó) que Visa y Master Card se comprometen en una seria y minuciosa competencia la una contra la otra³⁴ así como contra las redes de American Express y Discover. Tanto Visa como Master Card prohibieron a sus miembros, respectivamente la emisión de tarjetas American Express o Discover³⁵.

El Departamento de Justicia presentó dos demandas contra las asociaciones. Primero, denunció que existía una violación de la Ley *Antitrust* desarrollada por los miembros del Directorio (y otros órganos de gobierno) de las respectivas asociaciones sobre la emisión de tarjetas de las asociaciones competidoras. Aquí, el Departamento de Justicia distinguió al gobierno corporativo de la emisión de las tarjetas. El gobierno reconoció que la llamada “dualidad” en la emisión de tarjetas –un solo banco emitiendo tanto Visa como Master Card– favorecía la competencia. Por el contrario, el gobierno denunció que la dualidad de gobierno – los miembros del Directorio de Visa emitiendo Master Card o viceversa– violaban la Ley *Antitrust*. La segunda denuncia del Departamento sostuvo que tanto Visa como Master Card violaron las normas *Antitrust* de manera separada³⁶ implementando reglas de exclusividad que prohibían a sus respectivos miembros la emisión de tarjetas American Express y Discover.

La Corte de Distrito rechazó la demanda del Estado con respecto a la dualidad de gobierno corporativo, pero sostuvo que las reglas de exclusividad de las asociaciones constituían una violación a la *Sherman Act*. Con respecto a la dualidad de gobierno, la Corte sostuvo que el Departamento de Justicia había fracasado en demostrar la existencia de daños a la competencia por el mero hecho de que los miembros del Directorio de Visa y Master Card emitan las tarjetas de otras asociaciones³⁷. El Estado había denunciado la existencia de varias innovaciones en tarjetas que no habían sido denunciadas porque los miembros del

²⁹ Ibid. p. 1215.

³⁰ Como bien será discutido más adelante, Visa y Master Card también mantienen y administran la red de tarjetas de crédito e invierten para mejorar su capacidad tecnológica. La estructura corporativa de Visa y Master Card es diferente de un típico franquiciante porque éstas son cooperativas, y no compañías independientes del franquiciado.

³¹ Tanto los bancos que emiten la tarjeta para los consumidores como los bancos que adquieren la cuenta del establecimiento de venta para la asociación, ganan honorarios calculados como porcentaje de cada transacción de venta, sustrayéndose del precio de venta remitido por el vendedor. Para una discusión más detallada de los mecanismos de compensación de estas asociaciones ver textos y notas previas al presente artículo.

³² Estas características del mercado de pago mediante tarjetas es descrita en *U.S. v. Visa U.S.A., Inc.*, 163 F.Supp.2d pp. 322, 331-334 (S.D.N.Y. 2001). Para una excelente discusión histórica y analítica de ese mercado, ver EVANS, David S. y Richard SCHMALENSEE. “Paying with Plastic: The Digital Revolution in Buying and Borrowing”. 1999.

³³ 163 F.Supp.2d pp. 333-334, 345-346. Master Card aparentemente no impuso una prohibición similar a sus afiliados con respecto a Visa, aunque esto es poco importante para la prohibición de Visa.

³⁴ Ibid. p. 332.

³⁵ Diners Club y Carte Blanche son propiedad de Citibank, el miembro más grande de MasterCard y Visa. Estas tarjetas –las cuales pertenecen a Citibank– son exceptuadas de la prohibición de no exclusividad.

³⁶ No hubo denuncia sobre concertación respecto de este tema.

³⁷ 163 F.Supp.2d p. 328.

Directorio de cada una de las asociaciones se mostraron renuentes en mejorar un producto a costa del otro. La Corte sostuvo que existía una fuerte evidencia que sugería que estas innovaciones propuestas habían sido abandonadas por legítimas razones comerciales. La Corte también anotó que hubo una clara evolución en cada asociación hacia determinados bancos en particular –a menudo escogidos por los miembros del Directorio– con la finalidad de que éstos se dediquen predominantemente a la emisión de sólo una de las dos tarjetas³⁸. Esta evolución efectivamente hizo discutible la denuncia sobre la dualidad de gobierno.

La Corte sostuvo, sin embargo, que la implementación de reglas de exclusividad prohibiendo a sus miembros la emisión de las tarjetas American Express y Discover disminuía el nivel de competencia. El Departamento de Justicia señaló que la red de tarjetas de crédito podía ser analizada como dos mercados separados: (i) un mercado de tarjetas de crédito y débito para todo propósito, por el cual los consumidores relevantes eran individuos usuarios de tarjetas y mercaderías que ellos aceptaban y (ii) un mercado de objetivo general de los servicios de red de tarjetas de crédito y débito³⁹. La Corte encontró que existió un marcado nivel de competencia en el primer mercado, el mercado de objetivo general de tarjetas. Pero ésta encontró que la implementación de normas de exclusividad disminuyó la competencia en el mercado de objetivo general de los servicios de red de tarjetas.

La definición del gobierno de este segundo mercado – el mercado de objetivo general de servicios de red de tarjetas– fue muy importante para la resolución del caso. De acuerdo con los argumentos del gobierno, los bancos miembros de Visa y Master Card, respectivamente, brindaron los servicios de red de tarjetas a través de sus esfuerzos en la promoción de su marca, en los servicios para evitar los fraudes y similares, así como en la emisión de tarjetas para consumidores y adquirentes de mercaderías para recibir dichas tarjetas. Esos servicios, aunque equivalentes a los servicios similares que brindaban las tarjetas de American Express y Discover, son suficientemente distintivos para constituir un mercado distinto⁴⁰. Mediante la prohibición a los bancos miembros de emitir tarjetas de American Express y Discover, éstas son excluidas de tomar ventajas de las tarjetas y adquirir servicios de los bancos miembros de Visa y Master Card. Esta exclusión disminuyó el nivel de competencia de los servicios de red. La Corte aceptó tal argumentación⁴¹. La Corte prohibió a Visa y a Master

Card impedir que sus miembros se unieran a las redes de American Express y Discover⁴².

II. EL FRACASO DE LA APROXIMACIÓN DEL DEPARTAMENTO A LAS REDES

Como ha sido descrito en líneas anteriores, el Departamento de Justicia perdió ampliamente en tres de los casos que inició contra las industrias de redes. En primer lugar, perdió en el proceso sobre atadura –el más importante– contra Microsoft. Además, perdió categóricamente en el proceso sobre precios predatorios iniciado contra American Airlines. Finalmente, perdió en el proceso sobre dualidad de gobierno contra Visa y Master Card. Sin embargo, el Departamento ha tenido éxito (como va a ser discutido, las bases de su defensa son absolutamente débiles) en su demanda sobre acuerdos de exclusividad contra Visa y Master Card y, por supuesto, ha logrado una negociación con Microsoft prohibiéndole algunas de sus prácticas más agresivas. Empero, esta “victoria” sobre Microsoft, seguramente resulta muy corta para la ambición del Departamento de Justicia de reestructurar el mercado de sistemas operativos, así como para su ambición de desintegrar a Microsoft o de someter el desarrollo de Windows al control de las Cortes o del Departamento de Justicia de haberse ganado el caso sobre las cláusulas de atadura. ¿Por qué el Departamento ha tenido un éxito tan diminuto?

Debemos anotar, primero, que los mismos casos y las teorías bajo las cuales éstos fueron sustentados son bastante disparatados. En el caso Microsoft, el gobierno denunció un intento de monopolización del mercado de *browsers*, una ilegal conservación de su monopolio en el mercado de sistemas operativos y una ilegal atadura de su *browser* para el monopolio de su sistema operativo, buscando finalmente desintegrar la empresa. El caso de American Airlines involucró una demanda de precios predatorios. Finalmente, en el caso de Visa y Master Card buscó que las estructuras de gobierno de las asociaciones fueran declaradas ilegales y que las asociaciones habían impuesto ilegalmente requerimientos de acuerdos de exclusividad. Todas estas denuncias no parecen estar conectadas entre sí.

Debemos anotar, además, que estas demandas disparatadas no tuvieron referencias particulares del carácter de red de estas industrias o empresas contra las cuales se iniciaron los procesos. A través de estos casos, no existe una aproximación coherente de la aplicación del Derecho *Antitrust* a las industrias de

³⁸ Ibid. pp. 328-329.

³⁹ Ibid. pp. 337-338.

⁴⁰ Ibid. pp. 338-339.

⁴¹ Ibid. pp. 329-330.

⁴² Ibid. pp. 407-409.

redes. Peor aún, resulta necesario señalar que los enfoques del Departamento en estos tres casos son inconsistentes, incluso inconsistentes internamente dentro de cada caso en particular. En mi opinión, el Departamento de Justicia perdió estos procesos porque éstos fueron iniciados sin ninguna teoría coherente o consistente sobre la operación de las redes o sobre la apropiada aplicación del Derecho *Antitrust* a éstas. El Departamento no tuvo la suficiente habilidad para probar las violaciones de la ley debido a que las prácticas que denunció sirvieron, en su generalidad, para reforzar la competencia y el bienestar económico en sus respectivas industrias de red.

Está más allá del alcance de este artículo presentar una explicación general a la aplicación del Derecho *Antitrust* a las industrias de redes, pero algunos elementos a destacar pueden ser beneficiosos en la evaluación del enfoque del Departamento de Justicia sobre este tema. En términos sencillos, como se ha mencionado, una industria de red es una en la cual –sobre un amplio rango relevante– el beneficio del producto o servicio de la industria para los consumidores se incrementa en la medida que la red se incrementa^{xii}. La pregunta elemental respecto a la competencia, entonces, debe ser cuál es la configuración de la red o qué características del incremento en la operación de la red beneficia a los consumidores. Esta pregunta se parece, pero no es exactamente similar, a una pregunta sobre cómo alcanzar economías de escala. Primero, en un nivel más general, el concepto de la existencia de los beneficios de las redes implica continuamente la expansión de su alcance como presupuesto de la expansión de los beneficios de sus consumidores. Las redes que encajan en esta definición se asemejan a los monopolios naturales, sea por los beneficios de expandir la demanda de los consumidores o por la reducción de los costos promedio de producción, el más común monopolio natural de la era pre-moderna⁴³.

Segundo y con relación a ello, nosotros sabemos, por experiencia, que el monopolio natural no es, o no es un tema cierto, el inevitable punto final de las industrias de redes. Hay muchas industrias de redes en el mundo real que incluyen redes que compiten parcial o integralmente. Por ejemplo, dos de los casos en discusión involucran industrias con redes competitivas. Como se explicará con más detalle líneas abajo, la industria de aerolíneas consiste en un grupo de redes competitivas –las líneas aéreas nacionales– que compiten intensamente sobre un alto volumen de rutas,

pero también separadamente por dominar un específico y menor grupo volumen de rutas. De una manera distinta, en la industria de servicios de crédito, existe una competencia sustancial sobre la emisión de tarjetas y la adquisición de establecimientos comerciales afiliados. Además, hay un nivel de competencia en red entre cuatro redes ampliamente independientes: las dos asociaciones no lucrativas, Visa y Master Card, y los titulares de las redes American Express y Discover. Estos ejemplos sugieren que la competencia entre redes es posible en algunas industrias sea porque los beneficios de la expansión de la red disminuyen sobre cierto rango, por la demanda heterogénea que soporta la competencia entre redes o porque –como en el caso de las tarjetas de crédito– casi no hay costos para los consumidores para participar en varias redes. Sin embargo, con seguridad no hay proposición teórica de que la competencia de redes pueda presentarse en todas las industrias.

Más allá de estos simples puntos con respecto a la estructura de la industria, la pregunta para la aplicación del Derecho *Antitrust* debe ser ¿alguna de las prácticas en cuestión sirve para incrementar el beneficio de la red o no? Las prácticas que pueden aparentar ser anticompetitivas en el contexto de las industrias multifirma o incluso aparentar ser anticompetitivas cuando son adoptadas por un monopolista pueden tomar una dirección completamente distinta cuando el objetivo es expandir el beneficio de los consumidores mediante la expansión de la red. Nuevamente, el estándar más directo debe ser cómo una práctica dada se relaciona con la provisión de beneficios de red a los consumidores. Desafortunadamente, como veremos más adelante, la teoría del Departamento de Justicia en los tres casos bajo discusión fue totalmente ajena a estas consideraciones.

A. Esperando estimular la competencia de la red de sistemas operativos en el caso Microsoft

Vista desde la mejor perspectiva posible, la teoría del Departamento de Justicia en el caso Microsoft buscó emplear el Derecho *Antitrust* para crear la posibilidad de desarrollo de un nuevo sistema operativo o plataforma que generase competencia con la red de Windows. El Departamento de Justicia creyó que el monopolio del sistema operativo de Windows estaba protegido por las llamadas aplicaciones de barreras de entrada incluyendo las miles de aplicaciones preparadas para Windows, pero no para otros sistemas operativos.

^{xii} Nota de Traductor: Un ejemplo claro de una industria de red es el servicio telefónico. Si un solo consumidor posee un teléfono, éste no le servirá de nada en la medida que no podrá comunicarse con nadie. La expansión de la industria favorecerá sus intereses e incrementará sus beneficios. Así pues, dos usuarios con un teléfono cada uno pueden hablar entre ellos. El beneficio es incrementado. Cada usuario adicional favorece los intereses de los anteriores. En la medida que la industria telefónica crece, sus consumidores se benefician más.

⁴³ Para una discusión de las industrias en red, ver WHITE, Lawrence J. "U.S. Public Policy toward Network Industries". 1999.

El Departamento no denunció que Microsoft había adquirido el monopolio del sistema operativo de Windows o que había creado las aplicaciones barreras de entrada por cualquier medio ilegal. Más bien, éste vio el *browser* de Netscape Navigator y el Java de Sun como potenciales competidores para Windows que podían desarrollar el establecimiento de plataformas alternativas para las aplicaciones de su *software*. El Departamento también vio que Microsoft actuó para proteger su monopolio a través del desarrollo de su propio *browser*, a través de sus acciones contra Java y a través del perfeccionamiento continuo de Windows. Todas estas acciones amenazaron el crecimiento de estas nacientes plataformas de Navigator y de Java e implementaron barreras de entrada en las aplicaciones. El Departamento buscó emplear la Sherman Act para limitar a Microsoft y aumentar la posibilidad de crecimiento de las plataformas alternativas a través de cuatro vías:

- 1) Mediante la prohibición a Microsoft de comprometerse en prácticas que generen una desventaja a Navigator y Java (esta fue la imputación sobre el mantenimiento de un monopolio confirmado por la Corte de Apelaciones);
- 2) Mediante la penalización a Microsoft por su éxito en desarrollar su *browser* competitivo, Explorer, el éxito por el cual disminuyeron las expectativas de Navigator (la imputación sobre el intento de monopolización revocado en la apelación);
- 3) Forzar a Microsoft la distribución de su *browser*, Explorer, separadamente de Windows (la imputación por los acuerdos de atadura). La determinación de una atadura ilegal y la necesidad de separar la venta podría reducir el éxito de Explorer en su competencia con Navigator y, simultáneamente, proveer la base legal para limitar judicial y administrativamente el mayor perfeccionamiento de Windows por Microsoft que podría, de otro modo, reforzar el monopolio del sistema operativo (esta imputación, también, fue revocada en apelación); y, finalmente,
- 4) Mediante la división de Microsoft en compañías separadas de sistemas operativos y aplicaciones (también revocada en apelación).

A mi juicio, la dificultad con la teoría del Departamento de Justicia y, simultáneamente, la razón de que fue exitosa en obtener solamente un apoyo parcial en sus denuncias contra Microsoft es que el Departamento

nunca desarrolló, mucho menos articuló, una idea coherente sobre cómo un mercado con competencia de redes de sistemas operativos beneficiaría a los consumidores o por qué, si hubo beneficios sustanciales, la competencia de redes de sistemas operativos no se desarrollaría –como no se había desarrollado– a través de las fuerzas del mero mercado.

Hubo una contradicción central en el caso del Departamento de Justicia. El Departamento admitió que Microsoft había adquirido el monopolio de su sistema operativo en base a sus méritos. No denunció que Microsoft había monopolizado el mercado de sistemas operativos por cualquier medio ilegal. Tampoco denunció que la implementación de barreras de entrada a las aplicaciones fue creada por medios artificialmente ilegales. Aun más, al mismo tiempo, buscó emplear agresivamente las normas *antitrust* para estimular el desarrollo de competencia en las aplicaciones de plataformas limitando a Microsoft en la promoción de su *browser*, mediante la creación de limitaciones sobre la habilidad de Microsoft para agregar nuevas características a Windows y, finalmente, mediante la división en dos compañías.

Una teoría de esta naturaleza es, medularmente, contradictoria y refleja una evaluación insuficiente de los beneficios de la red del sistema operativo Windows. El Departamento no objetó la existencia de razones de mercado que justificaban el dominio histórico de Windows. Existieron antes periodos en los cuales hubo una gran competencia entre los sistemas operativos de *software*, tales como la competencia entre DOS y Macintosh de Apple o la subsiguiente competencia entre Macintosh y la más temprana versión de Windows⁴⁴. Con el transcurso del tiempo, un sistema operativo llegó a ser el dominante, por lo menos para una vasta mayoría de consumidores. Este dominio debe reflejar los vastos beneficios de la red por la estandarización del sistema operativo y el desarrollo de miles de aplicaciones de *software* diseñadas para este sistema. Nuevamente, el fracaso o la inhabilidad del Departamento de Justicia para atribuir al monopolio de Windows de Microsoft actos ilegales o alguna interferencia en el mercado admitió implícitamente los beneficios de la red y, potencialmente, la expansión de los beneficios de la red generados por Windows.

Sin embargo, el Departamento buscó promover la competencia a través del desarrollo de la competencia de plataformas, tales como el *browser* de Navigator o el Java de Sun. Incluso, éste solamente presentó una muy vaga especulación –sin duda porque eso fue todo lo que pudo presentar– sobre cómo operaría el mercado con competencia de plataformas para sistemas

⁴⁴ Anotar que el Departamento exitosamente convenció a la Corte para definir el Mercado relevante como “*Intel-compatible PC operating systems*”: principalmente, Windows, lo cual eliminó por definición la consideración de mucha competencia en los sistemas operativos. 253 F.3d pp. 51-54.

operativos⁴⁵. Como una abstracción, la competencia es preferible al monopolio, pero la abstracción es solamente persuasiva donde la adquisición de un monopolio es de alguna manera artificial. En el contexto de una red, es muy difícil medir o evaluar el ámbito de los beneficios de la red. Donde el monopolio de una red se ha desarrollado naturalmente –por ejemplo, sin alguna interferencia artificial en los procesos del mercado– la conclusión más plausible es que el monopolio se deriva de la extensión de los beneficios de la red.

Como consecuencia de ello, la teoría más básica del Departamento consistió de una muy pequeña y peyorativa caracterización respecto a que la existencia de miles de aplicaciones de *software* para Windows representaban perjudiciales barreras de entrada. De nuevo, conceptualmente, excepto alguna interferencia artificial con el proceso del mercado, la más plausible caracterización es que estas miles de aplicaciones representan los frutos del beneficio de la creación de la red. Por insistir en que la existencia de estos beneficios excluyó a otras empresas de la competencia con Microsoft, el Departamento se auto colocó en una poco atractiva posición de demanda puesto que cualquier cosa que Microsoft hiciera para mejorar la calidad de Windows habría representado una violación a las leyes *antitrust*. Así, el Departamento denunció que los perfeccionamientos de Microsoft en su *browser* Explorer fueron una violación toda vez que esta empresa incrementó las barreras de entrada a sus aplicaciones. Pero esto pone a las normas *antitrust* de cabeza por calificar como una violación a todas las inversiones dirigidas a mejorar un producto para los consumidores. Y fue una mera especulación el afirmar que los consumidores del monopolio de la red se beneficiarían con la existencia de una o más redes competidoras.

La especulativa demanda del Departamento de Justicia en este extremo probó también su debilidad para convencer a la Corte de Apelaciones. La Corte de Apelaciones afirmó que algunas prácticas de Microsoft, tales como su exclusivo acuerdo contractual con manufacturas de PC y otros, así como sus agresivas acciones contra Java fueron violaciones porque éstas no constituyen competencia por méritos⁴⁶. Ésta

rechazó, sin embargo, cualquier otra imputación del Departamento de Justicia porque el Departamento no había analizado suficientemente el tema ni lo había justificado en motivos para encontrar ilegalidad.

Así, la Corte de Apelaciones rechazó la denuncia del Departamento respecto a que Microsoft había intentado ilegalmente monopolizar el mercado de *browsers* concluyendo que sus denuncias fueron duplicadas en la acusación sobre el mantenimiento de un monopolio o fueron injustificadas porque el Departamento no justificó la existencia de un mercado separado del *browser* protegido por las barreras de entrada⁴⁷. Donde el Departamento denunció que el crecimiento de la participación de mercado del *browser* de Microsoft demostraría un intento de monopolizar el mercado de *browsers*, la Corte no estuvo convencida de la existencia de un mercado de *browsers* distinguible, relevando la inhabilidad del Departamento para proporcionar una concepción coherente o convincente de la competencia en el mercado que esperaba estimular.

De manera similar, la Corte de Apelaciones, en primera instancia, rechazó *per se* la demanda del Departamento sobre la ilegalidad de la atadura del *browser* Explorer dentro de Windows sobre la base de lo que era imposible saber *per se* si el perfeccionamiento de un producto complicado tal como un sistema operativo por la adición de nuevas características era o no era beneficioso para los consumidores⁴⁸. La extendida discusión de la Corte sobre cómo la Corte de Distrito en remisión al Tribunal inferior debería evaluar los perfeccionamientos de un producto de esta naturaleza bajo la regla de la razón⁴⁹, como mencioné, condujo al Departamento de Justicia y a 18 Estados a desistirse íntegramente de las demandas por atadura. La Corte de Apelaciones no excluyó al Departamento de la presentación de nuevas pruebas en este punto si éste deseaba iniciar un nuevo proceso. Sin embargo, el Departamento y los Estados, vieron que la demanda no tuvo expectativas de éxito futuro porque ellos estaban inhabilitados para articular una concepción de competencia en las redes de los sistemas operativos o en las plataformas en las cuales era plausible que los consumidores se beneficiaran limitando a la red de sistemas operativos dominantes⁵⁰.

⁴⁵ Hubo una confusión básica en el caso con respecto a la definición de Mercado relevante por la que Microsoft fue acusada de monopolización. La Corte de Apelaciones amparó la denuncia del Departamento de Justicia que decía que Microsoft había mantenido ilegalmente un monopolio sobre el mercado de sistemas operativos el cual fue protegido por la implementación de barreras de entrada a las aplicaciones. Las aplicaciones, sin embargo, que corrían sobre plataformas, no necesariamente sobre sistemas operativos. Las acciones ilegales de Microsoft en el mercado de sistemas operativos fueron para inhibir el desarrollo de las plataformas alternativas. No hubo una clara investigación en el caso sobre la posición de Microsoft en el mercado de plataformas, si es que tal mercado puede ser coherentemente definido.

⁴⁶ Para una mayor discusión de estas características de la opinión de la Corte de Apelaciones ver textos y notas previos al presente artículo.

⁴⁷ 253 F.3d pp. 80-84.

⁴⁸ Ibid. pp. 89-94.

⁴⁹ Ibid. pp. 95-97.

⁵⁰ La Corte de Apelaciones también excluyó al Departamento de Justicia de sus esfuerzos para definir un mercado de *browsers* separado por el cual se condene amparando la denuncia de atadura.

Finalmente, la Corte de Apelaciones rechazó el remedio de separación de Microsoft por exactamente las mismas razones. El remedio de separación del Departamento fue la característica más especulativa de todo el caso. ¿Cuál fue el beneficio que se esperaba de la separación en dos de Microsoft, en una empresa de sistemas operativos y otra de aplicaciones para éstos? ¿Se creyó que las empresas de aplicaciones podían desarrollar su nuevo y competitivo sistema operativo? ¿Perseguirían y promoverían las nuevas empresas de aplicaciones algunos otros sistemas operativos, tales como la alineación con las plataformas Navigator o Java? ¿Las empresas de sistemas operativos esperaban el desarrollo de la competencia de las aplicaciones? Ninguna de estas interrogantes fue respondida; de hecho, éstas ni siquiera fueron seriamente dirigidas en el proceso⁵¹.

La resolución de estos puntos en cuestión dejó como única parte exitosa de la denuncia del Departamento la ilegalidad de varias prácticas de Microsoft, tales como sus acuerdos de exclusividad y sus tácticas contra Java. Nadie ha denunciado que estas varias prácticas fueron siempre de gran importancia para la estrategia comercial de Microsoft o para el éxito de Windows o de su *browser Explorer*⁵². Ello representa una “victoria” del Departamento de Justicia de Clinton, pero sin representar un efecto beneficioso en la industria o en la economía⁵³.

Por el contrario, el enfoque del gobierno en estas prácticas en abstracto representa la pérdida de una gran oportunidad. Las demandas del Departamento de Justicia contra estas prácticas no tienen relación con el contexto de la red. Así, la resolución de estas demandas ha agregado muy poco a nuestra jurisprudencia *antitrust* con respecto al análisis de las redes⁵⁴. El análisis de varias de las prácticas efectuado por la Corte de Apelaciones no implicó su ejecución en el contexto de una red. De acuerdo con la Corte, las prácticas –principalmente, variaciones de acuerdos de exclusividad– son violaciones porque no constituyen competencia por méritos⁵⁵; una regla igualmente aplicable a cualquier monopolista, sea

o no sea una red. Este será un tema interesante en algún caso futuro sobre si las normas de acuerdo de exclusividad deben ser consideradas de manera diferente en el contexto de las redes⁵⁶. Nuevamente, si los consumidores se benefician con la expansión de la red, un acuerdo de exclusividad puede servir para incrementar estos beneficios. Esta pregunta, sin embargo, y virtualmente todas las otras, fue perdida en el fracaso del Departamento para considerar adecuadamente y presentar las implicancias del carácter de red en el mercado de sistemas operativos.

B. Enlodando la competencia de la red en el caso Visa/Master Card

El caso Visa/Master Card proporcionó un interesante contraste con Microsoft. El caso Microsoft fue iniciado contra una empresa que el Departamento de Justicia denunció como poseedora de un monopolio de la red. El Departamento buscó introducir la competencia dentro de la industria mediante la estimulación o protección de potenciales redes que podían competir con la red dominante. En el caso Visa/Master Card, por el contrario, dos demandas fueron presentadas contra asociaciones en una industria en la cual existía una competencia sustancial en la emisión y adquisición y en todos los niveles comerciales de la red. Una de las demandas del Departamento puede ser caracterizada como un intento para agudizar la competencia –la demanda sobre prácticas anticompetitivas por miembros del Directorio de una de las asociaciones por emitir tarjetas de otras– a través del control del gobierno corporativo daña la competencia, lo que parece poco probable y finalmente no fue persuasivo. En la segunda demanda, sin embargo –la demanda por prácticas anticompetitivas contra Visa y Master Card por prohibir a sus miembros la emisión de las tarjetas de American Express y Discover– aparece personificada la ambición de fusionar la competencia de la red sobre algunos rangos por obligar a las asociaciones Visa y Master Card

⁵¹ El Departamento de Justicia permitió (¿o se promovió?) que la Corte Distrital procediera a dictar la orden de separación con solamente escuchar el más mínimo de sus argumentos, por supuesto, fue desesperadamente enfermizo y, finalmente, fatal. Ver *Ibid.* pp. 101-103.

⁵² AOL/Netscape y Sun están separadamente persiguiendo acciones privadas sobre competencia con Microsoft, necesariamente interponiendo denuncias. Pero los casos parecen ser débiles y probablemente serán transados en términos modestos.

⁵³ Bob Crandall ha mostrado recientemente que los constreñimientos impuestos sobre Microsoft en el acuerdo con el Departamento de Justicia son totalmente extensivos en comparación a los remedios en otros casos de monopolización. CRANDALL, Robert W. “The Proposed Microsoft Decree and Past Antitrust Remedies: A Systematic Comparison”. Washington Legal Foundation, Critical Legal Issues No. 112. Noviembre 2002. Sin embargo, subsisten áreas de desacuerdo acerca de cuán dañino será el remedio para la operación de Microsoft, lo que es una pregunta completamente distinta a si el remedio proveerá algún beneficio a los consumidores o a la sociedad. No se presenta un beneficio social de simplemente dañar a Microsoft.

⁵⁴ Hay, talvez, dos excepciones. La primera, la discusión en la Corte de Apelaciones volcó la denuncia por atadura, explicando las dificultades de evaluar en un caso *antitrust* qué componentes del *software* son socialmente apropiados, 253 F.3d pp. 84-97, es una importante adición a la jurisprudencia sobre atadura, en particular porque el más reciente pronunciamiento de la Corte Suprema sobre acuerdos de atadura *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984), está totalmente desfasado. Menos útil, sin embargo, es la discusión de la Corte de Apelaciones y la aparente aceptación de la caracterización del Departamento sobre los beneficios de la red de Windows como resultado de las denominadas barreras a la entrada de las aplicaciones, 253 F.3d pp. 54-56. Aunque la Corte declaró que no necesitó ser resuelto si las miles de aplicaciones de Windows constituían una barrera de entrada, apoyó alguna versión de este concepto. *Ibid.* p. 56. Este extremo sostenido por la Corte es de cualquier manera altamente inteligente y es probablemente una contribución a la conclusión sobre el futuro entendimiento de los beneficios de la red.

⁵⁵ 253 F.3d pp. 50, 52, 56, 59, 62.

⁵⁶ El caso Microsoft no es probablemente útil en este análisis porque nunca fue claro en el litigio si el mercado de Navigator y Java fueron excluidos. Tampoco lo fue en los operadores de sistemas y la Corte de Apelaciones rechazó la definición de mercados de *browsers* separados.

La segunda forma de competencia es en la adquisición de establecimientos comerciales que aceptarán las tarjetas. Aquí, nuevamente, los respectivos miembros de las asociaciones compiten contra cada uno de los otros para adquirir un establecimiento comercial particular. American Express y Discover también adquieren establecimientos comerciales para sus redes. Hay competencia sobre la magnitud de los descuentos comerciales: en 1999, los vendedores de American Express descontaron 2.73%; los de Discover, 1.5%; y los de Visa y Master Card en promedio, 2%⁶⁴. Dentro de las asociaciones Visa y Master Card, la magnitud del descuento comercial es determinada por la cuota de intercambio. Así, la cuota de intercambio es una herramienta competitiva entre las asociaciones –comprometiendo al banco a emitir más tarjetas Visa que Master Card, por ejemplo– y un determinante del descuento comercial definitivo. La adquisición de los establecimientos comerciales necesita no ser exclusiva –muchos establecimientos comerciales aceptan las tarjetas de Visa, Master Card y American Express– aunque ciertamente las redes podrían buscar exclusividad haciendo una oferta suficientemente atractiva al establecimiento comercial. Por ejemplo, Costco ha ingresado a un acuerdo para aceptar solamente las tarjetas de crédito y débito de American Express y no aquellas de Visa, Master Card o Discover⁶⁵.

La tercera forma de competencia es entre las mismas redes, por el nivel de la marca de la red donde cada una de las redes por separado promociona los beneficios de sus redes en función de las ganancias del consumidor y de los establecimientos comerciales así como la dedicación de los bancos miembros. Las últimas promociones, tales como “Hay cosas que el dinero no puede comprar; para todo lo demás, existe Master Card” o la de Visa “Está en todas las partes donde tú quieras estar” o su “...y ellos no toman American Express” son ilustrativas del alto nivel de competencia entre las redes. Hay también una importante competencia tecnológica a nivel de red para facilitar los procesos de demanda para las ventajas de los consumidores y de los establecimientos comerciales.

¿Mediante qué vías el Departamento de Justicia encontró la estructura o práctica de esta industria anticompetitiva? Primero, el Departamento demandó que esto era una violación a la Sherman Act por las dos asociaciones, al permitir a los miembros de sus

respectivos Directorios (u otros órganos de gobierno) la emisión de tarjetas de otras asociaciones. Esta es una demanda evidentemente absurda. El Departamento no argumentó que esto fue una violación porque un solo banco era un miembro de ambas asociaciones con autoridad para emitir tarjetas o adquirir la membresía de los establecimientos comerciales para ambas asociaciones. En su lugar, la demanda señaló que las leyes *antitrust* eran violadas cuando pocos bancos que sirven a uno o a otro Directorio emiten tarjetas de asociaciones competidoras.

No obstante lo inusual de la demanda, existe un atisbo de una teoría. La intención principal del Departamento de Justicia parece haber sido que, aunque hubo una sustancial competencia entre Visa y Master Card como redes⁶⁶, existiría más competencia entre ellas si los miembros de los Directorios de las dos asociaciones estuvieran seriamente dedicados a su respectiva asociación, en lugar de estar financieramente en conflicto por ser miembros de ambas.

Debemos dar algún crédito al Departamento por considerar la intención de incrementar la competencia entre redes en una industria que sostiene tal competencia. El problema con la concepción del Departamento aquí, sin embargo, es que esto carece de un entusiasmo, incompleto e inconsistente, con la realidad competitiva de la industria. Primero, el gobierno no parece haber tomado seriamente la teoría del gobierno corporativo. Este no persiguió un remedio riguroso: no buscó requerir a los miembros del Directorio despojarse ellos mismos de los tenedores de tarjetas de otras asociaciones⁶⁷; esto fue sólo lo que preguntó la Corte (en 2001) para emitir una orden requiriendo a los miembros del Directorio a cambiar sus clientes de manera que, en 2003, el 80% del total del volumen de operaciones en dólares de las tarjetas de los bancos fue transado en la red en la que éstos eran directores⁶⁸. Segundo, si confió seriamente en el incremento de la competencia entre las redes de Visa y Master Card y, al mismo tiempo, creyó que la membresía dual limitaba las fuerzas competitivas, debería haber litigado sobre si la membresía dual debería haber sido prohibida en su totalidad, requiriendo a los bancos la elección entre las membresías de las redes de Visa o Master Card. Una demanda de esta naturaleza, sin embargo, habría desafiado a la realidad competitiva⁶⁹. Nuevamente,

⁶⁴ 163 F.Supp.2d p. 333. A comienzos de los noventa, American Express fue forzada a reducir sus descuentos comerciales por el descontento de los vendedores minoristas. Ibid. p. 76.

⁶⁵ Costco anteriormente tuvo un acuerdo de exclusividad con las tarjetas de Discover.

⁶⁶ Ver TANN. Op. cit.

⁶⁷ La venta del total de portafolios de tarjetas de un banco a otro es un común. EVANS y SCHMALENSEE. Op. cit. p. 220.

⁶⁸ Durante el juicio, el gobierno cambió su pedido, presentando una solicitud para una prohibición prospectiva de la emisión dual por los miembros del Directorio. 163 F.Supp. 2d p. 328.

⁶⁹ Esto también habría socavado la segunda demanda del Departamento, que acusó de prácticas anticompetitivas a Visa y Master Card por prohibir a sus miembros la emisión de las tarjetas de American Express y Discover.

como nosotros conocemos por las múltiples solicitudes de tarjetas que recibimos, existe una sustancial competencia entre emisores de tarjetas dentro y entre las dos asociaciones a pesar de la membresía dual. Tal vez por esta razón, el Departamento reconoció que la dualidad en la emisión –bancos emisores de ambas tarjetas– incrementó, y no redujo, la competencia a nivel de los consumidores y también reconoció que Visa y Master Card compitieron fuertemente una contra la otra⁷⁰. Estas concesiones debilitaron intensamente la demanda sobre los problemas de gobierno corporativo.

Finalmente (como prueba de las críticas) el Departamento fue poco hábil para proporcionar cualquier evidencia convincente para sostener que el gobierno dual fue anticompetitivo. La Corte declaró que el Departamento había fracasado en proporcionar cualquier ejemplo creíble de disminución en la competencia entre Visa y Master Card porque su estructura de gobierno y posteriormente que las fuerzas del mercado fueron liderando algunos gobiernos de los bancos para especializarse en las tarjetas de una sola red, haciendo lo propuesto por el gobierno un remedio innecesario⁷¹.

La segunda demanda del Departamento de Justicia en el caso señaló que hubo una violación del Derecho *Antitrust* por parte de Visa y Master Card por separado, al prohibir a sus bancos miembros la emisión de tarjetas de los competidores de las redes de American Express y Discover. Como mencioné, la Corte de Distrito aceptó el argumento, un tema ahora en apelación. El Departamento tuvo éxito en esta demanda de exclusividad, a mi juicio, no por los méritos de su análisis competitivo, sino principalmente por convencer a la Corte a aceptar su definición de mercado en la industria de tarjetas de crédito. El fallo es insostenible y es altamente probable que sea revocado en apelación.

El Departamento señaló que la industria de tarjetas de crédito consiste en dos mercados separados: primero, un mercado para créditos generales y cargos en el pago de las tarjetas, por ejemplo, el mercado en el cual hubo competencia sobre los consumidores y los establecimientos comerciales; y, segundo, un mercado

separado al cual el Departamento denominó “de objetivo general de crédito y cargo por el servicio de la tarjeta de la red”⁷². Este mercado comprende la competencia entre las redes, que son, los varios bancos, y las dos firmas propietarias, American Express y Discover, los cuales proveen el servicio de emisión de tarjetas y la adquisición de membresías de establecimientos comerciales. El gobierno demandó y la Corte aceptó que los miembros de los bancos de Visa y Master Card poseen una única habilidad en la emisión de tarjetas por sus relaciones con los propietarios de los depósitos y/o⁷³ su experiencia en la emisión de las tarjetas Visa y Master Card. Ellos poseen un *expertise* equivalente en la adquisición de establecimientos comerciales basado en su historial⁷⁴. Dado este *expertise* dual, las órdenes de Visa y Master Card que prohíben a sus bancos miembros emitir tarjetas de las redes competidoras tienen el efecto de excluir del mercado la emisión y los servicios de adquisición de American Express y Discover⁷⁵.

No obstante este éxito con la Corte, ésta es una proposición altamente peculiar que no puede ser defendida como una materia de análisis del Derecho *Antitrust*. La proposición posee alguna plausibilidad superficial por dos razones: primero Visa y Master Card son asociaciones de bancos, lo que permitió al Departamento de Justicia dirigir su atención a la separación de un banco miembro de la misma asociación; y, segundo, porque la Corte aceptó un método de análisis de competencia innecesario para el caso. Ver cómo el Departamento explotó la organización de Visa y Master Card como asociaciones supone una estructura corporativa ligeramente diferente en la industria. Imagine que Visa y Master Card no eran asociaciones de bancos, sino propietarias de empresas como American Express y Discover, donde los bancos eran divisiones o ramas de la empresa matriz. Ello supuso que un cambio en la organización corporativa no tendría efectos en el análisis de la competencia entre los cuatro sistemas de tarjetas de crédito a nivel de la red⁷⁶. Pero con este ligero cambio en la forma de organización, la definición del mercado aceptada por la Corte y la

⁷⁰ El Departamento pareció haber reconocido este punto porque la Corte explícitamente lo encontró como punto sin necesidad de discusión. Ibid. p. 332.

⁷¹ Ibid. pp. 329-329.

⁷² Ibid. p. 335.

⁷³ Algunos de los más importantes miembros de Visa y Master Card son los llamados bancos “monolíneas”, empresas con estatuto bancario, pero que existen para emitir tarjetas y no para aceptar los tradicionales depósitos. Ver EVANS y SCHMALENSEE. Op. cit. pp. 12-13

⁷⁴ 163 F.Supp.2d pp. 385-388.

⁷⁵ Ibid. pp. 406-407. Hubo una confusión adicional en la opinión de la Corte relacionada a la definición del mercado. La Corte inicialmente definió el mercado de los servicios de la red como consistente de las contribuciones por las coberturas de las organizaciones, Visa y Master Card, para sus respectivas redes, tales como la promoción de la marca, el proceso de transacciones y la popularidad. Ibid. pp. 338-339. En su discusión de la violación, sin embargo, los servicios de la red que la Corte encontró que la exclusión de American Express y Discover fue en las actividades individuales de cada banco en la emisión y adquisición de establecimientos comerciales. Ibid. pp. 379, 382-399. Esta es una confusión importante porque Visa y Master Card, como empresas, no operaban ellas mismas en el nivel de emisión o adquisición, solamente sus miembros lo hacían. Los miembros de Visa o Master Card individualmente no poseen poder de mercado en la emisión o en la adquisición lo que socava totalmente el análisis efectuado por la Corte.

⁷⁶ En esta hipótesis, la competencia por los consumidores y establecimientos comerciales puede ser disminuida si la empresa matriz restringe la competencia entre sus divisiones, sugiriendo las ventajas de la forma de la asociación.

demanda sobre exclusividad se convierte en ridícula. El mercado “de objetivo general de los servicios de tarjetas de la red” comprende a los mismos competidores. De acuerdo con el Departamento de Justicia y con la Corte, este “mercado” está compuesto por los bancos –los competidores de American Express y Discover– los cuales poseen el *expertise* que American Express y Discover quieren compartir. La demanda básica del Departamento aquí es que Visa y Master Card están excluyendo del mercado a American Express y Discover al no permitirles competir por el acceso a los activos o componentes de Visa y Master Card. Esto es equivalente a una demanda de un fabricante que es excluido de un mercado porque sus fabricantes competidores se niegan a permitir al fabricante demandante usar las plantas de las fábricas competidoras.

¿Cómo llegó la Corte a adoptar tal razonamiento? La Corte aceptó la aproximación del Departamento de Justicia para el análisis de competencia en los casos de la regla de la razón consistente en cuatro pasos distintos: primero, definir el mercado relevante; segundo, determinar si las empresas demandadas poseían poder de mercado en esos mercados; tercero, determinar si las demandadas habían restringido la competencia en los mercados; cuarto, considerar cualquier defensa pro-competitiva. Así, la Corte, primero, aceptó la definición de dos mercados separados propuesta por el Departamento. En segundo lugar, la Corte encontró que Visa y Master Card poseían poder de mercado en ambos mercados. Visa y Master Card desafiaron la definición y el poder de mercado encontrando en el primer mercado, el mercado de objetivo general de las tarjetas, razonamientos que indicaban que el mercado debería ser definido incluyendo a los cheques, al dinero en efectivo y a las tarjetas de débito los cuales habrían reducido enormemente la cuota de mercado de Visa y Master Card. La Corte rechazó su argumento⁷⁷, pero la búsqueda fue importante porque la Corte reconoció la competencia sustancial por los consumidores en la emisión de las tarjetas en lugar de la posesión del poder de mercado. La objeción de los demandados sobre la definición del mercado de los servicios de las tarjetas de la red no parece haber tenido ninguna acogida en la Corte⁷⁸. Ellos pudieron haber sostenido fehacientemente que no poseían poder de mercado en ese mercado; ellos eran el mercado. La Corte entonces encontró restricciones y desestimó las defensas pro-competitivas.

Estos cuatro pasos del análisis de la regla de la razón han llegado a ser una caldera blindada, aunque esto sea totalmente innecesario y configure un diseño patológico para un caso de esta naturaleza. Su postura significa

que el caso estuvo encausado considerablemente una vez que la definición del Departamento fue aceptada. En el fondo, el problema con respecto a las provisiones de exclusividad relacionó la competencia entre las cuatro redes. La pregunta principal fue ¿la competencia entre esas redes será mayor o menor si se permite a American Express y a Discover cerrar acuerdos con los bancos miembros de Visa y Master Card para emitir tarjetas de American Express o Discover? Para analizar esta pregunta, no se necesita la definición del mercado o la medida del poder de mercado.

En periodos iniciales, la definición del mercado y la medida del poder de mercado fueron utilizados solamente en los casos de fusiones. Allí la última pregunta siempre es si la fusión de dos empresas competidoras en el mismo mercado incrementará el poder de mercado para levantar sospechas de un precio oligopólico. Obviamente, es necesario para tal evaluación definir el mercado relevante y también es necesario para medir el poder de mercado porque la decisión de permitir o no permitir la fusión está hecha sobre la base de algunas intuiciones de la relación entre el poder de mercado (tamaño) y las prácticas oligopólicas.

La definición de mercado y el análisis de medición del poder de mercado fueron introducidos en la Sección 1 de la Sherman Act en los casos de la regla de la razón, no porque esto fuera necesario para el análisis de competencia o de las prácticas en cuestión, sino como una profiláctica contra las condenas judiciales infundadas de las prácticas pro-competitivas en el mercado. Mi profesor Ronald Coase solía destacar que la mayoría de las normas *antitrust* habían sido desarrolladas por economistas y abogados quienes, sobre la observación de prácticas industriales que ellos no entendían, concluyeron que éstas eran anticompetitivas (esto fue antes de los ochentas). La contribución de la definición de mercado y poder de mercado en los casos de la regla de la razón ha sido desestimada en las demandas donde no hay una demostración de que el demandado posea poder de mercado, un fin útil, aunque lo logró a través de medios muy crudos. La última pregunta es ¿cómo la práctica afecta la competencia?

En este caso, la demanda sobre que American Express y Discover han sido excluidos del mercado de emisión de tarjetas y en la adquisición de servicios de establecimientos comerciales es insostenible. Primero, American Express ejecuta su propio sistema de emisión y su propia adquisición de servicios de establecimientos comerciales. La misma Corte, reconoció que American Express fue el emisor más importante en el país⁷⁹.

⁷⁷ Ibid. pp. 335-338.

⁷⁸ Ver la ausencia de discusión de un argumento rebatible. Ibid. pp. 338-339. Note, nuevamente, la confusión de la Corte sobre el contenido del mercado de servicios de la red.

Además, aunque la Corte no hizo referencia a este punto, los miembros de Visa y American Express, en los últimos años, han contratado con establecimientos comerciales de terceras empresas independientes⁸⁰. Así, mientras es seguramente cierto que las reglas de exclusividad niegan a American Express y a Discover el libre acceso a los bancos miembros –“sus competidores”– en la emisión y adquisición del *expertise*, no hay una demanda plausible sobre las reglas de negativa de acceso a la emisión o a la adquisición de servicios.

Segundo, aquí no hay una exclusión real en el sentido de la existencia de algunos obstáculos artificiales que impiden a American Express y Discover obtener los servicios de bancos que poseen emisión o adquisición de servicios. Aun si uno aceptara la dudosa definición de mercado constituida por los miembros de las asociaciones competidoras, American Express y Discover no son negadas al acceso a ellos. Ciertamente es que, una vez que un banco se enlista como miembro de Visa o Master Card, el acceso a American Express y a Discover es negado. Pero no existe una negativa de acceso antes que el banco se enliste como miembro. American Express y Discover no están impedidas de convencer al banco de abandonar las redes de Visa o Master Card para unirse a las redes competidoras de American Express y Discover.

En su discusión sobre la demanda de exclusión, la Corte dio varios ejemplos de bancos que habían sido abordados por American Express o Discover, reclamando que ellos desearon emitir tarjetas de American Express o Discover, pero declinaron una vez que apreciaron que sus contratos con Visa y Master Card serían resueltos por la violación de las cláusulas de exclusividad. Por ejemplo, la Corte encontró como evidencia de la exclusión, la negativa de Bank One a unirse a la red de American Express: “Bank One reconoció, sin embargo, que cualquier acuerdo de emisión de tarjetas con American Express resultaría en los inaceptables altos costos que el banco incurriría (Visa y Master Card) en su membresía de la asociación”⁸¹. Pero este no es un ejemplo de exclusión

como una violación al Derecho *Antitrust*; esta es “exclusión” porque genera una desventaja competitiva. Entre la oferta de Visa y Master Card y la oferta de American Express, Bank One escogió Visa y Master Card. El rechazo a American Express es el resultado de la competencia por méritos. Esto es antitético con el objetivo básico del Derecho *Antitrust* demanda que cuando una institución escoge unirse a una u otra red competidora, la red rechazada ha sido ilegalmente excluida por los servicios de la institución.

Las reglas de exclusividad en las estipulaciones de Visa y Master Card son, en esencia, deberes de confianza que obligan a los bancos miembros a ser fieles y a promocionar la red de la cual éstos son miembros mientras toman ventajas de los servicios de su red. Como lo mencioné, Visa y Master Card son principalmente caparazones de negocio que sirven para administrar y promover sus respectivas redes. Al respecto, ellos se parecen a los franquiciantes como organizaciones que desarrollan y promueven una franquicia, pero no proporcionan sustanciales servicios de franquicia ellos mismos⁸². Los deberes de fidelidad son muy comunes en los contratos de franquicia; de hecho, estos deberes se encuentran por todas partes. Por ejemplo, la franquicia de Burger King exige que su franquiciado, durante la vigencia de la franquicia “no puede ser propietario, operador o tener cualquier interés en alguna marca nacional o regional de comida rápida de hamburguesas”⁸³. De manera similar MAACO, la franquicia de pinturas para auto, estipula en sus contratos de franquicia: “No dedicarán su tiempo completo ni energía a operar el Centro. No se desviarán en cualquier negocio o en cualquier consumidor de algún competidor...”⁸⁴. Los contratos de franquicia de Merle Norman Cosmetic estipulan “No podrán vender cualquier mercadería que MNC ha determinado como inconsistente con la imagen de Merle Norman Studios o que pueda confundir al público con su origen o calidad o que permita a otras marcas estar sobre su nombre o sobre la reputación de MNC”⁸⁵. De hecho, de los 150 contratos de franquicia disponibles en la agencia de franquicias⁸⁶,

⁷⁹ Ibid. p. 333. La Corte ignoró este punto en la discusión de exclusividad. Es apropiada la comparación de American Express con los bancos miembros individuales, en vez de compararla con toda la asociación, porque son los bancos miembros los que poseen el *expertise* de la emisión y adquisición. El Departamento de Justicia aceptó que la medición del poder de mercado de Visa y Master Card en el agregado, pero el *expertise* que fue sostenido, ha sido excluido es poseído a nivel individual de los bancos.

⁸⁰ EVANS y SCHMALENSSEE. Op. cit. p. 134. De hecho, aunque la Corte no se dirigió a estos hechos, muchas terceras partes adquirieron servicios de establecimientos comerciales de todas las redes. Así, el fallo de exclusividad en la adquisición de servicios llega a ser menos sostenible.

⁸¹ 163 F.Supp.2d p. 385. La Corte da muchos otros ejemplos de este mismo punto: “Advanta no creyó que podía abandonar a Visa y Master Card para emitir las tarjetas de American Express”. Ibid. p. 384; “Aunque First USA hubiera querido emitir las tarjetas de Discover, no lo habría hecho por miedo a perder la licencia de emitir tarjetas de Visa y Master Card”. Ibid. p. 387.

⁸² Ellos son diferentes de las franquicias, por supuesto, porque ellos administran las operaciones de las redes, intercambian cuotas para maximizar el éxito de las redes, ver EVANS, David. “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets”. AEI-Brookings Joint Center Publication pp. 2-13, invierten fuertemente en la implementación de la red con capacidad tecnológica, y son cooperativas, no corporaciones separadas.

⁸³ Información obtenida de FRANData, NBC Franchise Services (un contrato de franquicia *collection agency*). p. 7 (2002).

⁸⁴ Ibid. p. 1.

⁸⁵ Ibid. p. 6.

⁸⁶ Ibid.

142 contienen estipulaciones sobre deberes de fidelidad de esta naturaleza. Estas cláusulas de fidelidad parecen ser adoptadas universalmente: 1) por empresas en industrias que son altamente competitivas –tales como las de comida rápida: Burger King, McDonald's, Blimpie, Hardee's, Chick-Fil-A, Taco Bell, Domino's Pizza, Church's Fried Chicken, Wendy's, Pizza Hut, y Long John Silver⁸⁷– así como 2) por empresas muy distintas de las industrias que no pueden ser tomadas como poseedoras de poder de mercado en ninguna magnitud –tales como Curves for Women (centro de estética); Red, Hot and Blue Bar-B-Que; Wicks 'n' Sticks (regalos y sorpresas); Great Clips (cuidado de cabello); Togo's Eatery (tienda de sandwich); Stanley Steemer (limpieza de alfombras)⁸⁸, entre muchas otras; y proporcionan una fuerte evidencia de que estas cláusulas sirven para incrementar la competencia de la franquicia.

Y existen razones intuitivas para entender su función económica. Las cláusulas sobre deberes de fidelidad sirven para alinear los incentivos del franquiciado con aquellos de todos los otros franquiciados y más estrechamente con aquellos del franquiciante. Todas las partes deben dedicar sus energías a incrementar el atractivo del producto o servicio franquiciado, y no aquel de los competidores. Estas cláusulas son necesarias en contextos particulares –tales como las franquicias– donde existe una separación entre el propietario de la empresa y el administrador del negocio, el franquiciante, desde las empresas franquiciadas, provee el producto o servicio. Contrariamente a una empresa particular con múltiples ramas, un franquiciante no puede por otro lado compeler la independencia de sus franquiciados para servir a los fines del proyecto de la franquicia. Esta es la razón por la que tales provisiones se encuentran en todas partes y en diversos contextos comerciales. Interesantemente, pero no sorpresivamente –un hecho aparentemente desconocido por la Corte– los contratos de franquicia del servicio de viajes de American Express estipulan: “Tú no puedes ser miembro en asociaciones con cualquier organización o consorcio que compita con negocios de viajes de American Express o programas representativos”⁸⁹.

No hay razones para pensar que la industria de tarjetas de crédito es sustancialmente diferente en este aspecto. Tal como en una típica franquicia, los bancos miembros de Visa y Master Card son independientes de los otros así como de las mismas organizaciones Visa y Master Card, excepto como miembros individuales. Por tal

razón, como en el contexto de la franquicia, los incentivos en conflicto probablemente generan que uno u otro banco pueda actuar buscando sus beneficios y en detrimento de otros bancos miembros o de las organizaciones Visa y Master Card. Las restricciones de fidelidad de Visa y Master Card sirven para restringir este conflicto y para alinear los incentivos de los bancos miembros con aquellos de los otros miembros y de toda la organización. Al respecto, estas disposiciones maximizan la competencia con las redes de American Express y Discover.

Es una pregunta interesante por qué, si dichas disposiciones mejoran la competencia, Visa y Master Card no las invocan entre ellas, es decir, por qué se les permite a los bancos llegar a ser miembros de ambas asociaciones. La respuesta es histórica. Como expliqué líneas arriba, en su origen, Visa implementó una cláusula con un deber de fidelidad prohibiendo a sus miembros la unión con la red de Master Card. Como mencioné, un miembro cuestionó tal prohibición; no recibiendo apoyo del Departamento de Justicia, Visa lo descartó⁹⁰. La dualidad tanto en la emisión como en el gobierno continuó y, como ha sido discutido, la sustancial competencia entre las asociaciones siguió. Esto mantiene la interesante pregunta de si la competencia puede ser aún implementada si las asociaciones Visa y Master Card volvieran a ser exclusivas nuevamente, aunque éste no fue un problema que el Departamento llevó a la Corte.

El remedio que el Departamento buscó, sin embargo, no fue solicitar que los bancos de Visa y Master Card puedan emitir tarjetas de American Express y Discover. Por el remedio del Departamento, y por el remedio adoptado por la Corte, American Express y Discover pudieron seleccionar con cual banco miembro querían asociarse. Ello sugiere exactamente que el problema por el que las prescripciones de lealtad fueron diseñadas para enfrentar: el supuesto de American Express seleccionando uno o algunos de los bancos con los cuales afiliarse excluyendo otros bancos miembros dañando tanto a aquellos bancos con los que no se afiliaba como a las organizaciones de Visa y Master Card. La experiencia de un banco miembro de Visa o de Master Card no genera frutos simplemente por los esfuerzos del banco, sino por los esfuerzos de la totalidad de la red, que incluye a otros bancos miembros y también a la organización. De permitir la afiliación a American Express o a Discover, éstas tendrían la oportunidad de acceder a tales beneficios sin tener que hacer inversión alguna para recibirlos.

⁸⁷ FRANData. pp. 3, 6, 7, 10, 12, 14, 20, 30, 34.

⁸⁸ Ibid. pp. 1, 2, 5, 14, 20, 22.

⁸⁹ Ibid. p. 19.

⁹⁰ Ver textos y notas previas al presente artículo.

¿Qué intentó conseguir el Departamento de Justicia? Nuevamente, el Departamento descuidó el contexto de la red en la industria. Las cláusulas de deberes de lealtad incrementaron la competencia entre redes —la competencia entre Visa y Master Card contra American Express y Discover. Esta es la razón por la cual la decisión de la Corte de Distrito que calificó tales cláusulas como práctica ilegal podría no ser confirmada en la apelación. Lo establecido sobre una definición del mercado y la evaluación de los beneficios competitivos relativos de las restricciones de fidelidad no son sostenibles. ¿Es remotamente plausible concluir que las cláusulas sobre deberes de fidelidad en los contratos de franquicia descritos líneas arriba violan las disposiciones de la Sherman Act? ¿Podemos imaginar procesos bajo el ámbito de la Sherman Act por denuncias a Blimpie o Wicks'n' Sticks o Red, Hot and Blue Bar-B-Que porque éstos requieren en sus franquicias fidelidad a su marca?

C. Ignorando la red en el caso American Airlines

El tercero de los casos representativos contra las empresas pertenecientes a una industria de red que inició el Departamento de Justicia de Clinton fue el de American Airlines⁹¹. Aquí, el Departamento perdió el caso no porque tuviera una inadecuada concepción de la competencia de red ni tampoco por su teoría que fue internamente inconsistente, sino porque éste ignoró el carácter de red de la totalidad de la industria aérea. El Departamento contextualizó el caso como un simple problema de precios predatorios: American tuvo un nivel de tarifas estable, cuando otras empresas más pequeñas entraron a competir en varias rutas con tarifas sustancialmente menores, American redujo sus tarifas, eliminó a los competidores; luego American incrementó sus tarifas, fin del caso. Para el Departamento, esta práctica fue predatoria; los consumidores fueron dañados por el retorno de tarifas más altas y por la amenaza que la práctica estableció para impedir a las otras empresas entrar a competir con American en otras rutas.

Sin embargo, el punto débil de la teoría del gobierno fue que la conducta de precios natural en una industria de red, tal como la industria de aerolíneas, debe ser analizada de forma distinta de los estándares de los precios predatorios. La teoría del gobierno ignoró totalmente la existencia de la red de rutas de American Airlines en contraste de las limitadas rutas entre determinadas ciudades que ofrecían las pequeñas empresas competidoras. El fracaso de considerar el contexto de red de las prácticas de American generó la derrota del Gobierno en la Corte de Distrito y

probablemente generará un futuro fracaso en la instancia apelatoria. En efecto, si el contexto de precio competitivo es considerado entre aquellas aerolíneas que operan redes y aquellas que no (las que cobraban tarifas más bajas), entonces el caso nunca debió haberse ni siquiera iniciado.

Como en todo caso de precios predatorios, el gobierno hizo frente a dos dificultades probatorias: primero, probar que dada una práctica de precios, los retornos ganados por la empresa demandada fueron menores que sus costos de operación; y, segundo, establecer un motivo racional de la empresa demandada para aceptar pérdidas por precios de esta manera: mostrando que la empresa predatoria estaba habilitada para recuperar tales pérdidas después de que las empresas competidoras salieran del mercado⁹². La Corte de Distrito señaló que el Gobierno había fracasado en establecer ambos puntos, rechazando la medición de costos y ganancias del Gobierno y no encontrando evidencia que soporte la potencial recuperación. El Gobierno necesariamente falló aquí —la consecuencia de su descuido en considerar el carácter de red de la industria— por la diferencia entre sus estimados de costos y ganancias y los estimados propuestos por American que consideraron íntegramente los costos de operación de American y los costos de mantenimiento de la red.

Nuevamente, esto es útil para esbozar la naturaleza de la competencia en la industria aérea. Desde que se implementaron las políticas generales de desregulación de las aerolíneas, gran parte del mercado aéreo en los Estados Unidos ha evolucionado sus rutas desde el centro de todo su sistema⁹³. Varias aerolíneas nacionales han establecido rutas en ciudades que generan un tráfico sustancial o son de otra manera centralmente localizadas. El tráfico hacia o desde las más grandes ciudades —por ejemplo Nueva York o Los Ángeles— es suficiente para mantener rutas para más de una línea aérea. Las rutas, entonces, proveen servicios conectando juntas un número de grandes y pequeñas ciudades a través de una serie de grandes y pequeñas capacidades de radio. La práctica básica para el sistema es que, aunque puede ser solamente un pequeño número de pasajeros el que en cualquier momento desea viajar entre dos ciudades al final del radio de alcance, éstos pueden ser unidos en la ruta con pasajeros de otras ciudades dentro del radio para poder mantener una mayor frecuencia del servicio en las ciudades dentro del radio más pequeñas. Existe una sustancial competencia entre las aerolíneas aéreas por

⁹¹ *United States v. AMR Corp.*, 140 F.Supp.2d 1141 (D.Kan. 2001).

⁹² Este es el estándar establecido en *Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed. 168 (1993).

⁹³ Conversaciones con Michel E. Levine han incrementado vastamente mi entendimiento de esta industria. Ver LEVINE, Michel. "Airline Competition in Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy and Public Policy". En: *Yale Journal of Regulation* No. 4. 1987. p. 393.

la mayoría de ciudades dentro del radio en sus redes, aunque el nivel de competencia entre las aerolíneas nacionales en rutas proveen escalas en ciudades más pequeñas –por ejemplo, una aerolínea puede ofrecer vuelos frecuentes; otra, ofrece mucho menos frecuencia. Sin embargo, algunas de las ciudades pequeñas que cuentan con porcentaje relativamente pequeño del total del tráfico son conectadas solamente por uno o dos centros de la red. Además de esta competencia de las redes por las rutas con tráfico denso, la mayoría de las aerolíneas nacionales también enfrentan la competencia de empresas con costos más baratos que operan algunos vuelos en rutas con tráfico elevado y otros vuelos entre dos ciudades específicas⁹⁴.

La moderna industria aérea, así, puede ser considerada como contexto de un grupo de redes competidoras que incluye además un grupo de aerolíneas que no pertenecen a ninguna red pero que también compiten en un mercado de mayor tráfico. Cada una de las aerolíneas nacionales se especializa en proporcionar servicios sobre un grupo específico de ciudades, colocando sus centros en aquellas ciudades que generen un tráfico mayor o estén mejor localizadas para efectuar la conexión con otras ciudades haciendo de su sistema uno más amplio⁹⁵. Existe una competencia sustancial entre esas redes sobre rutas de ciudades que abarcan un gran porcentaje del total del mercado donde el centro de las redes se ubica; pero menos competencia sobre otras rutas importantes para mantener la red aérea⁹⁶. Los operadores de menores costos⁹⁷ proveen el servicio en viajes restringiéndose a vuelos entre dos ciudades intentando ofrecer el servicio con cuidado. Tienen rutas de dos ciudades.

Como se describió anteriormente, el gobierno presentó dos demandas contra American: primero, que las prácticas de American para enfrentar las tarifas de los

operadores de menores costos e incrementar su capacidad en siete rutas fueron predatorias; segundo, que la estrategia para enfrentarse en las siete rutas estableció un precedente que había desbaratado los planes de entrada de los operadores de menores costos en otras cuarenta rutas. El caso fue resuelto en un juicio sumario. Tanto el Departamento de Justicia como American presentaron reportes elaborados por expertos que relacionaron los costos y las ganancias de las siete rutas. El Departamento de Justicia, usando una medición interna americana denominada FAUDNC – *Fully Allocated Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*– pretendió demostrar que las ganancias generadas por las tarifas de American comparadas con sus costos eran negativas en esas rutas. American presentó una medición de costos alternativa denominada VAUDNC –*Variable Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*– que de hecho fue la medida apropiada; ésta mostró ganancias netas positivas para cada una de las rutas⁹⁸. El resultado del caso, por tanto, se dirigió a determinar cuál era la medición correcta para evaluar si American había desarrollado una práctica predatoria con sus precios, si la medición de costos planteada por el gobierno o la planteada por American.

De acuerdo con la Corte, la principal diferencia entre estas dos mediciones era que la medición del gobierno incluía una distribución de los costos de la red: los gastos de operación generales incurridos en la gestión de la aerolínea, particularmente uno referido al centro y radio de la red, no habían sido manejados (...) para operar o no operar un vuelo particular o una ruta. Ejemplos de este tipo de gastos en los que American incurrió incluían al despacho, a las oficinas de venta de pasajes, ciertas estaciones de gastos, una parte de los pagos a los pilotos y otros costos laborales, ciertos gastos de mantenimiento, la academia de pilotos de

⁹⁴ Como ejemplo de la competencia en el sistema, en octubre de 2002, los vuelos disponibles de tres aeropuertos de Nueva York (La Guardia, Kennedy y Newark) con destino a Los Ángeles fueron los siguientes: las empresas nacionales dominaban el servicio: American ofrecía 14 vuelos sin escala; United, 13; y Continental, 12. Hubo menos servicio por otras empresas nacionales: Delta ofreció 6 vuelos sin escala; Northwest, 1. Varias de las empresas con bajos costos ofrecían servicios sin escala; America West ofreció 3 vuelos, Spirit, 2; National, 2; Trans States, 1; y Trans Air, 1. Hubo aparte un servicio sin escala desde Nueva York hacia los cercanos aeropuertos de Long Beach y Ontario: American ofreció 2 vuelos a Long Beach y 1 a Ontario; la empresa de menores costos, Jet Blue, ofreció 6 vuelos a Long Beach y 1 a Ontario. Asimismo, Continental ofreció 3 vuelos sin escala de Nueva York a Orange County; American, Delta y United sólo 1. American también ofreció 40 vuelos conectados desde Nueva York hacia Los Ángeles a través de sus centros de operación en Dallas y Chicago. Datos extraídos de "North American Executive Flight Guide". Octubre 2002. pp. 413-414, 451.

⁹⁵ Por ejemplo, la Corte en el caso de American Airlines señaló que, en el tercer cuarto del año 2000, American ofreció servicios sin escala desde su centro en Dallas hacia 79 ciudades de destino con 467 vuelos diarios y 40 destinos adicionales con 237 vuelos diarios a través de su línea afiliadas American Tagle. *U.S. v. AMR Corp.*, 140 F.Supp. 2d 1141, 1147 (D.Kan. 2001). En octubre de 2002, American voló sin escala a 82 ciudades de Estados Unidos, a 19 ciudades en Sudamérica y el Caribe y a otras 13 ciudades internacionales. Dato derivado de "North American Executive Flight Guide". Octubre 2002. pp. 158-171.

⁹⁶ Por ejemplo, un pasajero que desea viajar de Portland-Maine hacia Saint Louis-Missouri puede obtener razonablemente una frecuencia (de 2 a 5 salidas por día) de servicio con escala por parte de cada una de las seis redes de aerolíneas más importantes a través de varias ciudades conectadas: American, a través de Boston, Chicago, Cincinnati, o Nueva York; Continental, a través de Albany o Nueva York; Delta, a través de Atlanta o Cincinnati; Northwest, a través de Detroit; United, a través de Chicago; y US Air, a través de Detroit, Philadelphia, Pittsburgh o Washington. A diferencia de estos vuelos, los operadores de costos bajos proveen competencia segmentada. Así, Southwest ofrece el servicio entre Chicago, Detroit y Washington a Saint Louis. Tomado de "North American Executive Flight Guide". Diciembre 2002. Este ejemplo fue sugerido por Michael Levine.

⁹⁷ Southwest es un operador de costos bajos, pero ha establecido un importante centro en Baltimore que de alguna manera es comparable con los centros de las aerolíneas nacionales. Por ejemplo, Southwest no incurre en costos para facilitar conexiones a sus pasajeros; los pasajeros pueden hacer conexiones a un precio menor pero mucho menos conveniente que aquellas conexiones que son proporcionadas por las aerolíneas de redes. Podemos calificar a Southwest como un operador que funciona en una casi-red.

⁹⁸ 140 F.Supp.2d pp. 1202-1203.

American, el mantenimiento del simulador de vuelos, las inversiones gerenciales y otros sistemas computarizados, y ventas y publicidad⁹⁹.

La Corte aceptó que el estándar para evaluar si los precios establecidos por una empresa eran o no predatorios estaba determinado en caso éstos estuvieran por debajo del promedio de sus costos variables y encontró que la medición de ganancias de American, en lugar de la del gobierno, era más estrictamente aproximada al costo variable estándar. La Corte también sostuvo que la intención por la cual American compitió con los operadores de menores costos no debería ser penalizada. La Corte enfatizó que American sólo había enfrentado las tarifas más bajas¹⁰⁰. El gobierno demandó que, además, American había incrementado su capacidad en esas rutas, pero la Corte no creyó que tal incremento de capacidad debiera ser considerado como una violación al Derecho *Antitrust*¹⁰¹. La Corte desestimó sumariamente la teoría de la amenaza competitiva del gobierno¹⁰².

¿Qué hacer con el caso del Departamento de Justicia? La práctica de American de enfrentar las tarifas de los operadores de costos más bajos hasta que éstos salieran del mercado tiene de alguna manera la apariencia de las prácticas clásicas de precios predatorios. Sin embargo, la semejanza desaparece cuando es considerado el carácter de red de la industria. Como muchas otras redes, la red de líneas aéreas requiere tanto de una sustancial inversión inicial como de continuas inversiones y gastos de operación comunes en las redes para atender su mantenimiento. Estos costos no pueden ser específicamente atribuidos o imputados a la provisión del servicio sobre cualquier ruta particular de la red. Las redes de líneas aéreas tienen dos formas de restringir su capacidad. En un nivel más bajo, cuando un avión es destinado a una ruta en un momento particular, la aerolínea tiene sustanciales incentivos para llenar los asientos toda vez que cualquier asiento vacío representa una pérdida en la ganancia marginal¹⁰³. Esta coacción explica la plétora de tarifas promocionales, especialmente las tarifas de último minuto, ahora disponibles en Internet.

La segunda restricción de capacidad está relacionada con la operación de la red como un todo. La línea aérea deseará definir su red así que, sobre la carrera, ésta

genera suficientes viajes agregados para mantener la integridad del sistema. Así, ésta puede determinar a qué ciudades puede ampliar sus vuelos y el número y tamaño de sus vuelos por aquellos radios que generarán el tráfico suficiente para mantener la red.

La línea aérea debe incluir en su tarifa el agregado de su estructura distribuyendo los costos comunes de la red, por supuesto, incrementado los costos de operación de sus vuelos en cada radio. Ya que los pasajeros con distintos itinerarios son acomodados en cada vuelo dentro del radio, incluso la mayoría de los costos incrementales no pueden ser estrictamente atribuidos a una ruta específica de dos ciudades. Estos costos comunes de las redes fueron incluidos en la medición FAUDNC del gobierno, la cual incorporó el 97% o 98% del total de costos de American, pero no fueron incluidos en la medición VAUDNC de American, la cual incorporó sólo el 72% del total de costos¹⁰⁴. La Corte presentó otra descripción de esa diferencia. La medición FAUDNC incluyó "gastos fijos para el mantenimiento de las facilidades de American (...) incluyendo renta, sistemas de cómputo, comunicaciones y facilidades esenciales (...) [y] limpieza exterior". Además, los gastos de American relacionados a su sistema consistían en un amplio rango de actividades que requería la operación de una gran compañía aérea tal como sus centros de operaciones y su radio. Ello incluía gastos gerenciales, de supervisión y de tipo administrativo asociados con el espacio de sus aviones de carga... así como con el servicio de atención al cliente. Además, esta categoría incluye funciones tales como oficinas de marketing y ventas, capacidad de planeamiento, comunicaciones corporativas, gastos y producción gerenciales, operación de los vuelos y seguridad, diseño de las cabinas y organización de su tripulación. La publicidad para los pasajeros es también parte de esta categoría¹⁰⁵.

La Corte creyó que American distribuyó estos costos comunes de la red arbitrariamente sobre rutas¹⁰⁶, pero esto es altamente improbable. Uno imaginaria que la determinación de las tarifas de American podría representar algún esfuerzo para lograr una restricción de la competencia, sin embargo, los precios Ramsey con el componente de la red distribuyen los costos como una manera de minimizar el declive de la curva de su demanda¹⁰⁷.

⁹⁹ Ibid. p. 1176.

¹⁰⁰ Ibid. p. 1207.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibid. pp. 1215-1218.

¹⁰³ Obviamente, se puede ajustar el tamaño de los aviones que son destinados a una ruta y el número de vuelos por día, el sometimiento de la capacidad de la red fue discutido anteriormente. Una vez que la aerolínea ha destinado el vuelo, ésta tiene todos los incentivos para llenar el avión mediante precios agresivos.

¹⁰⁴ 140 F.Supp.2d pp. 1174, 1176.

¹⁰⁵ Ibid. pp. 1176-77.

¹⁰⁶ Ibid. p. 1176.

¹⁰⁷ Para una interesante discusión de este problema y de los efectos del bienestar general de la distribución de costos en un sistema de servicios complejos ver LEVINE, Michael. "Price Discrimination Without Market Power". En: Journal Law of Regulation No. 19. 2002. p. 1.

La práctica de precios de American en respuesta a los operadores de costos más bajos, así, debe ser vista desde una perspectiva diferente. American respondió a las tarifas más baratas cambiando la recuperación de sus costos comunes de red para otras rutas lejanas de las rutas en las cuales ésta fue restringida de recobrarlas debido a la competencia de los operadores de costos más bajos. Ello se hizo en orden a mantener el suficiente volumen de pasajeros y contribuir a los costos comunes de mantenimiento de su más amplia red. Como ha sido mencionado, la Corte encontró que, dejando de lado los costos generales de la red, las ganancias netas de American en las rutas competitivas arrojaban como resultado un rendimiento positivo¹⁰⁸. Después de que los operadores de costos menores salieron del mercado, American redistribuyó los costos generales de su red tal como habían estado distribuidos en un momento previo al inicio de la competencia.

Existen varias inferencias disponibles de esta historia con el propósito de evaluar los efectos del bienestar social. Primero, aparece como principal diferencia entre las tarifas pre-competitivas de American y las tarifas de los operadores de costos menores el costo general de la red en el que tiene que incurrir American, costo en el que precisamente no incurren los operadores de costos menores toda vez que éstos no proveen sus servicios a través de una red¹⁰⁹. La red de American provee valor a sus consumidores, sin embargo, como queda reflejado en el hecho que, a tarifas equivalentes los consumidores prefieren volar en la red de American, en lugar de quedarse con las aerolíneas de menor costo, que salieron del mercado. Esta historia también sugiere que, antes que American también reduzca sus tarifas, los operadores de costos menores fueron esencialmente unos *free riders* de la red de American. Sus consumidores fueron tomando ventaja de las menores tarifas que ellos ofrecían aprovechando los radios de la red de American, y fueron usando la red de American para el resto de sus viajes. Con tarifas equivalentes, tales consumidores prefirieron concentrar sus viajes en la red de aerolíneas que podía satisfacer más sus necesidades de viaje. De otra manera, los consumidores habrían sido indiferentes entre American y los operadores de costos menores después que American bajó sus tarifas. Tarifas bajas en una ruta entre dos ciudades específicas pueden solamente mantenerse en competencia con una red si existen suficientes viajes entre estas ciudades no relacionados al acceso a la red de American. El incremento de la capacidad de American fue una respuesta al incremento del tráfico

por las tarifas más bajas y no precisamente por un ánimo predatorio, tal como la Corte lo sostuvo. El hecho que American subiera sus tarifas nuevamente después del fracaso de los operadores de costos menores representa solamente una redistribución de los costos generales de la red en esas rutas, totalmente apropiada ya que la existencia de la red beneficia a todas las rutas en el sistema.

Como mencioné, la Corte hizo énfasis en que American había solamente enfrentado, sin ánimo predatorio, las tarifas de los operadores de menores costos. Si nosotros creemos que existen beneficios al consumidor de la reducción de las tarifas para el mantenimiento de la red, ¿hay razón alguna para limitar esa reducción que solamente enfrentó tarifas más bajas, como opuesto a simplemente recortar las tarifas? Si uno está totalmente seguro de la existencia de beneficios positivos provenientes de la existencia de la red, los precios más bajos forzarían a los operadores de menores costos a salir más rápido del mercado, y eso puede ser beneficioso¹¹⁰. Una regla legal que restrinja a las empresas de redes a solamente enfrentar tarifas, sin embargo, puede ser útil en el establecimiento de un *test* de mercado para determinar el valor de la red para los consumidores. Con tarifas iguales, los pasajeros cambiaron a los operadores de menores costos por American en suficiente volumen para generar que los primeros se vayan del mercado. Este cambio, nuevamente, demuestra la existencia de beneficios para los consumidores de la red de American. Si American tuvo que reducir las tarifas de los operadores de menores costos, el beneficio puro de la red no hubiera sido tan evidente.

Nuevamente, por ignorar que las prácticas de American fueron desarrolladas en el contexto de una red, el Departamento de Justicia hizo un mal diagnóstico de los efectos en el bienestar de los consumidores generados por las tarifas competidoras de Dallas en su integridad. El mal diagnóstico generó que la posición del Departamento fuera desesperadamente impráctica. Si bien es verdad, como un tema de doctrina, que no existe defensa de equiparar la competencia en los casos de la Sección 2, la defensa de equiparar a la competencia es defendible bajo el mero sentido común. Como la Corte preguntó, ¿no es natural esperar que una empresa enfrente un nuevo competidor a través de su precio? El cargo por amenaza competitiva presentado por el Departamento fue igualmente impráctico. Esta dificultad de ver qué fue añadido en

¹⁰⁸ 140 F.Supp.2d p. 1175.

¹⁰⁹ Michael E. Levine me informó que los operadores de costos más bajos tienen menores costos laborales por la ausencia de sindicalización. Así, American debe lograr otras eficiencias en su operación para estar habilitada a enfrentar las tarifas y obtener un rendimiento positivo.

¹¹⁰ Este punto es similar a la política de prohibición de entrada en redes reguladas.

¹¹¹ La demanda del Departamento sobre la estructura del gobierno corporativo de Visa y Master Card fue insignificante.

el caso para sostener que las prácticas ilegales de American en las rutas de Dallas constituían una amenaza que restringía la entrada a otras rutas. Si el Departamento hubiera tenido éxito en probar la ilegalidad con respecto a las prácticas de Dallas, American hubiera sido forzado a detenerlas. Cualquier amenaza futura desaparecería. Pareciera que la ambición de la teoría de la amenaza competitiva del Departamento fue proporcionar una causa privada de acción para los operadores de menores costos los cuales nunca entraron en competencia con American, este fue el objetivo fuertemente defendido por el Departamento.

III. CONCLUSIÓN: EL EXPEDIENTE DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE CLINTON REVISADO

Las demandas en estos tres casos contra empresas de redes por el Departamento de Justicia de Clinton, por supuesto, requirió la inversión de importantes recursos del estado e implicó importantes gastos en defensa por parte de las empresas demandadas. Es lamentable que hayan sido muy pocos los aspectos positivos mostrados por este esfuerzo. Los fracasos se derivan, a mi juicio, de una inadecuada consideración del Departamento sobre los beneficios prácticos de la operación de las respectivas redes.

En el caso Microsoft, el Departamento hizo frente a una red de sistema operativo y reconoció que había alcanzado el estatus de un monopolio natural, sin basarse en prácticas de restricciones artificiales. A pesar de que resultaba claro que el monopolio se generó a partir de la estandarización generada por los beneficios de la red, el Departamento solicitó una reestructuración de la empresa para estimular el desarrollo de plataformas competidoras. En el caso Visa/Master Card, el Departamento hizo frente a una industria caracterizada por una agresiva competencia entre cuatro redes generales y entre miles de bancos dentro de dos de ellas. Contrariamente a sus objetivos en el caso Microsoft, el Departamento solicitó eliminar las divisiones entre las redes competidoras para permitir a American Express y Discover una elección dentro de las redes de Visa y Master Card¹¹¹. Finalmente, en el caso American Airlines, el Departamento por lo visto descuidó el contexto de red de la industria de aerolíneas por completo para su propio daño ya que las bases sobre las cuales la Corte desestimó su demanda fueron sustentadas en

la necesidad de American de incurrir en costos para mantener su red.

En la década pasada, se ha desarrollado una importante literatura sobre la economía de las industrias en red¹¹². Sin embargo, gran parte de esta literatura se ha focalizado en la mayoría de nuevos tópicos de la red tales como "*tipping*", "*first-mover effects*", "*lock-in*", y similares. Estos tópicos son de sustancial interés académico, pero son esencialmente esotéricos y no tratan con entendimiento práctico cómo las redes son organizadas y cómo éstas operan. A la fecha, la literatura sobre industrias de redes tanto en economía como en derecho ha fallado en desarrollar bases prácticas importantes para entender qué intervenciones legales servirán para incrementar los beneficios de los consumidores proporcionados por la red¹¹³.

Los tres casos iniciados en contra de empresas en red por el Departamento de Justicia de Clinton no han significado tampoco ningún avance en este entendimiento práctico. En efecto, creo que la ambición del Departamento en cada uno de estos casos fue contraproducente. En el caso Microsoft, el Departamento solicitó remedios que reestructurarían la industria para imponer alguna forma de competencia en un contexto que parecía ser un monopolio natural de sistemas operativos. En Visa/Master Card, el remedio del Departamento habría disminuido la competencia de la red por dejar participar a American Express dentro de las redes de Visa y Master Card o por permitir a American Express o a Discover eliminar porciones de las asociaciones para su propia ventaja. Finalmente, en American Airlines, el remedio del Departamento – impedir a American redistribuir los costos de mantenimiento de su red– hubiera conducido a la erosión de la red.

A la fecha, estos esfuerzos han sido por lo general desbaratados por las Cortes, aunque, hasta este momento, dos de los Estados litigantes han interpuesto recursos de apelación contra Microsoft que buscan resultados mayores a los pocos rigurosos remedios de conducta impuestos en el acuerdo tomado con el Departamento de Justicia¹¹⁴, y con respecto a la fusión selectiva de American Express con Visa y Master Card ésta todavía puede ser revocada en la apelación. Las bases sobre las cuales las Cortes respectivas detuvieron las mal dirigidas demandas del Departamento, lamentablemente, no se sustentaron en el entendimiento de la operación de las redes, sino en

¹¹² Ver por ejemplo KATZ, Michael L. y Carl SHAPIRO. "Systems Competition and Network Effects". En: J. Econ. Persp. No. 8. 1994. p. 93; ECONOMIDES, Nicholas. "The Economics of Networks" En: Int.J.Ind.Organ. No. 14. 1996. p. 673.

¹¹³ Para un útil inicio en este punto ver WHITE, Lawrence J. "U.S. Public Policy toward Network Industries". 1999.

¹¹⁴ Aunque, en mi opinión, con muy poca probabilidad de éxito.

una combinación de intuición y precaución judicial. La Corte de Apelaciones del Circuito de Washington en el caso Microsoft intuyó que era una dificultad conocer el *know how* para configurar un producto de información tal como un sistema operativo y advirtió los problemas de condenar el diseño del producto por la doctrina de la atadura. Con una admirable moderación judicial, ésta exigió al Departamento probar el beneficio de los consumidores antes de dictar una orden para la separación de Microsoft. Enmarcado en este desafío –desafío que debió haber dirigido antes de presentar la demanda– el Departamento de desistió de su demanda. La Corte de Distrito en el caso American Airlines también intuyó que la conducta de precios de American había sido implementada para enfrentar las tarifas de los operadores de menores costos y que estuvo relacionada con los costos de

mantenimiento de su red y desestimó la demanda del Departamento. La Corte en el caso Visa/Master Card, por el contrario, desde mi punto de vista se distrajo en una inútil definición del mercado relevante, ignoró la intuición que hubiera seguido al observar una alta competencia en la industria de tarjetas de crédito. Nuevamente, espero que esa regla sea revocada.

El Departamento de Justicia de Clinton fracasó en estos casos y limitó la contribución en la formación de una jurisprudencia *antitrust* que evalúe más cuidadosamente el funcionamiento de las industrias de redes. Si nuestra economía es dominada por las redes, nosotros necesitamos un entendimiento más sólido del que existe actualmente sobre cómo las normas del Derecho *Antitrust* pueden ser empleadas para incrementar los beneficios que genera la red a los consumidores.

DERECHOS DE PROPIEDAD EN TECNOLOGÍAS DE PLATAFORMA EMERGENTES*

Douglas G. Lichtman **

Cuando una nueva tecnología de plataforma empieza a desarrollarse, surgen una serie de interrogantes, ¿Deben estar estas tecnologías protegidas por los derechos de autor?, ¿Qué ámbito es el que debe protegerse exactamente?, ¿Con qué mecanismos cuentan los dueños de las patentes para defender sus derechos de autor?, ¿Cómo interpretan los jueces la legislación acerca de propiedad intelectual y cómo deberían interpretarla?, ¿Quiénes deben estar autorizados de desarrollar periféricos compatibles con las plataformas?, ¿Quiénes deben tener la facultad de regular los precios?, ¿De qué manera se ven afectados los precios y ventas de una empresa por las decisiones de fijación de precios de otras?, ¿Cuál es el mejor mecanismo para generar más utilidades cobrando precios más bajos? etc.

A estas y más preguntas responde Douglas Lichtman en este artículo gracias al análisis de una serie de sucesos conocidos como la derrota de Apple en manos de IBM y de jurisprudencia sumamente relevante para este tema como los casos de Sage Products vs. Devon Industries, Sega Enterprises Ltd vs. Accolade, Inc., Atari Games vs. Nintendo entre otros.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Journal of Legal Studies No. 29. p. 615, bajo el título "Property Rights in Emerging Platform Technologies». La publicación se hace bajo expresa autorización del Journal of Legal Studies y de Douglas G. Lichtman. La traducción fue realizada por Michelle Salcedo Teullet, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Álvaro Salcedo Campodónico, Ph.D. en Economía, Universidad de Hamburgo. Agradecemos al doctor José Juan Haro por habernos recomendado el presente artículo para su publicación.

** J.D., 1997, Yale Law School. Profesor Asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago. Agradecimientos especiales a Marshall van Alstyne por numerosas conversaciones en las que la naturaleza de la externalidad descrita aquí fue descubierta por primera vez, y a John Pfaff por una excelente asistencia en la investigación. Sinceros agradecimientos a los lectores Douglas Baird, Scott Baker, Daniel Fischel, Wendy Gordon, Deb Healy, Mark Janis, William Landes, Gene Lee, Saul Levmore, Anup Mulani, Casey Mulligan, Randall Picker, Eric Posner, y Richard Posner, y a los participantes de taller en USC, University of Chicago, y SSRN Workshop in Applied Economics.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que Apple perdió contra IBM, las compañías especializadas en tecnología han reconocido el importante rol que juegan las innovaciones de terceros en el desarrollo de tecnologías de “plataforma” emergentes¹. La historia es muy bien conocida hoy en día. Apple diseñó sus primeras computadoras *desktop* con puertos *hardware* de fácil acceso y un sistema operativo accesible; el propósito era facilitar el desarrollo, de parte de terceros, de accesorios compatibles de *hardware* y *software*. Pero cuando IBM entró al mercado de computadoras diseñadas para el hogar, Apple decidió que su mejor estrategia era ofrecer un producto más integrado. De este modo, el mismo año en que IBM develó la IBM PC —una máquina con ranuras de expansión incorporadas para *hardware* y especificaciones de *hardware* y *software* muy bien publicitadas— Apple presentó la Macintosh, una unidad que, en sí misma, contaba con ciertas ventajas sobre la IBM PC, pero que era notablemente menos accesible al desarrollo por parte de terceros. En pocos años, cientos de dispositivos disponibles, de *hardware* y *software*, hicieron de la IBM PC la plataforma dominante en el mercado de las computadoras diseñadas para el hogar².

La propuesta de IBM —conocida hoy como arquitectura abierta— ha sido el foco de atención de los últimos años, tanto en Wall Street³ como en Silicon Valley⁴. Sin embargo, a pesar de toda esta atención, la legislación sobre propiedad intelectual no la ha tomado en cuenta. Esto es problemático, no sólo porque significa que esta legislación no le sigue el paso a las prácticas industriales actuales — en el mercado de las *handheld computers*, por ejemplo, tanto Palm⁵ como Handspring⁶ han hecho públicas las especificaciones de interfase para sus respectivas computadoras— sino también porque resulta que la estrategia tiene un defecto significativo cuyas consecuencias pueden ser mitigadas, en muchos casos, sólo si varias doctrinas acerca de patentes y derechos de autor son reajustadas para reflejar, de la manera más conveniente, la dinámica de la estructura del moderno mercado de plataformas y periféricos.

Para ver todo esto, piénsese primero en los precios de los periféricos. Cuando cualquier mercado de periféricos empieza a desarrollarse, los creadores de *hardware* y *software* disfrutan de una discrecionalidad significativa al establecer sus precios, en lugar de verse obligados, por presiones competitivas, a cobrar costos marginales. Esto es verdad en gran medida porque la primera empresa en identificar cualquier categoría de componentes con valor adicional es un monopolista hasta que otras compañías crean bienes comparables. Dicha discrecionalidad no sería inquietante, si no fuera por el hecho de que cada decisión relativa a la fijación de precios de cada empresa afecta las ventas de todas las otras firmas. Si una empresa determinada cobrara un precio menor, los consumidores serían más propensos a comprar la plataforma asociada y, por lo tanto, más propensos a luego adquirir los periféricos de otras compañías. Esta es una externalidad: es una consecuencia de la decisión de fijación de precios de cada compañía, que es ignorada cuando cada empresa establece su propio precio⁷.

Lo que esto quiere decir —y aquí continuemos centrándonos en la externalidad de la fijación de precios, aunque se podrían sostener discusiones paralelas respecto a las decisiones relativas a la calidad de los productos, inversiones publicitarias, etc.— es que en mercados basados en tecnologías de plataforma emergentes, los desarrolladores terceros, como un conjunto, cobrarán precios demasiado altos. De este modo, si estas firmas pudieran internalizar la externalidad, entonces:

- cobrarían precios más bajos, resultado que beneficiaría a los consumidores en un sentido distributivo e incrementaría la eficiencia al reducir la brecha entre el precio y el costo marginal;
- y tendrían mayores ganancias, dado que, bajo supuestos razonables, cada empresa perdería dinero como resultado de su propia baja de precios, pero ganaría mucho más gracias al incremento de las ventas ocasionado por la recíproca reducción de precios de otras compañías.

¹ Para el propósito de este artículo, el término “plataforma” se refiere a cualquier objeto que un consumidor pueda adquirir, contra el pago respectivo, para ampliar el valor de un número determinado de bienes adquiridos por separado; el término “periférico” se refiere a los bienes adquiridos cuyo valor es ampliado de esa manera. Los VCRs, las computadoras *desktop* y los sistemas operativos son, por lo tanto, “plataformas” mientras que las películas de video, los módems, y las aplicaciones de *software* (programas) son todos “periféricos”.

² Esta información fue extraída de NORTON, Peter. “In Praise of an Open Lotus 1-2-3 Aftermarket”. En: 4 Pc Week, 32. 1987; GIBSON, Steve. “The Macintosh’s Nubus Delivers on Apple’s Open Architecture Promise”. En: InfoWorld, 10. 1987; “Open Architecture: Room for Doubt”. En: 2 PC Week, 20. 1985; SANGER, David. “Will I.B.M. Shift Strategy?”. En: The New York Times. 22 de Marzo de 1984. p. D-2.

³ Véase por ejemplo < Citas al análisis de Wall Street de Palm y Handspring, incluidos aquellos de ZDNet>

⁴ Véase por ejemplo < Citas a varios artículos técnicos acerca de arquitectura abierta y fuente abierta>

⁵ Las especificaciones de interfase para la línea de *handheld computers* de Palm está disponible, sin costo alguno, en la página web de la compañía, www.palm.com (visitada por última vez el 1 de Octubre de 1999).

⁶ Las especificaciones de interfase para la unidad *handheld*, recientemente develada, de Handspring están disponibles, sin costo alguno. Véase www.handspring.com (visitada por última vez el 1 de Octubre de 1999)

⁷ Nótese que ésta no es una “externalidad pecuniaria”, como es definido tradicionalmente ese término. Véase MAS-OLELL, Andreu y otros. En: “Microeconomic Theory”, No. 352. 1995.

La coordinación de precios incrementaría, así mismo, el ritmo de innovación, dado que mayores ganancias *ex post*, significarían mayores incentivos para ingresar el mercado *ex ante*; y, a través tanto de precios bajos como de innovaciones más rápidas, se incrementaría también el índice de adopción de plataformas.

La coordinación de precios es posible en la mayoría de mercados de periféricos. Las empresas pueden, por ejemplo, contratar o integrarse. Pero la coordinación es virtualmente imposible en mercados basados en tecnologías aún emergentes. El problema es que nunca se da la posibilidad de juntar a todas, o a casi todas, las firmas afectadas para negociar una reducción de precios beneficiosa para todos, porque, en esta etapa temprana, las empresas están entrando y saliendo del mercado constantemente. Obviamente, una empresa que está actualmente en el mercado no puede coordinar con una que aun no ha ingresado a él; pero dadas estas condiciones, tales negociaciones son sumamente importantes ya que la decisión de los consumidores sobre si comprar o no una tecnología de plataforma emergente está normalmente basada tanto en las expectativas del consumidor con respecto al precio, la calidad y la disponibilidad de futuros periféricos, como en el precio y calidad de los periféricos ya disponibles.

La negociación entre grupos de compañías en el mercado en cualquier momento sigue siendo una opción; pero estas negociaciones por sí solas resultarán, en gran medida, ineficaces. Después de todo, las empresas actualmente presentes en el mercado serán siempre reacias a bajar sus precios por temor a que cualquier reducción que logren sea contrapesada por un alza de precios de empresas que aparecerán en el futuro. Esta es, a decir verdad, la externalidad en acción: precios más bajos para periféricos existentes llevan a incrementar la demanda de la plataforma lo que a su vez lleva a incrementar la demanda de periféricos futuros; ese incremento tienta a las futuras empresas a subir sus precios, y esos precios más altos minan los beneficios de la reducción de precios original. Nótese que este mismo problema hace que la integración vertical sea inviable. El dueño de la plataforma podría en teoría adquirir los derechos de los vendedores de periféricos existentes en ese momento y bajar así los precios de sus periféricos; pero cuando nuevos vendedores de periféricos entraran al mercado, estos cobrarían precios correspondientemente más altos, eliminando

o reduciendo de esta manera los beneficios de la integración original.

¿Dónde nos deja esto? Los argumentos anteriormente presentados se combinan para sugerir que las estrategias puras de arquitectura abierta decididamente no son la mejor opción. La mejor manera para el dueño de una plataforma de introducir una nueva tecnología de plataforma podría ser, efectivamente, hacer que la creación de accesorios de *hardware* y *software* sea rentable para un amplio número de compañías no identificadas⁸; pero, lograr ese objetivo volviendo públicamente disponibles las especificaciones técnicas de las plataformas lleva a la ineficiencia. Cada vez más, los consumidores se enfrentarán a precios innecesariamente altos. Cada vez más, los vendedores de periféricos obtendrán ganancias innecesariamente bajas.

Los dueños de las plataformas deciden sin embargo, utilizar el método de arquitectura abierta, porque, bajo las normas legales vigentes, no cuentan con una mejor alternativa. En lugar de revelar información de interfase, estas empresas deberían utilizar esa información como palanca, compartiéndola con todo tercero interesado, bajo la condición de que estas empresas participen de una especie de programa de reducción de precios o repartición de ganancias. Pero la legislación en materia de propiedad intelectual se cruza en el camino. Sin considerar siquiera la posibilidad de una coordinación socialmente beneficiosa, el moderno régimen de propiedad intelectual mina la influencia de los dueños de plataformas al permitir que compañías sin autorización "deconstruyan la ingeniería"⁹ de la plataforma y, de ese modo, desarrollen periféricos compatibles, sin contar con la autorización del dueño de la plataforma. Peor aún, cada vez que los dueños de plataformas intentan compensar ello —por ejemplo, requiriendo que los compradores de plataformas consientan en utilizar la plataforma sólo con periféricos autorizados— los tribunales interpretan la doctrina acerca de propiedad intelectual para obstruir el reajuste, una vez más, sin siquiera considerar la posibilidad de que normas más amplias de propiedad intelectual puedan facilitar una forma beneficiosa de coordinación de precios.

Entonces, la discusión aquí no radica en que todos los dueños de plataformas deberían poder decidir qué compañías están autorizadas a desarrollar periféricos compatibles. Tampoco radica en que los dueños de plataformas tengan control total con respecto de las

⁸ "Reconociendo el rol crucial que, en nuestro éxito, juegan los terceros desarrolladores, estamos comprometidos a respaldar sus esfuerzos con información, ideas, desarrollo y apoyo de marketing. Su éxito empresarial será también el nuestro". "Nuestro rol es asegurarnos que los artefactos lleguen a las manos de los clientes, crear demanda para nuestra plataforma, y ayudar a crear nuevos usos para el producto a través de la tecnología y la innovación."; "El rol de los terceros desarrolladores es proveer soluciones, periféricos, accesorios u otros productos para *hardware* y *software* que mejoren la plataforma y la facilidad de uso de los artefactos...". En: www.palm.com/devzone/business.html (visitada por última vez el 1 de Octubre de 1999)

⁹ Nota de Traductor: el término utilizado en inglés es *reverse engineer* y se refiere a desarmar la plataforma para entender cómo funciona.

tecnologías de plataforma emergentes –esto es, control sobre la primera generación de las computadoras de mano o la primera puesta en circulación de un nuevo sistema operativo. El punto, por el contrario, consiste en que cuando los tribunales interpreten las normas de propiedad intelectual, reconocidas en el ámbito de las tecnologías de plataforma, deberían considerar la posibilidad de que lecturas más amplias podrían facilitar la coordinación de precios, la cual a su vez, podría llevar a precios más bajos para los consumidores y a ganancias más altas para los productores. Por estas razones, esa posibilidad es especialmente sólida en mercados basados en tecnologías de plataforma emergentes, aunque seguramente existen excepciones a esa regla y, viceversa, escenarios con más tecnologías ya establecidas en los que serían de utilidad estos mismos argumentos.

El argumento tiene consecuencias para un vasto número de doctrinas sobre patentes y derechos de autor, que son considerados más adelante en este artículo. Como lo reconocerían aquellos lectores familiarizados con la literatura acerca de la propiedad intelectual, también tiene consecuencias para un importante debate en el derecho de la propiedad intelectual, un debate que comenzó con un famoso artículo de Edmund Kitch⁹ y atañe a la sabiduría de permitir a los creadores originales coordinar el proceso a través del cual, más adelante, las empresas mejorarán y desarrollarán sus invenciones¹⁰. Ese debate se ha centrado, hasta ahora, en un solo tipo de coordinación: una coordinación diseñada para reducir el desperdicio de recursos que se produce cuando firmas rivales, o repiten las investigaciones la una de la otra, o compiten para ser la primera en completar algún paso incremental. Este artículo introduce un segundo tipo de coordinación al debate: coordinación respecto del precio. El cambio en el énfasis es importante ya que, como otros lo han señalado¹¹, dados ciertos costos de transacción e incertidumbre, la coordinación aguas abajo, como es tradicionalmente concebida, es virtualmente imposible de ser llevada a cabo por un inventor original. Después de todo, los inventores originales, esperando reducir el riesgo de duplicar inversiones subsecuentes, enfrentan la heroica tarea de negociar contratos detallados con cada innovador, evitando que coincidan al especificar exactamente qué camino de investigación está autorizado a seguir cada uno. El tipo de coordinación considerada aquí, en contraste, puede ser lograda en gran medida a través

de medios más manejables. Por ejemplo, el innovador original puede imponer topes de precio atados a categorías toscas de periféricos, desarrollar un plan de partición de ganancias donde el porcentaje de contribución de cada compañía es constante a lo largo de todas las compañías. Así, el argumento presentado acá apoya lo que fue la solicitud original de Kitch: la legislación sobre propiedad intelectual debería, en ciertos casos, atribuirle facultades a los inventores originales para que coordinen el proceso de la innovación resultante.

Este artículo está estructurado de la siguiente manera. La Parte II caracteriza la externalidad que puede provocar que los precios sean extremadamente altos en el mercado de plataformas y periféricos, sin que esto signifique que sean más rentables. Esta parte demuestra que, si bien el efecto se puede dar en una variedad de circunstancias, es particularmente probable en mercados basados en tecnologías de plataforma emergentes. La sección también confirma que la externalidad puede ser significativa, justificando de esta manera la intervención legal. La Parte III expone las implicancias para la legislación en materia de propiedad intelectual, considerando en detalle como las leyes sobre patentes, derechos de autor, marcas y secretos comerciales median en la relación entre los dueños de la plataforma y los desarrolladores de periféricos, y cómo algunos pequeños reajustes en la doctrina acerca de patentes y derechos de autor, podrían facilitar la fluidez de las coordinaciones y de esa manera beneficiar no sólo a los dueños de las plataformas sino también a los terceros desarrolladores y a los consumidores.

II. LA NECESIDAD DE LA COORDINACIÓN

Esta sección empieza con un ejemplo algo estilizado, diseñado para introducir la interacción básica entre plataformas y periféricos. Luego presenta una discusión sobre trabajos y escenarios relacionados y determina el modelo formal que finalmente es presentado en el anexo. La sección concluye con algunas estimaciones relativas al tamaño de las distorsiones de precios y ganancias causadas por la externalidad de demanda.

A. Cómo se relacionan los precios de periféricos

Considérese una sola plataforma y un periférico – digamos, un procesador de textos y la computadora *desktop* correspondiente-. Para mantener las cosas

⁹ KITCH, Edmund. "The Nature and Function of the Patent System". En: *Journal Law & Economics*, No.20. p. 265.

¹⁰ Para una comprensión del debate véase: MERGES, Robert y Richard NELSON. "On the Complex Economics of Patent Scope". En: *Columbia Law Review*, No. 90. p. 839; LEMLEY, Mark. "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law". En: *Texas Law Review*, No. 75. p. 989; MCFETRIDGE, Donald & Douglas SMITH. "Patents, Prospects, and Economic Surplus: A Comment". En: *Journal Law & Economics*, No.23. p.197; SCOTCHMER, Suzanne. "Protecting Early Innovators: Should Second-Generation Products Be Patentable". En: *Rand Journal Economics*, No. 27. p. 322.

¹¹ El punto fue explícitamente hecho por primera vez por Merges & Nelson, *Ibid.*: pp. 874-875.

simples, supongamos que la computadora no tiene un valor intrínseco, así que los consumidores la adquieren únicamente si planean también comprar el procesador de textos. Asíumase que la computadora es vendida a un precio P y que el procesador es vendido a un precio P_{wp} .

La figura 1 es una línea numérica que divide a los consumidores en tres grupos, basándose en cuánto valoran el procesador de textos. El grupo 1 está integrado por consumidores que le atribuyen un valor por debajo de su precio al por menor. Estos consumidores no comprarían el procesador, por más que ya poseyeran la computadora, ya que consideran que el precio del *software* excede su valor. El grupo 2 está compuesto por consumidores que valorizan al procesador de texto en un precio que está por encima de lo que realmente cuesta, pero esto no es suficiente como para justificar la compra de la computadora. A diferencia de los consumidores del primer grupo, los del segundo sí adquirirían el procesador de texto si ya tuviesen la computadora. El grupo 3 consiste en consumidores que valoran tanto el procesador de textos que, sólo por esta razón, están dispuestos a comprar tanto la computadora como el procesador de textos.

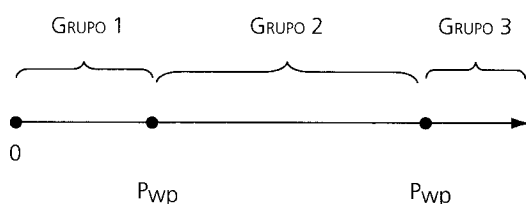


Figura 1. Valoración de los consumidores por un procesador de texto hipotético, representada en una línea numérica que crece de izquierda a derecha y empieza en cero

Ahora introduzcamos un segundo periférico al mercado, esta vez una hoja de cálculo. Para el vendedor del procesador de textos este es un evento sumamente importante. Es cierto, la introducción al mercado de este segundo periférico no afecta el comportamiento de los consumidores ubicados en los grupos 1 y 3¹²; los primeros rehusarán comprar el procesador de texto a pesar de todo y los segundos estaban dispuestos a comprar la computadora incluso antes de que la hoja de cálculo estuviese disponible. Sin embargo, para algunos consumidores en el grupo 2 la hoja de cálculo por sí misma o en combinación con el procesador de textos será razón suficiente para comprar la computadora. En otras palabras, para algunos

consumidores en este grupo, la hoja de cálculo inclinará la balanza, llevándolos a adquirir la hoja de cálculo, la computadora y el procesador de textos.

Esta es la externalidad que motiva este artículo. Piénsese en un consumidor elegido al azar del grupo. Manteniendo constantes los precios del procesador de textos y de la computadora, la decisión de este consumidor sobre si comprar o no el procesador de textos se basa completamente en el precio de la hoja de cálculo. Si la hoja de cálculo resulta barata, según el criterio del consumidor, este podría decidir comprar la computadora, la hoja de cálculo electrónica y el procesador de textos. Si por el contrario, la hoja de cálculo electrónica es vendida a un precio demasiado cercano o por encima del precio que el consumidor considera apropiado para el producto, éste renunciará a los tres componentes. Esta es una externalidad en el sentido en el que es una consecuencia de la decisión de fijación de precios del vendedor de hojas de cálculo que no tiene efecto directo sobre la utilidad del vendedor de hojas de cálculo; en ausencia de coordinación, es por ello una consecuencia que éste ignorará al elegir el precio.

B. Por qué las ganancias podrían subir

El que exista una externalidad en este mercado es, por supuesto, sólo la mitad de la historia; lo que realmente queremos saber es si las empresas pueden alcanzar mayores utilidades con un accionar directo. Esto quiere decir que esta externalidad es interesante, únicamente si resulta verdad que de reducir los vendedores de hoja de cálculo sus precios, las ganancias provenientes de las ventas de procesadores de textos se incrementarían en un número mayor al número en que disminuirían las utilidades provenientes de la venta de hoja de cálculo.

Para responder esta pregunta, necesitamos desarrollar un modelo más formal; esa es la tarea de la siguiente sub-sección. Acá podemos utilizar un análisis más simple para prever los resultados. La externalidad de periférico y periférico surge porque los consumidores están, en esencia, amortizando el costo de una plataforma a través de una serie de decisiones de compra. Esta es la razón por la cual los precios más bajos de periféricos resultan de tanta ayuda: un precio más bajo de periférico permite a los consumidores retener el excedente adicional en una determinada transacción, y ese excedente hace que la plataforma parezca más barata cuando los consumidores están considerando otras compras posibles. La plataforma

¹² Esto tiene algo de simplificado. La existencia de la hoja de cálculo incrementa la demanda de los consumidores por el procesador de textos, si el procesador de textos y la hoja de cálculo son complementarios; y puede disminuir la demanda por el procesador de textos, si el procesador de textos y la hoja de cálculo son sustitutos. Estos efectos son considerados en las siguientes dos sub-secciones.

más barata hace que los consumidores tengan más ganas de comprar, y el efecto se propaga alcanzando a todos los periféricos.

El hecho de que varios periféricos sean compatibles con la misma plataforma es por ello suficiente para establecer la posibilidad de una reducción de precios rentable; bajar un poco los precios tendría un efecto insignificante en los dividendos de cada compañía pero, lo más importante es que esas pequeñas reducciones de precio contribuirían a lo que los consumidores percibirían como una reducción sustancial en el costo total de la plataforma. No obstante, que esa posibilidad pueda percibirse en cualquier escenario dado, depende de la fuerza de dos factores adicionales. Primero, cuando una empresa de periféricos dada reduce sus precios, algunas de las otras firmas son perjudicadas. Supóngase, por ejemplo, que Microsoft redujera el precio de su popular procesador de textos. Los productores de la competencia de seguro experimentarían una baja en sus ventas. A pesar de que los precios bajos de Microsoft produjeran un aumento en la demanda de la mayoría de periféricos haciendo que las computadoras parezcan más baratas, la demanda de estos bienes sustitutos disminuiría. Es verdad, las otras empresas podrían bajar sus precios, pero eso no cambiaría el resultado clave: estas empresas estarían en peor situación en virtud de la hipotética reducción de precios de Microsoft.

Segundo y yendo en la dirección opuesta, cuando una empresa de periféricos dada reduce sus precios, algunas de las otras empresas se ven beneficiadas en formas que nada tienen que ver con el aumento en la venta de plataformas. Para continuar con el ejemplo anterior, para algunos consumidores poseer un procesador de textos hace que ser dueños de una hoja de cálculo sea algo más deseable dado que, juntos, los programas tienen la capacidad de crear mejores documentos que cada programa por sí solo. De esta manera, un precio menor por un procesador de textos significaría un incremento en la demanda de hoja de cálculo por encima y más allá de cualquier aumento causado por el incremento en la venta de plataformas. Las empresas que vendiesen hojas de cálculo se verían más beneficiadas de lo que sugería nuestro análisis inicial.

El hecho que las empresas en general puedan reducir sus precios e incrementar utilidades agregadas, depende entonces del número de compañías en cada una de las categorías mencionadas anteriormente, de

la fuerza de cada efecto y del número de firmas que no pertenecen a ninguna categoría y que son sujetos de ajuste del análisis básico. Esto hace de las observaciones generales algo complejo; no obstante pueden hacerse algunas declaraciones generales. Por ejemplo, en mercados donde los consumidores tienden a tener preferencias sólidas hacia algunos periféricos en particular, un precio más bajo para un periférico cualquiera no reducirá significativamente la demanda de cualquier otro periférico, y así, casi siempre habrá alguna oportunidad para reducciones de precio rentables. Los ejemplos acá pueden incluir al mercado de juegos de video modernos o al mercado de música popular. Por el contrario, en los mercados en los que los periféricos son casi todos sustitutos perfectos, reducciones de precios beneficiosas para todos son poco probables. Bajar el precio de una marca de cartuchos de tinta determinada o cintas de video en blanco, por ejemplo, reduciría probablemente los ingresos en general dado que, un precio más bajo para una marca obligaría a las marcas competidoras a una de dos cosas, o perder ventas o bajar los precios.

Resulta de interés particular aquí que: por regla general existirá una oportunidad para una reducción de precios mutuamente beneficiosa en cualquier mercado basado en una tecnología de plataforma emergente. Existen dos razones. Primero, en el comienzo del desarrollo de un mercado de periféricos sólo se encuentra disponible una pequeña cantidad de periféricos. Estos periféricos son únicos en la mayoría de los casos y así, disminuir el precio de uno raramente reducirá las ventas de cualquier otro. Segundo, los periféricos en estos mercados tienden a ser únicos por otra razón: en estas etapas tempranas las firmas de periféricos están identificando dispositivos de *hardware* y *software* completamente nuevos. Para utilizar un ejemplo oportuno, en este momento incluso las empresas que manufacturan las *handheld computers* tienen una noción algo restringida de cual es la mejor manera de presentar estas computadoras de funciones limitadas, pero de peso ligero; para el trabajo o para jugar. Parte del rol de terceros desarrolladores en este mercado es, por ello, identificar nuevos usos que se le pueden dar al producto¹³. Cada vez que una firma haga esto creará un periférico adaptado a ese nuevo uso, y ese periférico será único comparado con todos los otros periféricos disponibles, por lo menos hasta que las ventajas de la empresa que realizó la primera movida desaparezcan¹⁴.

¹³ Esta es la forma en la que Palm Computing explica su programa de arquitectura abierta: " Cuando nos enfocamos en la plataforma, estamos confiando en que nuestros terceros desarrolladores alcancen nuevos mercados, extiendan la aplicaciones existentes de la *handheld*, y trabajen con los usuarios en la vida real para encontrar formas absolutamente nuevas de usar esta plataforma". En: <http://www.palm.com/devzone/business.html> (visitada por última vez el 1 de Octubre de 1999)

¹⁴ Algunas veces la propiedad intelectual reasegura que un periférico dado es único, mientras que a una firma se le otorga derechos de autor o patentes por el periférico. Para más información acerca de la discusión sobre las implicancias de derechos de propiedad intelectual sobrepuestos de este tipo véase LEMLEY, Loc. cit.; y SCOTCHMER, Loc. cit.

C. Un modelo formal

El modelo formal que sigue construye un fundamento presentado por primera vez por Augustin Cournot en 1838¹⁵. Cournot notó que los vendedores monopolísticos independientes de bienes complementarios alcanzan las mayores ganancias si cada uno cobra un precio por debajo de su precio racional individual. Los vendedores de bienes complementarios enfrentan un problema similar al que enfrentan los vendedores de periféricos: un menor precio para un producto aumenta las ventas de todos los productos complementarios, pero esos beneficios son ignorados cuando los bienes complementarios son tasados por separado. Cournot probó este resultado para el poco probable caso en que los productos son complementos directos y son útiles sólo como complementos directos¹⁶, y estructuró pero no pudo resolver, el caso más complicado en el que los productos tienen usos adicionales a su uso como complementos¹⁷.

Muchos trabajos han extendido y reeditado el trabajo de Cournot¹⁸; de relevancia particular aquí resulta una serie de documentos recientes que lo aplican al escenario de las plataformas y los periféricos¹⁹. Estos trabajos asumen que una o varias firmas venden una plataforma a precios supra-competitivos, mientras que otro conjunto de empresas, al cual no pertenece ninguna de las empresas del primer grupo, vende periféricos también a precios supra-competitivos. Demuestran que si los vendedores de la plataforma se integrasen con los vendedores de periféricos, los precios disminuirían y los ingresos aumentarían.

El presente artículo da el siguiente paso al demostrar que una dinámica similar resiste incluso en mercados donde la plataforma relevante es vendida a un precio competitivo. Los documentos previos se centraban en una distorsión de los precios causada por monopolios verticalmente apilados: los monopolistas de plataformas coordinan aguas arriba, los monopolistas de periféricos coordinan aguas abajo y cada monopolista elige sus precios sin considerar las consecuencias para las empresas en el otro grupo. Este

artículo, por el contrario, se centra en la distorsión de Cournot causada por monopolistas independientes formados horizontalmente. Si el desarrollador de la plataforma tiene o no poder en el mercado es irrelevante, la externalidad acá es una externalidad entre periféricos.

Para el propósito del modelo, definamos formalmente el término plataforma como cualquier objeto que un consumidor puede comprar a un precio diferente de cero, o cualquier situación que un consumidor pueda ocasionar a través de una inversión significativa, para elevar el valor de un número de bienes comprados por separado; y el término periférico como cualquier bien adquirido cuyo valor es incrementado de esa manera. Esta es una definición más amplia que la anteriormente adoptada²⁰, y de esta manera, el modelo tiene relevancia respecto de una clasificación más amplia de productos y actividades. No obstante, en este documento el foco de atención continuará siendo las plataformas tecnológicas físicas adquiridas a través de inversiones financieras, y los periféricos asociados a esas plataformas.

Debido a su relación con las plataformas, el precio de cualquier periférico afecta las ventas de todos los periféricos. Pero, como fue señalado en la discusión intuitiva, los periféricos se relacionan, con frecuencia, también de otras maneras. Para ser precisos: los periféricos son "sustitutos" si, de estar disponible la plataforma a un costo igual a cero, un decrecimiento en el precio de uno llevara a un decrecimiento en la demanda de los otros; y los periféricos son "complementarios" si, de estar disponible la plataforma a un costo igual a cero, un decrecimiento en el precio de uno llevara a un crecimiento en la demanda de otros.

El modelo asume que cada periférico es vendido por una sola compañía y, yendo más allá, que cada empresa vende sólo un periférico. Casos más complicados siguen la misma pauta. El modelo también asume que las firmas de periféricos son independientes, lo que quiere decir que cada una toma sus propias decisiones respecto del precio. Uno podría extender fácilmente este trabajo para pronunciarse sobre decisiones

¹⁵ COURNOT, Augustin. "Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth". 1838 (traducido por Nathaniel Bacon, Oxford Press, 1897).

¹⁶ Ibid., pp.99-107.

¹⁷ Ibid., pp. 107-108.

¹⁸ Estos documentos muestran cómo las primeras introspecciones de Cournot explican los rasgos centrales de, por ejemplo, la industria automotora y de periódicos. Para una visión conjunta de la literatura véase CARLTON, Dennis y Jeffrey PERLOFF. "Modern Industrial Organization". 1999. pp. 523-33.

¹⁹ Véase DAVIS, Steven J., Jack MACCRISKEN y Kevin M. MURPHY. "Integrating New Features into the PC Operating System: Benefits, Timing, and Effects on Innovation". 1998. pp. 27-31; ECONOMIDES, Nicholas. "The Incentive for Non-Price Discrimination by an Input Monopolist". En: International Journal of Industrial Organization No. p. 271. 1998; ECONOMIDES, Nicholas. "The Incentive for Vertical Integration, Discussion Paper" EC-94-05, Stern School of Business, N.Y.U. (1997); ECONOMIDES, Nicholas "Network Externalities, Complementarities, and Invitations to Enter". En: European Journal of Political Economy No.20. p. 211.1996; ECONOMIDES, Nicholas: "Quality Choice and Vertical Integration". En: forthcoming International Journal of Industrial Organization.1999; ECONOMIDES, Nicholas y Steven SALOP. "Competition and Integration Among Complements, and Network Market Structure". En Journal Industrial Economics, No. 40. p. 105. 1992; HEEB, Randall. "Innovation and Vertical Integration in Complementary Software Markets" (disertación doctoral, Universidad de Chicago, 1999).

²⁰ Los términos fueron originalmente definidos en la nota 1.

referidas a otras características del producto, como por ejemplo, calidad o servicio técnico²¹. Utilizando estas definiciones y bajo estas condiciones la siguiente propuesta y dos corolarios relacionados son probados en el apéndice.

Propuesta: en escenarios donde dos o más empresas venden periféricos y esos periféricos no son ni complementarios ni sustitutos, cada compañía generaría mayores ingresos si cobrara un precio menor a su precio racional individual;

Corolario 1: en escenarios en los cuales algunos de los periféricos son complementarios, la propuesta continúa vigente para todas las empresas;

Corolario 2: en escenarios en los cuales algunos de los periféricos son sustitutos, la propuesta continúa vigente para las empresas que no venden sustitutos, y puede o no mantenerse vigente para las compañías que venden sustitutos.

Los comentarios en la sub-sección anterior deben ayudar a esclarecer la relevancia y consecuencias de estas declaraciones más formales. Nótese que, mientras la propuesta se refiere únicamente a los beneficios que la coordinación de precios confiere a los desarrolladores de periféricos, la coordinación en realidad también beneficia a los consumidores y a los dueños de las plataformas. Para los consumidores, la recompensa es precios más bajos, mayor eficiencia proveniente de una fijación de precios más cercana al costo marginal y un incremento en el índice de innovación de periféricos. Para el propietario de la plataforma, el premio principal es una mayor demanda de parte de los consumidores, un incremento que sucede gracias tanto a los precios más bajos de los periféricos como al incremento en el índice de innovación de periféricos.

D. La magnitud del efecto

La labor de la sub-sección previa era desarrollar la aseveración económica central del artículo: bajo ciertas condiciones, las empresas de periféricos cobrarán precios demasiado altos sin que esto signifique más rentables. El apéndice presenta información adicional sobre este efecto, mostrando en gran detalle cómo la interdependencia entre periféricos cambia y distorsiona la demanda de cualquier periférico dado. Esta sección utiliza el modelo presentado en el apéndice para calcular la dimensión de las distorsiones de precio e ingresos para algunos casos representativos. El propósito es confirmar que estas distorsiones son

considerables y, por lo tanto, la intervención legal es justificada.

Para mantener las matemáticas manejables, sólo consideramos aquí casos con dos periféricos y una plataforma que no tiene un valor intrínseco. Se asume que la demanda de cada periférico es uniforme en $[0, V]$ y que las valoraciones que hacen los consumidores de los dos periféricos no son correlativas. Estas restricciones provocan que las dos empresas se comporten de manera idéntica, permitiéndonos concentrarnos en tan sólo una de ellas en los gráficos que siguen.

La figura 2 muestra cómo cambian los precios como una función del precio de la plataforma. La línea de encima representa los precios que cada empresa cobraría en la ausencia de coordinación, mientras que la línea de abajo representa los precios más bajos que las compañías cobrarían si ambas pudieran coordinar. El precio de la plataforma está marcado en el eje horizontal y crece de izquierda a derecha. Este eje está etiquetado como una función de V para atribuirle un contexto significativo. Por ejemplo, un precio mayor que V implica que los consumidores compran la plataforma sólo si están dispuestos a adquirir los dos periféricos. El precio de la plataforma está topado en $2V$ ya que, cuando se presentan precios más altos, ningún consumidor valora los periféricos lo suficiente como para adquirir la plataforma.

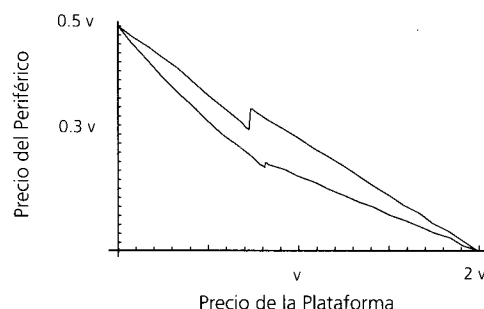


Figura 2. Precios no coordinados (línea superior) y coordinados (línea inferior) para el escenario de dos firmas con la demanda de los consumidores distribuida uniforme e independientemente en $[0, V]$. El precio de la plataforma aumenta de izquierda a derecha.

Varias características del gráfico merecen un breve comentario. Primero, cuando el precio de la plataforma es cero, el precio no coordinado y el coordinado son idénticos. Esto tiene sentido dado que, en los casos donde la plataforma es gratis, el precio de un periférico no afecta al del otro, entonces, cada firma establecerá su precio apropiadamente. Segundo, a más cara la plataforma, más baratos los periféricos. Una vez más, esto sigue a la intuición. Puesto que los consumidores toman en consideración el precio de la plataforma al determinar qué tanto están dispuestos a pagar por

cualquier periférico dado, un precio más alto para la plataforma hace desaparecer la disposición del consumidor de pagar como es visto por las compañías de periféricos, llevando a las compañías a compensar esto con precios más bajos.

Tercero, ambas líneas tienen un pliegue porque, por encima de un cierto precio para la plataforma, ningún consumidor se encuentra en el grupo 3 con respecto de ningún periférico. Esto significa que, en cierto punto, ningún consumidor está dispuesto a comprar la plataforma simplemente porque tasa muy alto a uno de los periféricos. En este ejemplo, un precio V para la plataforma es el precio más alto al que es posible que un consumidor valore tanto un periférico que esté dispuesto a comprar tanto ese periférico como la plataforma. Los pliegues caen ligeramente por debajo de V ya que, los periféricos son vendidos a precios diferentes de cero y así, el grupo 3 es vaciado incluso antes de que la plataforma alcance un precio de V . Esto también explica porqué los pliegues no están alineados. La línea inferior representa precios más bajos, entonces, a un precio de plataforma dado, hay siempre más consumidores en el grupo 3 cuando el precio es coordinado que cuando no lo es. Esto implica naturalmente, que el grupo 3 es vaciado antes en el caso del precio que no ha sido coordinado que en el caso del que sí lo ha sido.

La figura 3 compara ambos precios, el coordinado y el no coordinado, mostrados en la figura 2. El eje vertical representa la distorsión de precios como un porcentaje del precio no coordinado. De esta forma, a un precio V para la plataforma, en este ejemplo, cada empresa escogerá un precio que es, aproximadamente 33%, más alto que el que hubiese elegido de haber existido coordinación. Los dobleces en la línea son causados por los pliegues mostrados en la figura anterior. El porcentaje es constante una vez que el precio de la plataforma es tan alto que los únicos consumidores que la adquieren son los que adquieren también ambos periféricos.

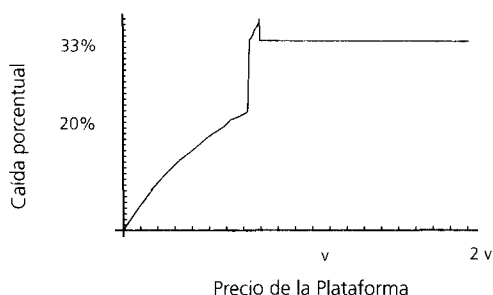


Figura 3. Distorsión de precio como un porcentaje de precio no coordinado, graficada como una función del precio de plataforma

La figura 4 comparativamente resalta la distorsión en las ganancias una vez más, como una función del precio

de la plataforma. Esta vez, el eje vertical representa la pérdida de utilidades como una función de utilidades no coordinadas. Otra vez, y por las mismas razones explicadas anteriormente, la línea está plegada y la distorsión es constante una vez que la plataforma excede cierto precio.

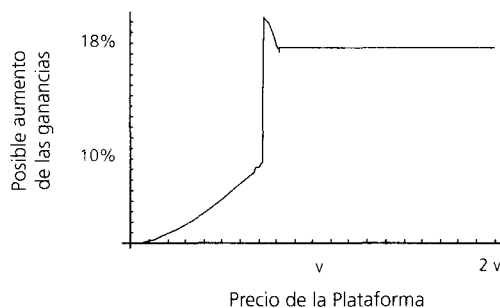


Figura 4. Distorsión de ganancias como un porcentaje de ganancias no coordinadas, una vez más esta información es graficada como una función del precio de la plataforma

Como en cualquier presentación de este tipo, los gráficos aquí mostrados son meramente representativos. La distorsión del precio es una función de muchos factores, y puede hacerse ver mejor o peor al cambiar algunos de varios supuestos. Sin embargo, los supuestos utilizados para generar este gráfico fueron elegidos porque parecen sensatos; se asumió que ambos periféricos eran igualmente populares, la distorsión es mostrada a lo largo de toda la gama de precios para plataformas, etc. Si los supuestos son razonables, entonces los gráficos confirman que los efectos pueden ser considerables.

III. IMPLICANCIAS

La externalidad identificada en la sección precedente probablemente afecte a una amplia variedad de mercados de periféricos y plataformas. Posiblemente afecte mercados donde los consumidores adquieran consolas de video juegos y cartuchos compatibles por separado, y mercados donde los consumidores adquieren un *hardware* para computadora y *software* vinculado, por separado. Sin embargo, en casos como estos, las firmas afectadas pueden mitigar las consecuencias de la externalidad coordinando precios mediante contratos, integraciones, o algún otro mecanismo formal o informal. Luego, mientras la externalidad puede ser importante en estos mercados, estos mercados no son de interés aquí.

De cualquier forma, en mercados basados en tecnologías de plataforma emergentes, la coordinación voluntaria no es viable. La naturaleza dinámica de mercados que aún están en proceso de maduración hace que sea casi imposible juntar a todas las compañías afectadas para una única negociación. Y

las negociaciones entre cualquier sub-conjunto de las empresas resultarán raramente en una reducción de precios significativa ya que, las empresas involucradas estarán indecisas al bajar sus precios por miedo a que cualquier reducción que ellas logren sea contrarrestada por un incremento en los precios de las otras empresas. Entonces, en los casos de tecnologías emergentes, la única forma de internalizar esta externalidad es atribuyéndole más poder a una de las partes –siendo la elección obvia la de los dueños de las plataformas– para coordinar a todas las demás empresas.

De este modo, esta cuestión se convierte en un tema para la legislación acerca de la propiedad intelectual. La protección de patentes, derechos de autor, marcas y secretos comerciales se combina para darle a los dueños de plataformas un cierto grado de influencia sobre potenciales desarrolladores de periféricos. Esa influencia ha sido tradicionalmente restringida, pues los tribunales no están deseosos de reconocer demasiada influencia por miedo a que los dueños de las plataformas la utilicen para excluir a empresas del mercado de periféricos²². Pero eso, como lo establece la introducción, es un supuesto anticuado. Hoy en día, muchos dueños de plataformas dependen de la innovación de terceros tanto para desarrollar rápidamente sus plataformas, como para identificar funciones nuevas²³. Estos dueños de plataformas utilizarían esta influencia adicional, no para excluir a las firmas de periféricos del mercado, sino para hacer el mercado de periféricos más rentable. De esta manera, existe otro factor que los tribunales deben considerar a la hora de aplicar cualquiera de las doctrinas que determinan el alcance de los derechos de propiedad intelectual de un dueño de plataforma: la posibilidad de que derechos más amplios sean utilizados para facilitar la coordinación fluida en beneficio de los consumidores, terceros desarrolladores, y los dueños de las plataformas.

La primera sub-sección a continuación esboza los derechos básicos que la legislación de propiedad intelectual le reconoce a los dueños de plataformas como un hecho. Eso proporciona una línea base para el análisis que sigue. La segunda sub-sección considera derechos discrecionales que los tribunales han reconocido opcionalmente en un esquema casuístico.

La sub-sección está organizada alrededor de cuatro cuestiones principales –en la ley de patentes, la distinción entre reparación y reconstrucción y la doctrina sobre el mal uso de patentes; y en la ley de reproducción (*copyright*), la definición del término “trabajo derivado” y la doctrina del “uso razonable”– y argumenta que cada una de estas cuestiones debe ser en parte guiada por los argumentos presentados anteriormente en este artículo. La tercera y última sub-sección toma en consideración dos objeciones posibles a esta propuesta: que los tribunales pueden no tener los conocimientos requeridos para involucrarse en el análisis aquí sustentado; y que, aun contando con derechos más amplios, en la práctica, los dueños de plataformas no podrán coordinar las innovaciones derivadas consecuentemente.

A. La línea base de propiedad intelectual

Si los dueños de plataformas estuviesen facultados para patentar los detalles de interfase –digamos, reivindicando la disposición precisa de los conectores que conforman el puerto serial de la plataforma, o las dimensiones específicas de los disquetes aceptados por la disquetera de la plataforma– los dueños de plataformas controlarían completamente los mercados de periféricos asociados. Cualquier desarrollador de periféricos que utilizase el detalle patentado sin el permiso del dueño de la patente sería un infractor, susceptible de ser objeto de una acción por daños así como por un alivio obligatorio. Pero, este es raramente el caso, porque los detalles de interfase son obvios para la mayoría dado el “arte previo”²⁴. Sony, por ejemplo, no patentó y probablemente no pudo patentar los, de otra manera ordinarios, discos compactos que llevan la información e instrucciones al Sony PlayStation, debido a que la idea básica de utilizar una codificación óptica para almacenar información en una manera multiplexica era ya ampliamente conocida para cuando Sony ingresó su patente para la consola²⁵. De la misma manera, Dell no reivindicó ni pudo probablemente reivindicar la particular configuración de puerto que permite que los dispositivos de *hardware* interactúen con las computadoras Dimension XPS dado que, sin

²² Véase por ejemplo *Sega Enterprises Ltd. Vs. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1526 (9th Cir.1993) «Si el desarme del código de objeto protegido por los derechos de autor es *per se* un uso injusto, el dueño de los derechos de autor gana un monopolio de facto sobre las ventas de bienes adicionales»; *Sega Products, Inc. vs. Devon Industries, Inc.*, 45 F.3d 1575, 1579 (Fed. Cir. 1995). El dueño de la plataforma así busca conservar para sí mismo un mercado en partes que se quiere sean reemplazadas periódicamente - Esto no es mas que un intento por expandir los derechos de patente hacia un dispositivo no patentado».

²³ Un mercado abierto en el ámbito de los periféricos puede también ser un mecanismo de compromiso creíble. Los consumidores dudarán sobre si comprar una plataforma si creen que el dueño de la plataforma tendrá luego un poder monopolístico en el mercado de los periféricos. Sobre un tema relacionado véase FARRELL, Joseph y Nancy GALLINI. “Second-Sourcing as Credible Commitment”. En Q. J. Economics No.103. p.673. 1988.

²⁴ 35 U.S.C. § 103(a) “Una patente puede no ser obtenida...si las diferencias entre el objeto que se quiere patentar y el arte previo son tales que el objeto que se desea patentar, como un todo, resultase obvio, en el momento en que la invención fue hecha, para una persona con una habilidad ordinaria en el arte al que el objeto en cuestión pertenece”.

²⁵ La patente principal de PlayStation es U.S Patent No. 4,977,550 (1990).

importar cuan originales hayan podido ser otros aspectos de la máquina, las conexiones seriales en sí mismas eran comunes en el momento en que Dell ingresó sus reclamos de patente²⁶.

Por motivos similares, los derechos de autor, también proporcionan rara vez a los dueños de las plataformas una influencia significativa sobre los desarrolladores de periféricos. La limitación principal aquí es que las especificaciones de interfase concebidas como elegibles para ser protegidas bajo derechos de autor –por ejemplo el patrón específico de 0 y 1 necesario para lograr que un sistema operativo lea información de un disquete– suelen no satisfacer los requerimientos de originalidad de la sección 102 (a)²⁷. De acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema lo previsto en Feist, para que un trabajo sea susceptible de ser protegido por los derechos de autor, éste debe ser original no sólo para el autor (léase “no copiado”) sino que también debe demostrar un mínimo de logro creativo²⁸. Los protocolos para la mayor parte fallan en demostrar ese mínimo de logro creativo puesto que, muchos de ellos son en realidad patrones arbitrarios²⁹.

Incluso donde los protocolos evidencian suficiente originalidad, la protección de los derechos de autor es generalmente denegada. Los tribunales son inconsistentes respecto a cómo está enmarcado este punto, invocando algunos de ellos la doctrina de fusiones, mientras que otros invocan la doctrina de escenas por suceder, sección 102 (b), y otras la, de alguna manera confusa, prueba de abstracción-filtración-comparación de Altai³⁰; pero todas las diversas aproximaciones enfatizan el mismo principio fundamental de los derechos de autor: la protección de derechos de autor se extiende sólo a los elementos expresivos de un trabajo; e incluso los protocolos son más funcionales que expresivos.

La legislación de marca comercial proporciona a los desarrolladores de plataformas cierta influencia sobre los vendedores de periféricos, aunque, en la mayoría de los casos, éste es un factor más bien modesto. Inclusive empresas no autorizadas pueden publicitar el hecho de que sus periféricos son compatibles con la plataforma dado que esa es una afirmación verdadera y, si se maneja con destreza, no llevaría a ninguna confusión respecto al origen de los periféricos³¹. Lo que las empresas no autorizadas no pueden hacer es decir que sus periféricos tienen una “licencia oficial” o, como se entiende de lo antes dicho, usar las marcas o logos de la plataforma de formas que lleven a los consumidores a hacerse una idea equivocada respecto de la fuente de los periféricos³².

La influencia más significativa de un dueño de plataformas proviene, sin embargo, del hecho de que este puede negarle, a las firmas que no cooperen, el acceso a la información privada respecto de la interfase de la plataforma. Como una cuestión formal, la legislación sobre secreto comercial ayuda a los dueños de plataformas a mantener esta información en privado, prohibiendo, por ejemplo, que los antiguos empleados divulguen los detalles técnicos; pero, a decir verdad, este es un remedio más bien práctico y no tanto legal. La compañía que diseña una plataforma tiene, obviamente, más conocimientos sobre cómo funciona ésta por dentro y puede elegir si divulgar o no la información, y cuándo hacerlo.

El valor de esta información confidencial varía por supuesto con el costo de deconstruir la ingeniería. En instancias en las que la tecnología hace que, para una firma no autorizada, resulte barato extraer información de protocolos, ya sea de la plataforma o de periféricos autorizados, el dueño de la plataforma

²⁶ Entre las patentes relevantes se encuentran U.S. Patent Nos. 5,291,585 (1994) (*software para acceder componentes I/O*) y 5,668,696 (1997) (sistema para disipar el calor). Algunos detalles de interconexión califican para ser protegidos por patentes. Por ejemplo, Nintendo se hizo merecedor de una patente por el diseño de la interfase consola/cartucho de uno de sus primeras consolas de video. Véase U.S. Patent No. 4,799,635 (1989). Similarmente, el cartucho 8 es un medio patentado de traer información a una casetera compatible. Véase U.S. Patent No. 3,403,868 (1968). Sin embargo, incluso en casos en los que una patente se otorga, la protección no es hermética. En Hewlett-Packard Company vs. Repeat-O-Type Stencil Manuf., 123 F.3d 1445 (Fed. Cir. 1997), las patentes de Hewlett-Packard sobre un particular cartucho de tinta para impresora fueron consideradas como no infringidas por las prácticas de un competidor que adquiría los cartuchos en el mercado abierto, los modificaba para que fuesen rellenables, y, sin el consentimiento de HP, vendía los cartuchos para ser usados con las impresoras Hewlett-Packard.

²⁷ 17 U.S.C. § 102(a).

²⁸ Feist Publications vs. Rural Tel. Service Co., 499 U.S. 340, 345 (1991) “Original, como es usado el término en derechos de autor, significa únicamente que el trabajo fue independientemente creado por el autor. . . y que posee por lo menos un nivel mínimo de creatividad”.

²⁹ Véase por ejemplo Mitel, Inc. vs. Iqtel, Inc., 124 F.3d 1366, 1373 (10th Cir. 1997).

³⁰ Los casos aplican y combinan estas cuatro interrogantes básicas. Algunos casos las tratan separada y explícitamente; otros las tratan en el contexto de Altai (Computer Assocs. Int'l, Inc. vs. Altai, Inc 982 F.2d 693, 709-10 (2d Cir.1992)) marcos de abstracción-filtración-comparación. Véase por ejemplo Mitel, Inc. vs. Iqtel, Inc., 124 F.3d 1366 (10th Cir. 1997) (dentro del marco de Altai sobre la base de 102(a), 102(b)); Gates Rubber vs. Bando Chem. Indus., Ltd., 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993) (dentro del marco de Altai sobre la base de 102(a), 102(b), de fusiones); Bateman vs. Mnemonics, Inc., 79 F.3d 1532 (11th Cir. 1996) (intrigante aplicación del marco de Altai en este contexto. Menell discute la historia de Altai y sus aplicaciones a los casos arriba presentados en “Peter Menell, An Epitaph for Traditional Copyright Protection of Network Features of Computer Software”. En: Antitrust Law Bulletin No. 43, p. 651. 1998).

³¹ Como regla general, una firma puede usar la marca comercial de otra empresa para comercializar productos o servicios con tal de que el uso sea honesto y que no haya probabilidad de confusión acerca de la fuente. Véase por ejemplo Smith vs. Chanel, Inc., 402 F.2d 562 (9th Cir.1968) (Marcas de competidores utilizadas en publicidad comparativa). Esto es especialmente cierto en casos en los que la marca es la única manera de informar a los consumidores acerca de la verdadera naturaleza del producto.

³² Alguna evidencia anecdótica: Por una tarifa mínima de US\$ 500, Palm Computing permite a los desarrolladores de periféricos usar un logo especial de Palm, siendo la única condición que el periférico pase por ciertas pruebas de compatibilidad. Los detalles se encuentran disponibles en: <http://www.qpqa.com/palm/base-pr.html> (Visitada por última vez el 1 de Octubre de 1999).

verá su influencia bastante restringida. De hecho, en estos casos, el mejor resultado puede llegar a representar una ganancia tan pequeña que el dueño de la plataforma ni siquiera intentará coordinar dado que, cualquier intento implica tanto riesgo como gasto administrativo. Casos como éste pueden resultar más comunes de lo que sugiere la intuición en un principio. Después de todo, a las compañías de periféricos no se les está pidiendo simplemente que reduzcan sus precios en un escenario estático, sino que se les está pidiendo que reduzcan sus precios a pesar de que la demanda de sus productos se está incrementando gracias a la reducción de precios que efectúan otras compañías; de este modo, cuando afirmamos que para el dueño de la plataforma puede resultar difícil coordinar el mercado en escenarios donde los costos de deconstruir la ingeniería son bajos, nos referimos a bajos respecto de la reducción de precios requerida, que en muchos casos puede resultar siendo un número bastante grande.

B. Doctrinas discrecionales

Los derechos básicos esbozados arriba –principalmente la protección del secreto comercial de la información de interfase– no brindarán, en muchos casos, suficiente influencia a los dueños de plataforma como para coordinar a los innovadores que coordinan aguas abajo. Los casos presentados abajo aportan evidencia a ese hecho; si el simple acto de mantener la información de interfase en secreto hubiese sido suficiente para proporcionarles a los dueños de plataforma una influencia significativa sobre los potenciales desarrolladores de periféricos, los dueños de plataforma nunca hubiesen recurrido al esquema de autorizaciones y demás relacionados resumidos abajo. Que la protección del secreto comercial pueda ser muy débil es, sin embargo, sólo uno de los dos argumentos a favor del reconocimiento de derechos más amplios. El otro argumento se aplica incluso a casos donde la protección del secreto comercial es suficiente.

En casos en los que la deconstrucción de la ingeniería es cara, un dueño de plataforma gana una influencia significativa al amenazar con retener información de interfase. En estos casos, el dueño de la plataforma disfruta ya de una influencia significativa, de manera que resulta difícil encontrar algún daño que pueda ser causado al reconocer esa influencia de forma explícita. Sin embargo, dicho reconocimiento incrementaría probablemente la eficiencia social puesto que, eliminaría una serie de malos incentivos que la protección del

secreto comercial crea hoy en día. Por ejemplo, las firmas, en un intento por mantener alto el costo de deconstruir la ingeniería, estarán tentadas, en ese margen, a diseñar protocolos poco prácticos y voluminosos. Protocolos simples son una responsabilidad para una empresa que depende del costo de la deconstrucción de la ingeniería; apretones de manos complicados son más difíciles de realizar que deconstruir la ingeniería. En otras palabras, al no reconocer derechos más amplios, el régimen actual de propiedad intelectual crea un incentivo retorcido para que los dueños de plataformas diseñen especificaciones de interfase difíciles de manejar. Y, más alarmante aun resulta el hecho de que, en una competencia entre dos plataformas, que de otra forma serían equivalentes, la tecnología más aparatosa prevalecerá –primero atrayendo más desarrolladores mediante la promesa de coordinación, luego, gracias a la mayor disponibilidad de los periféricos, atrayendo más consumidores.

De manera similar, una compañía que depende exclusivamente de la protección del secreto comercial estará tentada de hacer crecer su influencia sobre potenciales desarrolladores de periféricos demorando la introducción de su plataforma al mercado. Deconstruir la ingeniería es imposible mientras la plataforma no deje de estar físicamente bajo el control de su dueño; así, para una firma que depende del costo de la deconstrucción de la ingeniería como un sustituto de la protección explícita de la propiedad intelectual, la demora resulta en, este margen, atractiva. Tomando en cuenta que uno de los propósitos fundamentales de la protección de la propiedad intelectual es promover la rápida revelación de las ideas innovadoras, este tipo de comportamiento no parece deseable³³.

El texto que sigue analiza cuatro cuestiones discrecionales en legislación de propiedad intelectual que, en escenarios diferentes, determinan los derechos relativos de los dueños de plataforma y los desarrolladores de periféricos. Es en el contexto de estas cuestiones que el análisis presentado en este artículo puede ser resaltado más fácilmente. El propósito aquí no es ofrecer explicaciones detalladas de las diversas doctrinas e interpretaciones, sino simplemente señalar que estas son las cuestiones clave afectadas por este artículo.

1. Reparación/Reconstrucción (legislación de patentes)

El demandante en *Sage Products vs. Devon Industries*³⁴ desarrolló y vendió un sistema de eliminación diseñado

³³ Confróntese LANDES, William y Richard POSNER. "An Economic Analysis of Copyright Law" En: *Journal Law Studies*, No.18. pp. 325,331. 1989 (argumentando que las leyes de propiedad intelectual deberían reconocer derechos más amplios en trabajos derivativos porque, en ausencia de tal protección, los autores retrasarán las publicaciones para poder primero preparar trabajos derivativos ellos mismos).

³⁴ 45 F.3d 1575 (Fed. Cir.1995).

para ser utilizado con materiales médicos peligrosos. Uno de los componentes de este sistema era un contenedor interno removible que entraría en contacto con el desecho peligroso. Este componente estaba diseñado para ser usado una única vez y luego desechado. El demandante tenía la patente del sistema de eliminación –el contenedor interior utilizado en combinación con el resto del aparato- pero su patente no reivindicaba explícitamente, y por motivos obvios probablemente no podía hacerlo, el contenedor interno en sí mismo. Cuando un competidor empezó a vender contenedores que fungían de reemplazo, el demandante patentado demandó argumentando que cada vez que uno de sus clientes utilizaba un contenedor fabricado por su competidor, el consumidor estaba “reconstruyendo” sin permiso la combinación patentada y por lo tanto el competidor podía ser responsabilizado por la infracción, ya sea como “contribuidor” o como “inductor”.

La distinción resaltada en un caso como el de *Sega*, es la distinción entre reparar y reconstruir una combinación patentada³⁵. El problema surge en casos en los que un periférico está enlistado como uno de los elementos reivindicados por una patente. El dueño de la patente argumenta que, al reemplazar el elemento enlistado, los usuarios infringen la combinación de la patente –y nótese que éste es un argumento plausible dado que la legislación de patentes frecuentemente reconoce derechos exclusivos en combinaciones particulares, por ejemplo la combinación de goma no patentable y papel no patentable que forman la combinación absolutamente patentable llamada Post-IT³⁶. Los presuntos infractores responden que este tipo de infracción hiperliteral debería ser disculpada, esencialmente sobre la base de una teoría implícita de licencias.

La diferenciación entre reparar y reconstruir es así una cuestión del alcance de la patente –un tema que en este contexto determina si los desarrolladores de periféricos necesitan del permiso de los dueños de la plataforma para vender los periféricos compatibles. Cuando reemplazar el periférico es visto como reconstrucción, se encuentra bajo el dominio exclusivo del dueño de la patente; cuando reemplazar el periférico es visto como reparación entonces el dueño

de la patente no goza de un derecho exclusivo. Esta es una diferenciación desarrollada judicialmente; y las cortes de hoy consideran la “totalidad de las circunstancias” al determinar si un acto dado está o no cometiendo una infracción³⁷. Una implicación de este artículo es sugerir que uno de los factores que las cortes deberían considerar como parte de esta investigación, es de qué manera afectará cada resultado a la estructura y existencia del mercado de componentes sustituibles.

2. Mal uso de patentes

Los dueños de plataformas han tratado una y otra vez de controlar a los desarrolladores de periféricos imponiendo licencias restrictivas a las compras de las plataformas. Por ejemplo, en *Motion Picture Patents Company vs. Universal Film Manufacturing Company*³⁸, el demandante patentado condicionó cada venta de su proyector de video patentado a que el comprador rentara películas únicamente en locales de distribuidores autorizados por el patentado. Cuando tres compañías no autorizadas pusieron en venta las películas, el patentado demandó argumentando que (1) dado que ningún comprador del proyector podía utilizar películas no autorizadas y (2) ya que luego de incumplir las estipulaciones de la licencia, los compradores estarían utilizando la invención patentada sin autorización del dueño de la patente, (3) al vender películas no autorizadas, los distribuidores estaban induciendo, de manera ilegal, a la infracción de la patente.

Bajo las leyes modernas, los dueños de patentes y compradores de bienes patentados son libres de “contratar como y con quien elijan, siempre que ninguna ley sea infringida”³⁹. Esto quiere decir que, la cuestión en un caso como este está formulada en sentido negativo: las licencias restrictivas deben ser mantenidas siempre que otros cuerpos del derecho no prohiban su resultado. La legislación de contratos, por ejemplo, impide la aplicación de condiciones “excesivas”⁴⁰, y doctrinas específicas sobre patentes condenan ciertas condiciones, por ejemplo, condiciones que sirven para extender el término de la patente más allá de su duración reglamentaria⁴¹.

³⁵ Véase *Aro Manufacturing Co. vs. Convertible Top Replacement Co.* 365 U.S. 336 (1961) (*Aro I*) y *Aro Manufacturing Co. vs. Convertible Top Replacement Co.*, 377 U.S. 476 (1964) (*Aro II*). Casos adicionales son recolectados y analizados en JAINS, Mark. “A Tale of the Apocryphal Axe: Repair, Reconstruction, and the Implied License in Intellectual Property Law”. Md. Law Review No. 58. p. 423. 1999.

³⁶ U.S. Patent No. 5,153,041 (1992).

³⁷ *Aktiebolag vs. E.J. Company*, 121 F.3d 669 (Fed. Cir. 1997).

³⁸ 243 U.S. 502 (1917).

³⁹ *Mallinckrodt vs. Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700, 703 (Fed. Cir. 1992). *Accord B. Braun Medical Inc. vs. Abbott Laboratories*, 124 F.3d 1419 (Fed. Cir. 1997).

⁴⁰ Véase FARNSWORTH, E. Allan. “Contracts”. 1999. pp. 307-317

⁴¹ *Brulotte vs. Thys Co.*, 379 U.S. 29, 32 (1964) «El uso por parte de los patentados de un acuerdo de derechos de autor que se proyecta más allá del día de expiración es ilegal *per se*»; *Boggild vs. Kenner Prods.*, 776 F.2d 1315, 1320-21 (6th Cir. 1985), cert denied, 477 U.S. 908 (1986) (donde los derechos de autor antes y después de la expiración son idénticos, el acuerdo es ilegal *per se*.)

Lo que resulta alarmante acerca de esta aproximación analítica como aquí aplicada, es que una de las barreras legales enfatizada en el planteamiento en negativo es la doctrina sobre el mal uso de patentes.

El mal uso de patentes es tradicionalmente una defensa afirmativa contra una demanda por infracción de patente. Es una doctrina equitativa, siendo la noción el hecho de que un tribunal no debe utilizar su poder para ayudar a un dueño de patente cuando, en esta o cualquier otra interacción, el dueño de la patente está ejercitando sus derechos de una forma que atenta contra la política pública⁴². La defensa puede ser invocada en cualquier caso. Un presunto infractor, por ejemplo, puede argumentar que una determinada patente no debe ser ejecutada porque, en una instancia absolutamente inconexa, el patentado ha utilizado el poder que le da la patente de una manera no permisible. Un dueño de patente cuyas acciones constituyen un mal uso pierde *todos* los derechos respecto de *todas* las partes hasta que esa práctica sea descontinuada y sus efectos en el mercado se vean “completamente disipados”⁴³.

¿Por qué es esto preocupante? Como una cuestión práctica, introducir esta interpretación del mal uso de patentes al interrogatorio negativo significa que los dueños de las patentes no pueden siquiera intentar utilizar las licencias restrictivas con este propósito. Las apuestas son demasiado altas, un paso en falso y el dueño de la patente pierde la protección de patente sobre la plataforma completamente⁴⁴. Debido a que los argumentos en este artículo favorecerían, en determinadas circunstancias, la aplicación de licencias restrictivas de este tipo, las penalidades draconianas del mal uso de patentes parecen ser innecesariamente escalofriantes. Los tribunales contribuirían más a la equidad si redujeran, en estos casos, la pena máxima que se le da al mal uso de patentes, y permitieran así a las firmas intentar lo que podría convertirse en regímenes de licencias permisibles y beneficiosos para la sociedad.

3. Uso razonable (derechos de autor)

Los dueños de plataformas han intentado también controlar a los desarrolladores de periféricos usando

los derechos de autor para limitar el proceso de deconstruir la ingeniería. Por ejemplo, en *Sega Enterprises Ltd vs. Accolade, Inc.*⁴⁵, Accolade compró a Sega cartuchos de videojuegos compatibles con la consola de juegos de video de Sega, y procedió a deconstruir la ingeniería de los cartuchos para poder identificar las especificaciones de interfase relevantes. Los pasos intermedios en ese proceso requirieron que Accolade copiara y manipulara el código de videojuegos protegido bajo licencia de autor (Accolade tuvo que traducir el código del lenguaje de máquinas a uno más accesible para los lectores humanos). Así que Sega demandó argumentando, no que Accolade había utilizado ilegalmente las especificaciones de interfase –un argumento no disponible para Sega porque, como se dijo anteriormente, la información de interfase en sí misma no es elegible generalmente para ser protegida por los derechos de autor– sino que, en el proceso de deconstrucción de la ingeniería, Accolade había infringido los derechos de Sega en los videojuegos válidamente protegidos bajo derechos de autor.

Dos casos prominentes evalúan casos de este tipo: el caso del noveno Circuito Sega resumido arriba, y un caso contemporáneo del Circuito Federal, *Atari Games vs. Nintendo*⁴⁶. Ambas cortes sostuvieron finalmente que cualquier infracción de este tipo era excusada bajo la doctrina del uso razonable. El uso razonable es una defensa afirmativa para los infractores de los derechos de autor, que debe ser aplicado realizando un análisis casuístico⁴⁷. Está ideado para excusar infracciones literales cuando la política pública apoya los resultados. Un crítico de libros puede por ejemplo, invocar la doctrina para defenderse cuando, por haber utilizado un extracto de un libro sin autorización, se le acusa de haber cometido una infracción; y un comediante puede de forma similar utilizar la doctrina para defender una parodia no autorizada. La defensa está codificada en la sección 107 del Copyright Act, pero la codificación no ha restringido significativamente el alcance de la doctrina. Esta es, como lo fue originalmente, una interrogante equitativamente autocontenida⁴⁸.

Los tribunales en el caso Sega y Nintendo, consideraron una serie de factores al determinar que las infracciones de los derechos de autor, necesarias para la creación de

⁴² Véase *Morton Salt Co. vs. G.S. Suppinger Co.*, 314 U.S. 488 (1942).

⁴³ *B.B. Chem. Co. vs. Ellis*, 314 U.S. 495, 498 (1942) (luego de detectarse un mal uso de patente los derechos de un patentado no deberían hacerse respetar sino hasta que el patentado “pueda demostrar que ha abandonado totalmente su actual método de restringir la competencia en la venta de artículos no patentados y que las consecuencias de esa práctica han sido totalmente disipadas”).

⁴⁴ Para ver evidencia de que los dueños de patentes son reacios a arriesgar su propia vulnerabilidad a la defensa, véase STERN, Richard H. “Post-Sale Patent Restrictions after *Mallinckrodt*: An Idea in Search of Definition”. En: *Alb. Law Journal Science & Tech* No.5. p. 1. 1994.

⁴⁵ 977 F. 2d 1510, como enmienda de 1993 U.S. App. *Lexis* 78 (9th Cir. 1993).

⁴⁶ 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992). Ambos casos han sido tema de extensos comentarios legales. Véase por ejemplo COHEN, Julie. “Reverse Engineering and the Rise of Electronic Vigilantism: Intellectual Property Implications of “Lock-Out” Technologies” En: *South California Law Review*, No.68. p.1091. 1995; KARLAJA, Dennis. “Copyright Protection of Computer Documents, Reverse Engineering”. En: *U. Dayton Law Review*, No.19. p. 975. 1994.

⁴⁷ 17 U.S.C. § 107. Para una introducción general véase LEAFFER, Marshall. “Understanding Copyright”. 1999. pp. 427- 476.

⁴⁸ El House Report sobre el Copyright Act de 1976 hace explícito este punto, *H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d.Sess. 65 (1975)*, y la Corte Suprema ha interpretado § 107 de forma concordante, véase *Harper & Row Publishers, Inc. vs. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 560 (1985).

periféricos compatibles, debían ser excusadas sobre la base de esta excepción de política pública; pero, como ocurría en la legislación de patentes respecto de la distinción entre reconstrucción y reparación, la pesquisa del uso razonable perseguida en estos casos no consideró la posibilidad de que el hallazgo de una infracción hubiera forzado a los potenciales desarrolladores de periféricos a negociar con los dueños de la plataforma relevante y de esta manera se hubiese dado más poder a los dueños de plataformas para coordinar los precios de los periféricos. No pretendemos decir que este factor será siempre determinante, ni siquiera pretendemos afirmar que debió ser determinante en estos casos particulares; pero debería ser considerado en el futuro dado que, como argumenta este artículo, la política pública será mejor servida si se rechaza la defensa del uso razonable y se expande así, el ámbito de los derechos de propiedad intelectual del dueño de la plataforma.

4. Obras derivadas (derechos de autor)

Una última aplicación para el análisis presentado en este artículo es la interpretación de la sección 106 (2) del Copyright Act, que concede a los tenedores de derechos de autor el derecho exclusivo de “preparar obras derivadas” basado en un trabajo protegido por los derechos de autor⁴⁹. En *Micro Star contra Formgen, Inc.*⁵⁰, Formgen tenía derechos de autor sobre un popular videojuego que tenía, además de veintinueve niveles de juego llenos de monstruos y escenarios, una facilidad que permitía a los usuarios crear niveles de juego adicionales. Micro Star, una firma independiente, recopiló 300 niveles creados por usuarios y los vendió, en un único disco compacto, como un accesorio del juego de Formgen. El disco no reemplazaba al juego original, sólo contenía información que permitiría a los usuarios que ya poseían el juego, jugar los niveles adicionales creados por otros usuarios. Luego, Micro Star demandó para conseguir un fallo declaratorio que dijera que su producto no infringía los derechos de autor de Formgen, y Formgen solicitó una medida cautelar que impidiera que se continuara con la distribución del producto de Micro Star.

En un caso como éste, el análisis se voltea hacia la pregunta sobre si el accesorio en cuestión en una obra derivada, que la sección 101 define como “un trabajo basado en uno o más trabajos preexistentes”⁵¹. Leida

de manera literal, por supuesto, esa definición incluiría todo trabajo de autoría creado en cualquier época ya que, de cierta manera “todo libro en literatura, ciencia y arte, toma prestado, y debe necesariamente tomar prestado” de lo que se creó antes⁵². Por ello, los tribunales deben aplicar el lenguaje estatutario restringidamente, aunque determinar exactamente qué tan restringida debe ser dicha aplicación continúa siendo una pregunta abierta tanto en el contexto de las plataformas y periféricos⁵³ como en un contexto general⁵⁴.

La cuestión definitoria es, sin embargo, otra interrogante indirecta en el ámbito de un derecho de propiedad intelectual subyacente. Si los dispositivos para video juegos son considerados como obras derivadas, los derechos de autor del dueño de la plataforma incluyen el control sobre el mercado de este producto adicional. Si no, ese mercado queda abierto para cualquier empresa capaz de deconstruir la ingeniería de los protocolos relevantes. Una vez más, los argumentos presentados en este artículo sugieren que parte de esta cuestión definitoria debería ser consecuente: además de considerar la compensación entre el incremento de incentivos para crear trabajos susceptibles de ser protegidos por la ley de derechos de autor por un lado, y el incremento del acceso público a los trabajos susceptibles de ser protegidos por la ley de derechos de autor ya existentes por el otro, los tribunales deberían considerar si derechos más amplios pueden hacer posible la coordinación explicada anteriormente en este artículo.

C. Competencia judicial y problemas de implementación

Existen dos objeciones principales que pueden ser levantadas contra las propuestas esbozadas arriba: primero, que los tribunales no tienen los conocimientos requeridos para involucrarse en el análisis de mercado sugerido; y segundo, que aun con derechos más amplios, como una cuestión práctica los dueños de las plataformas no estarán en condiciones de coordinar las innovaciones consecuentes debido a varias restricciones informativas y logísticas. Estas son objeciones importantes, y ambas son consideradas a continuación.

Para evaluar la competencia judicial en los escenarios actuales, es útil realizar una analogía con las leyes

⁴⁹ 17 U.S.C. § 106(2).

⁵⁰ 154 F.3d 1107 (9th Cir. 1998).

⁵¹ 17 U.S.C. § 101.

⁵² *Micro Star*, 154 F.3d p. 1110 (citando *Emerson vs. Davies*, 8 F. Cas. 615, 619 (C.C.D. Mass. 1845) (No. 4436)).

⁵³ Compárese, por ejemplo, *Lewis Galoob Toys, Inc. vs. Nintendo of Am., Inc.*, 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992) (accesorio de hardware que alteró el rendimiento del video juego que no fue trabajo de derivativo con *Micro Star*, 154 F.3d (accesorio de software, que alteró el rendimiento de los video juegos, que resultó trabajo derivado).

⁵⁴ Compárese, por ejemplo, *Mirage Editions, Inc. vs. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (9th Cir. 1988) (un comprador de un libro de arte protegido por derechos de autor creó un trabajo derivativo al remover y enmarcar ciertas páginas) con *Lee vs. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580 (7th Cir. 1997) (resultado opuesto para tarjetas montadas sobre tejas de cerámica).

*antitrust*⁴⁸. Prácticas sujetas a revisión bajo las Sherman y Clayton Acts son evaluadas, o de manera casuística bajo la regla de la razón, o consideradas ilegales sin reparar en los hechos específicos a la vista bajo una regla *per se*. A veces la elección entre un análisis basado en una regla de la razón y una prohibición *per se* es sencilla; estos son casos en los que la experiencia sugiere que la práctica en cuestión no tiene aplicaciones pro competitivas y así, la regla *per se* es obviamente la más apropiada⁴⁹. Sin embargo, en los casos restantes, la elección gira en gran medida en torno a la cuestión acerca de la competencia judicial. Esto quiere decir que, las prácticas que tienen algún tipo de aplicación pro competitiva aun pueden ser consideradas ilegales *per se*, siendo la lógica que, al ser aplicados a estas prácticas, los beneficios esperados del análisis casuístico son contrapesados por los costos que se cree serán generados – costos que incluyen el costo directo de litigar, los costos asociados con la incertidumbre, y, más importante aun, los costos asociados con los errores judiciales⁵⁰.

Así, al formular las políticas *antitrust* respecto de las reglas *per se*, los tribunales, en esencia, realizan una pregunta similar a la aquí planteada: ¿es el poder judicial lo suficientemente hábil analizando la estructura del mercado de manera que se justifique una consideración casuística de la práctica específica en cuestión, o son las cortes tan propensas a errar en su análisis de esta práctica, que un análisis discrecional es poco aconsejable? La pregunta ha sido recientemente tocada por la Corte Suprema respecto de una práctica que guarda grandes semejanzas con la coordinación que se encuentra bajo consideración en este artículo: coordinación de precios por medio del uso de acuerdos de maximización vertical de precios.

Durante cerca de cincuenta años, los acuerdos de maximización vertical de precios –contratos por medio de los cuales un fabricante aguas arriba o proveedor impone un *price cap* a los comerciantes aguas abajo al por menor o revendedores– estuvieron prohibidos por una regla *per se*⁵¹. Pero, en 1997, la Corte Suprema ignoró esos caos anteriores y sostuvo que los acuerdos de maximización vertical de precios eran correctamente juzgados bajo la regla de la razón⁵². A decir verdad, este caso reciente no ofrece una mejor visión introspectiva de la lógica de los tribunales. La opinión tan sólo hace algunas referencias vagas a los posibles daños que pueden conseguirse si los acuerdos de maximización vertical de precios son aprobados erróneamente⁵³ y, al final, la opinión parece simplemente afirmar que el comportamiento anti-competitivo “puede ser apropiadamente reconocido y castigado” casuísticamente⁵⁴.

Resulta pues poco claro cómo debe ser interpretado esto. Puede haber ocurrido que la Corte pensó que el tema era tan obvio, que bastaban unas pocas palabras y unas breves citas. Pero eso sería, por decir lo menos, sorprendente, dado el número de escenarios en los que los acuerdos de maximización vertical de precios podrían posiblemente ser anti-competitivos⁵⁵, y el continuo debate tanto acerca de la probabilidad de esos usos, como acerca de su severidad⁵⁶. Parece que resultar más plausible interpretar el caso como parte de una amplia tendencia lejos de las reglas *per se* en el contexto *antitrust*. Esa tendencia ha sido bien documentada en otra parte⁵⁷ –el resultado de una serie de excepciones y lecturas limitadas realizadas por la Corte⁵⁸ seguidas por esfuerzos de cortes menores para mitigar cualquier regla *per se* que aún surta efecto⁵⁹.

⁴⁸ Nota de Traductor: El término *Antitrust* se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado.

⁴⁹ National Society of Professional Engineers vs. United States, 435 U.S. 679, 688-92 (1978) (las reglas *per se* son apropiadas cuando son aplicadas a “acuerdos cuyo efecto natural y necesario es tan claramente anticompetitivo que ningún estudio elaborado de la industria es requerido para establecer su ilegalidad”).

⁵⁰ Compárese EASTERBROOK, Frank H. “Vertical Arrangements and the Rule of Reason”. En: *Antitrust Law Journal*, No. 53. pp. 135, 157. 1984 (la regla *per se* es apropiada en instancias en las que la “adjudicación casuística... permitirá demasiadas prácticas perjudiciales para escapar de la censura”); EASTERBROOK, Frank. “Maximum Price Fixing”. En: *University of Chicago Law Review* No. 48. pp. 886, 909-910. 1981. (“Los costos de tratar de separar acuerdos beneficiosos entre competidores son grandes; un costo particular es la posibilidad de error”; “en algún punto, sin embargo, los beneficios posibles se vuelven tan grandes en relación con los costos de investigación... que no existe... justificación para utilizar reglas *per se*”).

⁵¹ Kiefer-Stewart Co. vs. Joseph E. Seagram & Sons, Inc., 340 U.S. 211 (1951); Albrecht vs. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

⁵² State Oil vs. Kahn, 522 U.S. 3 (1997), ignorando Albrecht.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Para una visión general y citas de la literatura, véase EASTERBROOK, “Maximum Price Fixing”, Op. cit.

⁵⁶ <Recolectar fuentes adicionales>.

⁵⁷ Véase por ejemplo MEESE, Alan J. “Tying Meet the New Institutional Economics: Farewell to the Chimera of Forcing”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, No. 146. p. 1. 1997; PIRAINO, Thomas A. Jr. “Making Sense of the Rule of Reason”. En: *Vand. Law Review* No. 47. pp. 1753, 1753-1760. 1994; GELLHORN, Ernest y Teresa TATHAM. “Making Sense Out of the Rule of Reason”. En: *Case W. Res.* No. 35. p. 155. 1985.

⁵⁸ Véase por ejemplo Broadcast Music, Inc. vs. CBS 441 U.S. 1 (1979) (análisis de la regla de la razón apropiado para acuerdos sábana de licencia entre compositores y CBS; no dentro de la regla *per se* de otra manera aplicada a la fijación de precios horizontal); Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde, 466 U.S. 2 (1984) (limitando la norma *per se* aplicable a casos de arreglos de amarre al introducir un requisito de poder de mercado); Monsanto Co. vs. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984) (los fabricantes pueden rehusarse a negociar con el price-cutter mientras la acción sea unilateral; la evidencia de que otros distribuidores se han quejado con el fabricante no transformará por sí misma la acción unilateral en concertada para el propósito del análisis de *antitrust*); Business Electronics Corp. vs. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988) (regla *per se* contra acuerdos para terminar el *price-cutting dealer* no es aplicable en los casos en los que la empresa involucrada en la concertación no había acordado un precio específico para sí).

⁵⁹ Véase por ejemplo Jack Walters & Sons Corp. vs. Morton Building, 737 F.2d 698, 706 (7th Cir.), cert denied, 469 U.S. 1018(1984) (mitigando prohibiciones válidas, en ese entonces, *per se* sobre acuerdos verticales de maximización de precios al limitar severamente posibles daños).

De hecho, con esta reciente regulación, casi todas las restricciones impuestas por compañías aguas arriba a sus contrapartes aguas abajo, son ahora evaluadas bajo la regla de la razón⁶⁶. Las cortes consideran los hechos a la hora de emitir sus resoluciones acerca de la legalidad de las restricciones sobre, digamos, territorios de ventas o listas de clientes⁶⁷. Un fabricante puede rehusar negociar con un afiliado con el que mantiene una relación de largo plazo –tal vez incluso reemplazar a ese vendedor al por menor por otro o por una filial propia- y, en el peor de los casos, estar sujeto únicamente al análisis casuístico de la regla de la razón⁶⁸. Esto no es porque no exista una posibilidad de que las cortes se equivoquen en su evaluación de las consecuencias de restricciones verticales de ese tipo. Esto no es porque estas prácticas no representen un riesgo de aplicación anti-competitiva, ni porque los costos de litigio e incertidumbre hayan sido probados triviales en estos casos. La importancia de la regla de la razón, por el contrario, refleja un consenso gradual dentro del poder judicial y de la academia respecto de que las cortes son lo suficientemente competentes cuando se trata de analizar estructuras de mercado complicadas.

¿Diferiría el análisis bajo las cuatro doctrinas sobre propiedad intelectual, introducidas en la subsección previa, del análisis requerido en casos tradicionales de *antitrust*? Absolutamente. La aproximación *antitrust* es pasiva, la ley simplemente está permitiendo que las firmas, en los casos apropiados, coordinen precios sin temor a responsabilidad *antitrust*. La aproximación propuesta, por el contrario, contempla la intervención afirmativa, a saber, el reconocimiento de derechos de propiedad más amplios. Pero en la elección entre reglas generales y el análisis casuístico, esa parece ser una distinción sin diferencias. El régimen de propiedad intelectual actual funciona como una negación *per se* de la intervención afirmativa. La reciente decisión respecto de acuerdos sobre los precios máximos de reventa parecen poner ese resultado en duda⁶⁹.

Respecto de la segunda preocupación presentada anteriormente –la inquietud de que aun con derechos más amplios, como una cuestión práctica los dueños de las plataformas no estarían en

condiciones de coordinar a los terceros desarrolladores- ciertamente, resulta verdad que los derechos de propiedad resuelven sólo parte de los problemas que enfrentan los dueños de plataformas. Derechos más amplios obligan a los potenciales desarrolladores a identificarse ante el dueño de la plataforma puesto que, sólo un dueño de plataforma puede autorizar a una firma a comercializar periféricos. Ellos además obligan a las compañías de periféricos a cumplir con los requerimientos de los dueños de las plataformas, por lo menos mientras la red de coordinación sujeta a dichas solicitudes sea más atractiva que una opción de competencia no coordinada. Lo que estos derechos no hacen, sin embargo, es ayudar a los dueños de plataformas a saber cómo manejar esta influencia en la fase de productos desconocidos y demanda incierta.

Este es un problema significativo, sin embargo, la experiencia en otras industrias sugiere que las firmas con coordinaciones aguas arriba pueden, frecuentemente, desarrollar mecanismos que restringen efectivamente los precios cobrados por las compañías con coordinaciones aguas abajo, y que pueden hacer esto a pesar de las limitaciones informativas. Por ejemplo, los editores de periódicos normalmente conceden, a los repartidores de periódicos, territorios exclusivos de venta para poder hacer posibles ciertas economías de escala en el proceso de reparto. No obstante, habiendo hecho esto, los editores están luego interesados en limitar los precios de reparto para asegurarse de que los repartidores no abusen de su posición exclusiva. Así los editores de periódicos han elaborado un mecanismo – los mencionados convenios de maximización de precios – para restringir la discrecionalidad de los repartidores, manteniendo los precios de repartición bajos y las ventas de los periódicos altas⁷⁰. Los editores eligen los precios máximos a pesar del hecho de que los repartidores tienen información privada con respecto de las condiciones de la demanda local, la calidad de su servicio de reparto, etc.

Una dificultad similar se presenta en la industria automotora. Los fabricantes de autos también suelen asignarle a sus distribuidores territorios exclusivos de

⁶⁶ La *hold-out* solitaria es la prohibición *per se* sobre acuerdos de precios mínimos, una doctrina con raíces que llegan hasta *Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911). Incluso esa regla *per se* conoce limitaciones; por ejemplo, bajo la doctrina *Colgate*, los acuerdos de precios mínimos, impuestos por una mera acción unilateral nunca caen bajo el ámbito de las leyes de *antitrust*. Véase *United States vs. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

⁶⁷ Estos y otros ejemplos son discutidos en HOVENKAMP, Herbert. "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice". 1994. pp. 392-440.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ver también *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567 (1961) (negando la aplicación de la regla *per se* donde la tecnología de la empresa se vincula a las ventas de nueva tecnología para el servicio y mantenimiento de la tecnología y que aspectos tales como nueva tecnología deberían ser tratados de manera diferente a la establecida comúnmente).

⁷⁰ *Albrecht vs. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

venta, esta vez como una forma de eliminar un problema del *free-rider*⁷⁰ con respecto de servicios de agentes. (Como lo explican Carlton y Perloff, si a los distribuidores de carros no les fuesen asignados territorios exclusivos de venta, un distribuidor ingenioso abriría una tienda al costado de la de otro distribuidor, mantendría sus precios bajos ahorrando en decoro y servicio, y pondría un letrero en la ventana aconsejando a los consumidores que “prueben el vehículo allí y compren aquí”⁷¹). En este contexto, los territorios exclusivos de venta vuelven a crear una situación en la que los vendedores al por menor tienen poder en el mercado; pero, tal vez porque las dificultades informativas y de monitoreo son más severas en la industria automotora de lo que son en la industria de los periódicos, los fabricantes de autos han sido reacios a establecer topes de precios directamente. En lugar de eso, los fabricantes ofrecen premios de ventas a los distribuidores y vendedores. A más bajo sea el precio que los distribuidores cobren, más carros venderán, y mayores serán las recompensas correspondientes. Las recompensas por ventas son así un incentivo para que los distribuidores elijan cobrar precios menores a los que cobrarían de otra manera, reduciendo así la distorsión de los precios.

Hay otros ejemplos de mecanismos que ayudan a restringir los precios en situaciones caracterizadas, por lo menos, por cierto grado de información imperfecta. Por ejemplo, ciertos centros comerciales utilizan programas de repartición de utilidades para atar las ganancias de las tiendas y motivar, de esa manera a las tiendas individuales a cobrar precios a los que se le puede atribuir tanto efectos directos sobre sus propias ganancias como efectos indirectos sobre el tráfico de todo el centro comercial⁷². El punto aquí es sólo que, armados con los derechos de propiedad intelectual adecuados, los dueños de plataformas pueden llegar a ser capaces de usar estos u otros mecanismos relacionados para mitigar las distorsiones de precios y utilidades discutidas en este artículo⁷³. Esto parece especialmente probable en casos en los que los precios son considerablemente más altos de lo óptimo puesto que, en esos casos, incluso un mecanismo imperfecto de coordinación podría generar utilidades significativamente mayores.

IV. CONCLUSIÓN

La externalidad identificada en este artículo, puede producirse cuando se presentan tres condiciones: (1) los consumidores realizan una inversión inicial que incrementa el valor de cierto número de productos, (2) esos productos son vendidos por empresas independientes y (3) un subconjunto de esas empresas tienen por lo menos un poder de mercado limitado. Como se señaló en la introducción, estas condiciones pueden ser satisfechas en una variedad de escenarios, aunque este artículo se ha centrado en varias aplicaciones de tecnología.

En teoría, la distorsión de precios resultante puede ser eliminada mediante contratos, integración vertical, o fusión; pero, en el contexto de tecnologías de plataforma emergentes, los problemas de coordinación hacen que estas soluciones no sean viables. La naturaleza dinámica de los mercados basados en tecnologías emergentes hace que sea difícil juntar a todas las compañías afectadas para una única negociación; y la externalidad en sí misma mina los beneficios de cualquier negociación realizada entre un subconjunto de las empresas afectadas. Estos problemas pueden ser solucionados por los derechos de propiedad. Así, el artículo ha argumentado que la legislación sobre propiedad intelectual debería tomar provecho de estas cuestiones, ofreciendo la posibilidad de derechos más fuertes en casos en los que la coordinación sería, de otra manera, imposible.

El entusiasmo reciente por las normas legales que restringen el comportamiento de los dueños de plataformas ha llenado, hasta cierto punto, las conversaciones referentes a una reforma legal como la aquí discutida. Eso es infortunado. Tal como economías tradicionales de redes relacionadas con efectos encerrados en la misma sugieren que la intervención legal que limite el control de los dueños de plataformas podría, en algunos casos, mejorar el bienestar social; la economía de redes introducida en este artículo sugiere, a la inversa, que la intervención legal que apoye el control de los dueños puede también, a veces, incrementar el bienestar social.

⁷⁰ Nota de Traductor: el término utilizado en castellano suele ser “gorrón”.

⁷¹ Adaptado de Carlton & Perloff.

⁷² <Confirmar con gerentes de centros comerciales>. Este mismo resultado puede ser logrado, en teoría, realizando ajustes al alquiler de cada tienda, sin embargo, la renta parece estar anexada a otras externalidades, por ejemplo, externalidades con respecto de la decisión de abrir una tienda particular en un centro comercial dado. Sobre estas externalidades véase PASHIGAIN, B. Peter y Eric GOULD. “Internalizing Externalities: The Pricing of Space in Shopping Malls”. En: *Journal of Law and Economics* No. 41. p. 115. 1998.

⁷³ Para señalar un ejemplo: los dueños de las plataformas requieren que los potenciales desarrolladores de periféricos paguen una tarifa de licencia por delante; el dueño de la plataforma podrá luego usar esas tarifas para financiar un sistema de incentivos de ventas similar al utilizado en la industria automotora.

Supóngase que N Firms producen cada una un periférico compatible con una plataforma dada. Cada firma $i \in [1, N]$ vende su periférico a un precio p_i , y la plataforma está disponible a un precio p que, para el propósito de este modelo es exógeno. Asíumase que la plataforma no tiene un valor intrínseco, lo que equivale a decir que los consumidores la compran sólo porque les permite usar periféricos.

Si la plataforma fuera gratuita, un consumidor dado estaría dispuesto a pagar hasta b_i por el periférico i . Sin embargo, dado que la plataforma no es gratuita, el consumidor está dispuesto a pagar únicamente hasta b_{ei} , donde b_{ei} es la valoración efectiva del consumidor del periférico i , dados todos los precios, p_i , y el precio de plataforma, p .

Defínase $N = \{1, 2, 3, \dots, N\}$ $N_i = N - \{i\}$. b_{ei} es entonces

$$\left\{ \begin{array}{ll} p - 0 & \text{if } b_i \leq p_i \forall j \in N_i \\ p - \sum_{j \in J_i} (b_j - p_j) & \text{if } \exists J_i \subseteq N_i \text{ de manera que } j \in J_i \\ & \text{satisface } p_i \leq b_j \leq p, \forall \\ & \sum_j \in j(b_j - p_j) \leq p, \text{ y (A1)} \\ & \forall i \in (N - J_i), b_i \leq p_i \\ p - p & \text{if } \exists J_i \subseteq N_i \text{ de manera que } j \in J_i \\ & \text{satisface } p_i \leq b_j, \text{ y} \\ & \sum_j \in j(b_j - p_j) \geq p \end{array} \right.$$

donde la porción dentro del corchete representa el precio efectivo de la plataforma, dada esta valoración por parte de los consumidores y los distintos precios de periféricos. Puesto que el precio efectivo de la plataforma varía de consumidor en consumidor, definamos p_{ei} como el precio efectivo de plataforma *esperado* respecto del periférico i dados todos los precios p_i .

La figura 5 interpreta (A1) en el contexto de un ejemplo específico. La línea más pegada a la derecha representa la demanda de un periférico, bajo el supuesto de que las valoraciones de los consumidores están uniformemente distribuidas en $[0, 100]$ y que la plataforma relevante está disponible a ningún costo. La línea más pegada a la izquierda muestra cómo cambia la demanda cuando el precio de la plataforma es diferente de cero; en este ejemplo, el precio fue establecido en 80. La línea del medio muestra cómo la demanda toma una forma distinta con la introducción de dos periféricos adicionales. Esta línea en particular muestra la demanda bajo el supuesto de que las valoraciones de los consumidores por los otros dos periféricos son independientes y están uniformemente distribuidas en $[0, 100]$, y que los dos periféricos adicionales son vendidos a un precio de 30 cada uno.

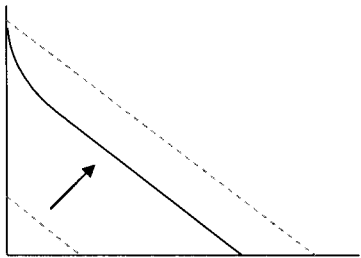


Figura A1. Demanda modificada por los precios y la demanda de dos periféricos adicionales. Las tres líneas son interpretadas en el texto.

La introducción de los dos periféricos adicionales no sólo desplaza la demanda hacia arriba y hacia la derecha, también la curva. El desplazamiento hacia arriba es fácil de entender: el precio efectivo de la plataforma se ha reducido, de manera que la demanda parcialmente recupera la pérdida representada en la figura 3. La curva en la parte superior es más complicada. Lo intuitivo es que los consumidores que se ubican en el extremo máximo de valoración son particularmente poco comunes, ya que, estos consumidores no sólo deben valorar altamente el periférico, sino que también debe resultar que valoran los otros periféricos de tal manera, que el precio efectivo de la plataforma sea casi cero. La confluencia de estas circunstancias es poco frecuente, y así, en la parte superior de la curva, una reducción de precios dada atrae menos nuevos compradores de lo que atraería un cambio correspondiente en cualquier otro punto de la curva.

Denótese la demanda enfrentada por la firma $i \in N$ por $D_i(p, p_i, p_{-i})$, lo que significa que la demanda por el periférico i de la firma es una función del precio (p) de la plataforma, el precio (p_i) del periférico, y los precios de todos los otros periféricos (p_{-i}). Nótese que p_{-i} no afecta a D_i directamente, sino que en lugar de eso influencia a D_i mediante sus efectos sobre el precio efectivo de la plataforma. De este modo, la firma i elige p_i para maximizar sus ganancias, p_i , donde $p_i = p D_i(p, p_i, p_{-i})$ con p y p_{-i} tomados tal cual. La condición de primer orden de la empresa i para este problema de maximización es

$$\partial \pi_i / \partial p_i = D_i(p, p_i, p_{-i}) + p_i D_i'(p, p_i, p_{-i}) \quad (A2)$$

Denótese $\partial D_i / \partial p_i$ como D_i' . Sea p_i^u el precio no coordinado en equilibrio de la firma i . Nosotros asumimos que las firmas se establecen en un equilibrio Nash para facilitar la discusión; en los casos en los que no hay equilibrio, los precios se agitan y nuestra afirmación sería que agitan a niveles que son improductivamente altos. En p_i^u el FOC en (A2) iguala a cero, así que obtenemos que

$$p_i^u = -D_i(p, p_i^u, p_{-i}^u) / D_i'(p, p_i^u, p_{-i}^u). \quad (A3)$$

Definase $p^u = (p_1^u, \dots, p_N^u)$. Las diferentes aseveraciones hechas en el artículo afirman que p^u es improductivamente alto, en otras palabras, que reducir los precios incrementaría las ganancias agregadas. Para apreciar esto, definamos las ganancias totales de la red, π_N como:

$$\pi_N = \sum_i p_i D_i(p, p_i, p - i) \quad (A4)$$

Para un p_i dado, la condición de primer orden para este problema de maximización es

$$\partial \pi_N / \partial p_i = D_i(p, p_i, p - i) + p_i D_{i'}(p, p_i, p - i) + \sum_{j \neq i} p_j [\partial D_j / \partial p_i] \quad (A5)$$

El punto crítico es este: cualquier precio para el cual este derivado es negativo es, por definición, un precio improductivamente alto. Un precio menor incrementa las ganancias agregadas.

Es útil reformular (A5) como

$$(A5) = (A2) + \sum_{j \neq i} p_j [\partial D_j / \partial p_i] \quad (A5')$$

dado que sabemos que (A2) = 0 para todo i cuando $p = p^u$. También sabemos que $p_j \geq 0$ para todo j (ya que estos son precios). Así, en p^u , debemos simplemente determinar el signo de (A5'), notando que la aseveración (débilmente) aguanta cuando

$$\partial \pi_N / \partial p_i = \sum_{j \neq i} p_j [\partial D_j / \partial p_i] \leq 0 \quad (A6)$$

Propuesta: En escenarios en los que dos o más firmas venden periféricos y esos periféricos no son ni complementarios ni sustitutos, cada compañía ganaría más si cobrara un precio menor a su precio racional individual.

Probamos la propuesta en dos pasos. Primero, mostramos que de no haber coordinación cada empresa cobrará un precio muy alto relativo a los precios que maximizarían las ganancias agregadas. Luego mostramos que, cuando sea que cada empresa está cobrando un precio muy alto relativo a los precios que maximizarían las ganancias agregadas, existe un conjunto de precios coordinados de modo que cada empresa gana individualmente más de lo que ganaría bajo condiciones de no coordinación.

Considérese (A1). Sabemos de (A1) que cambios en los precios de las otras empresas mueven la demanda por un periférico dado, y de maneras predecibles. Precios más bajos para los otros periféricos significan un incremento en la demanda del periférico original. A la inversa, precios más altos para los otros periféricos representan una menor demanda por el periférico original. Definimos el concepto en el corchete como el precio "efectivo" de la plataforma, y luego definimos p_{ei} como el precio efectivo de plataforma esperado. Así, sabemos que $\partial D_i / \partial p_{ei} \leq 0$ (esto es, la demanda por el periférico i decrece mientras el precio efectivo de plataforma se incrementa) y $\partial p_{ei} / \partial p_j \geq 0$ (un

incremento en el precio de la firma j incrementa el precio efectivo de la plataforma como es percibido por los consumidores que están pensando en adquirir cualquier otro periférico).

El signo de (A6) está determinado por el signo de $\partial D_j / \partial p_i$ para todos los pares $(i, j) \in N$ donde $i \neq j$. Puesto que los periféricos no son ni complementarios ni sustitutos, la única relación entre su demanda y los precios de otras empresas es la relación sobre la base de la plataforma. Así, para cualquier par sabemos

$$\partial D_j / \partial p_i = \partial D_j / \partial p_{ej} \times \partial p_{ej} / \partial p_i \quad (A7)$$

que es menor o igual a cero. Así la desigualdad en (A6) se sostiene, y sabemos que todas las compañías pueden disminuir su precio y (tímidamente) incrementar sus ganancias.

Ahora deseamos mostrar que las ganancias individuales también incrementan –esto es, si cuando los precios son no coordinados (A6) es negativo, entonces existe un conjunto de precios ($p^* = [p_1^*, \dots, p_N^*]$) de manera que $p^* \leq p^u$, y por el que las ganancias individuales de las empresas se incrementan incluso sin parte- los pagos entre las empresas. La evidencia presentada aquí sigue el camino inductivo. Primero mostramos que el resultado se sostiene para el caso de las dos empresas, luego mostramos que, si se sostiene para N firmas, también se sostiene para $(N+1)$ firmas.

Definase π_{ij}'' como $\partial \pi_i / \partial p_j$ evaluado a un vector de precio p^u . De la prueba anterior, sabemos que, cuando los precios no son coordinados, una reducción marginal de precios hecha por cada empresa incrementa el total de las ganancias. Una reducción de precios reduce las ganancias de una empresa particular, así que debe ser cierto que una reducción de precios hecha por la primera firma disminuye sus ganancias en un monto menor al monto en que incrementa las ganancias de la segunda empresa, y viceversa. Así:

$$|\pi_{11}''| < |\pi_{21}''| \quad (A8)$$

$$|\pi_{22}''| < |\pi_{12}''| \quad (A9)$$

Respondiendo por las señales, esto implica (lo que será útil más abajo)

$$\pi_{11}'' \pi_{22}'' < \pi_{12}'' \pi_{21}'' \quad (A10)$$

Asumamos ahora que tenemos una pequeña desviación descendente en los precios desde p^u . Diferenciando la función de ganancias de cada firma obtenemos:

$$d\pi_1 = \pi_{11} dp_1 + \pi_{12} dp_2 \quad (A12)$$

$$d\pi_2 = \pi_{21} dp_1 + \pi_{22} dp_2 \quad (A12)$$

Si ambos, (A11) y (A12), son mayores que cero, entonces la reducción de precios habrá incrementado las ganancias de ambas compañías y el corolario sería

inmediatamente verdadero. Si ambos son menores a cero, entonces la reducción habrá disminuido las ganancias agregadas, cosa que sabemos resulta imposible. Así, el caso de interés es el caso en el que uno es positivo y el otro negativo. Sin dejar de hablar en términos generales asumamos, entonces, que (A11) > 0 y (A12) < 0 .

Definamos el *break-even* cambio de precio de la firma 2, dp_2^b , como el cambio en p_2 de manera que, para un cambio en p_1 dado, $d\pi_2$ sea igual a cero. En otras palabras

$$dp_2^b(dp_1) = -[\pi_{21}/\pi_{22}] \times dp_1 \quad (A13)$$

Si la empresa 2 elige este cambio de precio, entonces el cambio en las ganancias de la firma 1 provocado por un cambio dado en p_1 es

$$d\pi_1[\pi_{11} - (\pi_{12}\pi_{21})/\pi_{22}] \times dp_1 \quad (A14)$$

Dado que $dp_1 < 0$, las ganancias de la firma 1 se elevan sólo si $[\pi_{11} - (\pi_{12}\pi_{21})/\pi_{22}] < 0$. Esto se sigue directamente de (A10). Así, podemos hacer que una firma este estrictamente mejor económicamente y debilitar a otra, por medio de la reducción de precios. De hecho, si las funciones de las ganancias son continuas y $\pi_{jj} \neq 0$, entonces, podemos reducir el precio de la firma 1 en ϵ ; las ganancias de la firma 1 seguirán siendo mayores a π_1^u , y las de la empresa 2 serán ahora mayores a π_2^u también.

Es fue el caso de las dos empresas. Ahora, imagínese que la propiedad se sostiene para N firmas. Esto quiere decir que cada firma puede reducir sus precios en un monto apropiado y, dado que las otras empresas también han bajado sus precios, experimentar un incremento neto en utilidades. Es fácil ver que esta propiedad se sostendrá también para una firma adicional. Después de todo, esa firma se beneficia de la reducción de precios negociada por las N empresas. Si reduce su precio lo suficiente como para devolver toda esa ganancia, beneficiará a las otras compañías y seguirá encontrándose en una mejor posición que en la que se encontraría si no lo hace. Por ello, se induce, el caso de las dos empresas se amplía para demostrar que la propiedad se sostiene de una manera general.

Corolario 1. En escenarios en los que algunos periféricos son complementarios, la propuesta se sostiene para todos los casos.

Asúmase que un conjunto $J \subset N$ de los periféricos son (directamente) complementarios, significando esto que en adición a ser complementarios indirectamente mediante la plataforma, estos periféricos tienen una

sinergia directa de manera que, un precio menor para uno incrementaría la demanda de los otros.

En (A7), debido a que los periféricos no eran ni complementarios ni sustitutos, sabíamos que $\partial D_j / \partial p_i = \partial D_j / \partial P_{ej} \times \partial P_{ej} / \partial p_i$. Ahora, debido a que existe una relación directa entre los periféricos, este concepto se vuelve más complicado. Definase F_j como D_j evaluado cuando P es igual a cero. Esto es, F_j es la demanda del periférico J asumiendo que la plataforma es gratuita. (A7) así se convierte en

$$\partial D_j / \partial p_i = \partial D_j / \partial P_{ej} \times \partial P_{ej} / \partial p_i + \partial F_j / \partial p_i \quad (A15)$$

donde $\partial F_j / \partial p_i$ es negativo para los complementarios y cero para todos los otros periféricos. Así, en el agregado, (A15) es negativo. Q.E.D.

Corolario 2. En escenarios en los que algunos de los periféricos son sustitutos, la propuesta se sostiene para todas las firmas que no venden sustitutos, y puede o no sostenerse para las empresas que venden sustitutos.

Asúmase que un conjunto $J \subset N$ de las empresas son sustitutas, significando esto que un decrecimiento en el precio de una decrece las ventas de la otra, o mejor dicho, que para estas empresas $\partial F_j / \partial p_i$ es positivo. Como en el corolario presentado previamente,

$$\partial D_j / \partial p_i = \partial D_j / \partial P_{ej} \times \partial P_{ej} / \partial p_i + \partial F_j / \partial p_i \quad (A16)$$

Pero esta vez $\partial F_j / \partial p_i$ es o cero o positivo. El efecto agregado sobre las ganancias de la red para un cambio de los precios de una empresa dado es así

$$\partial \pi_N / \partial p_i = D_i(p, p_i, p - i + p_i D_i(p, p_i, p - i) + \sum_{j \neq i} p_j [\partial D_j / \partial p_i] \quad (A17)$$

Lo que cuando los precios no son coordinados se simplifica como

$$\partial \pi_N / \partial p_i = \sum_{j \in J, i \in J, j \neq i} p_j [\partial D_j / \partial p_i] + \sum_{j \in N, i \in N, j \neq i} p_j [\partial D_j / \partial p_i] \quad (A18)$$

Los derivados en el segundo concepto son negativos, tal como lo eran en la Prof. de la propuesta. Según (A16), los derivados en el primer concepto pueden ser o positivos o negativos, dependiendo de la magnitud relativa de $\partial F_j / \partial p_i$ comparada con la magnitud de $\partial D_j / \partial P_{ej} \times \partial P_{ej} / \partial p_i$. El efecto global depende del número de firmas en cada sumatoria así como las magnitudes relativas. Siendo todo lo demás igual, mientras el número de firmas en la primera sumatoria se incrementa, o la magnitud de $\partial F_j / \partial p_i$ crece, el término derivado se vuelve cada vez más positivo y viceversa. Q.E.D.



Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán

Av. Javier Prado Oeste 1406 San Isidro

Teléfono 422-9818 Fax: 422-9923

e-mail: postmast@rozv.com.pe

Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Notario

ESTUDIO

AURELIO GARCÍA SAYÁN
ABOGADOS

El Rosario 380, San Isidro, Lima, Perú

Teléfonos (511) 440-7431, 441-5157. Telefax: (511) 440-5218, 440-6393

E-mail: postmaster@garciasayan.com.pe / Página web: www.garciasayan.com.pe

MONITOREANDO LOS DESARROLLOS EN EL DERECHO *ANTITRUST**

Jonathan B. Baker **

El Derecho Antitrust ha experimentado grandes variaciones hacia su desarrollo en las últimas décadas. Tanto la aparición de nuevas industrias como la apertura de varios mercados han generado que se ajusten nuevos parámetros en su aplicación.

Precisamente en este artículo, se describen cuáles son los cambios experimentados en el Derecho Antitrust y como vienen siendo desarrollados en sus distintas áreas de aplicación.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Journal of Economic Perspectives – Volumen 13, No. 1. 1999, bajo el título “Policy Watch: Developments in Antitrust Economics”. La publicación se hace bajo expresa autorización del Journal of Economic Perspectives. La traducción fue realizada por Michel Seiner Pellny, Director de THEMIS, con la colaboración de Alejandro Manayalle, Director de Contenido de THEMIS, y de Mariela Pérez-Costa, miembro de THEMIS.

** Director del Bureau of Economics de la Federal Trade Commission en Washington D.C. Los puntos de vista expresados no son necesariamente compartidos por la Federal Trade Commission o cualquier miembro de ésta en particular. El autor agradece a Dennis Carlton, Malcolm Coate, David Reiffen, Daniel Rubinfeld, Steven Salop, Louis Silvia, Charles Thomas, Gregory Vistnes, Gregory Werden y Robert Willig.

INTRODUCCIÓN

Hacia el final de los setentas y ochentas, las Cortes Federales transformaron las normas del Derecho *Antitrust*¹ y las agencias federales de protección de la libre competencia alteraron los criterios de selección de casos en respuesta a las teorías desarrolladas por los economistas especialistas en organización industrial. Estos avances en el pensamiento económico, muchas veces asociados con la escuela de Chicago, viraron las prácticas y normas antimonopólicas hacia un gran escepticismo acerca de la relación entre la concentración y el poder en el mercado y un mayor reconocimiento del posible rol tendiente a la eficiencia de los acuerdos verticales (contratos entre empresas y sus clientes o proveedores) que se presentaron en los cincuentas y sesentas¹. El presente trabajo partirá de donde los mencionados avances se quedaron al resaltar los más recientes avances en la economía antimonopólica que han influenciado la manera mediante la cual las agencias de libre competencia analizan 5 temas: eficiencias de las fusiones, condiciones de acceso, prácticas que facilitan la coordinación, prácticas de exclusión y los efectos unilateralmente competitivos de las fusiones.

Muchos de estos avances se reflejan en las Directrices de Fusiones Horizontales del Departamento de Justicia (DOJ) y de la Federal Trade Commission (FTC)². Estas directrices describen las políticas de las agencias federales protectoras de la libre competencia y han sido de gran influencia en las Cortes, aunque los jueces no están obligados a seguirlas. Estas directrices han sido revisadas cuatro veces desde su promulgación en 1968 por el Departamento de Justicia, y han crecido en orientación económica y sofisticación con cada revisión.

NUEVOS AVANCES AL ANALIZAR LAS EFICIENCIAS DE LAS FUSIONES

¿Cómo deberían los protectores de la libre competencia asumir el potencial de las fusiones para generar ahorro de costos y otras eficiencias al evaluar uno de los probables efectos competitivos de una adquisición? Los antiguos precedentes legales eran escépticos frente a una defensa de la eficiencia de las fusiones. Pero, en la revisión de 1997 a la sección de eficiencias de las

directrices de fusiones de 1992, las agencias protectoras de la competencia adoptaron una postura consistente con el trabajo marco de Williamson³ acerca del análisis del bienestar social de las fusiones.

Las directrices revisadas reconocen que las fusiones pueden crear incentivos contradictorios: pueden llevar a precios más altos si facilitan el ejercicio del poder de mercado o pueden llevar a precios más bajos si generan el ahorro de costos que incentiva a la empresa fusionada a competir más agresivamente. (En un contexto dinámico, las directrices de fusiones también atañen la posibilidad que las empresas ejerzan mayor poder de mercado al entrapar la innovación o la posibilidad que las eficiencias de las fusiones puedan generar mejoras en los productos). El efecto neto de una adquisición en el precio, en cualquier mercado, depende de cuál es el efecto dominante. Es muy posible que ambos efectos se produzcan en simultáneo, una ganancia en la eficiencia productiva (producción más barata) y, al mismo tiempo, una pérdida en eficiencia distributiva como resultado de mayor poder de mercado. Las directrices sobre fusiones se centran en el precio, y, por tanto, enfatizan la identificación del efecto neto de la fusión en el superávit del consumidor dentro de los mercados donde el daño anticompetitivo parece probable. Bajo algunas circunstancias, existe flexibilidad de parte de las agencias protectoras de la libre competencia para considerar las eficiencias productivas generadas en otros mercados o que no podrían ser trasladadas a otros consumidores.

La necesidad de evaluar la magnitud relativa de los incentivos de las fusiones, tanto los que tienden a incrementar precios como los que tienden a disminuirlos, atraen la atención hacia el *pass through rate*; esto es, la facilidad con la cual la empresa fusionada podría trasladar cambios en los costos al precio. Mientras menor sea el *pass through rate*, mayor tendrá que ser cualquier reducción en el costo marginal para trascender un incentivo anticompetitivo de incrementar el precio y generar una reducción de precio en el neto². Ya que las agencias de protección de la libre competencia consideran sólo las eficiencias que son específicas de la fusión -es decir, las eficiencias de la fusión propuesta que tienen escasas

¹ Nota de Traductor: El término *Antitrust* se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado.

² Para una introducción de las ideas económicas detrás de la revolución del Derecho *Antitrust* de la escuela de Chicago, ver BORK, Robert. "The Antitrust Paradox: A policy at war with itself". New York, Basic Books, 1978. POSNER, Richard. "Antitrust Law: An Economic Perspective". Chicago, University of Chicago Press, 1976 y un debate en GOLDSCHMID, Harvey; MANN, Michael y Fred WESTON. "Industrial Concentration: The New Learning". Boston, Little Brown and Company, 1974.

³ Nota de Traductor: El autor se refiere a los "Horizontal Merger Guidelines" publicados en www.ftc.gov/bc/docs/horizmer/htm.

⁴ Nota de Traductor: WILLIAMSON, Oliver. "Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs". American Economic Review, No. 58. pp. 18-36.

⁵ El énfasis en las reducciones del costo marginal, no fija los costos de ahorro. Mientras fijar el costo de ahorro puede beneficiar la economía mediante la concesión de recursos para el flujo de otras industrias, ellos no crean un incentivo para establecer un menor precio en el mercado donde el daño competitivo probablemente aparecerá.

posibilidades de obtenerse (u obtenerse muy lentamente) en ausencia de la fusión- y porque las eficiencias específicas de las fusiones típicamente llevan a ahorros de costos específicos de cada empresa (que no se pueden esparcir al resto de la industria), el *pass through rate* relevante relaciona un cambio en el precio cobrado por la empresa a un cambio en el costo marginal de ese producto, manteniendo constante el costo marginal de los productos de sus competidores. El *pass through rate* específico de la empresa probablemente será menor que la razón por la cual los cambios generalizados en la industria serán trasladados al precio. En efecto, en el caso especial donde un competidor es un aceptante del precio, la empresa no alterará el precio en lo absoluto como respuesta a un cambio en los costos de una empresa específica, sin embargo, lo hará cuando los costos de la industria en general sean afectados³.

La distinción entre los *pass through rates* específicos de cada firma y los generales de la industria se hicieron importantes en el reciente reto de la corte a una fusión propuesta por Staples y Office Depot^{IV} efectuada por la Federal Trade Commission. Los resultados empíricos presentados por uno de los testigos expertos de la FTC, Orley Ashenfelter, demostraron que el *pass through rate* específico de Staples era solo 15%, mucho menor al de la industria en general. Si eso era así, la fusión conducirá a precios más altos salvo que las eficiencias generadas en esta fusión en específico fuesen, puntualmente en la reducción del costo marginal, al menos seis o siete veces mayor al incremento del precio que de no ser así se daría.

NUEVOS AVANCES PARA EL ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE ACCESO

Uno de los primeros y más profundos sucesos de la escuela de Chicago convenció a las cortes para que reconocieran que la nueva competencia -substitución de la oferta o acceso- podría contestar o disuadir el ejercicio del poder de mercado. Avances recientes de la teoría económica han ayudado a aclarar el significado de los gastos hundidos al determinar cuando esto ocurriría. Si los costos fijos no son hundidos, y los accedentes tienen costos variables respecto de los partícipes del mercado, el mercado es "contestable" y se desarrolla competitivamente prescindiendo de la concentración en el mercado de los vendedores ya insertos en él. Pero si el acceso requiere costos

hundidos, y se espera que los partícipes del mercado recorten sus precios rápidamente como reacción ante el acceso, el acceso puede ser impedido incluso si el precio previo al del acceso excede los niveles competitivos. Esto puede suceder porque el accedente propuesto, reconociendo el prospecto de la competencia post acceso, puede esperar no generar un margen de contribución adecuado para cubrir sus costos hundidos.

En teoría, aun los costos hundidos que sean mínimos pueden ser suficiente para proteger el ejercicio del poder de mercado de los ya insertos en este. Pero las cortes (y las directrices de fusiones) han actuado como si los costos hundidos relativamente bajos creasen barreras de acceso relativamente pequeñas. Por ejemplo, en 1984 una corte de apelaciones sostuvo que Waste Management podía adquirir otro remolcador de basura a pesar de la existencia de su alta participación en el mercado de Dallas luego de concluir que sus bajos costos fijos (y hundidos) facilitaban el acceso a la industria de recolección de basura.

Las directrices de fusiones fueron revisadas en 1992 para describir si las agencias de protección de la libre competencia determinan si los costos hundidos significativos podrían fungir como barreras de acceso como respuesta a una fusión anticompetitiva. Las directrices ahora preguntan si un nuevo competidor operando a la "escala mínima viable" podría asegurar precios previos a una fusión y por tanto, ser rentable. Esta pregunta reconoce que si un accedente debe operar a un nivel de producción demasiado amplio para poder ser absorbido por el mercado sin deprimir los precios, o si los participantes influyen al nuevo productor para que no pueda obtener el nivel de producción necesario expandiendo las ventas en respuesta al acceso, entonces, la nueva competencia suficiente para resolver el problema de fusión no estaría en camino. Las directrices examinan la rentabilidad del accedente sobre precios pre fusión, sin mantenerse el incremento del precio como se espera de una fusión anticompetitiva, porque el acceso solo solucionará los problemas de acceso si los regresa el precio del mercado a los niveles que tuvo antes de la fusión. [Por tanto, los accedentes potenciales relevantes para el análisis de fusiones -vagamente, aquellos cuyos ingresos podrán solucionar el temido problema de competitividad- evaluarán la rentabilidad del acceso sobre la base de un pronóstico que el precio estará al nivel que se obtuvo antes de la fusión].

³ Un menor *pass-through rate* en una firma específica no necesariamente implica una conducta competitiva, sin embargo, en general el *rate* depende del ratio de inclinación de la función de la demanda sobre la inclinación de la función de los ingresos marginales, y así considerablemente sobre la curva de demanda.

^{IV} Nota de Traductor: Ver ASHENFELTER, Orley; ASHMORE; BAKER, Jonathan y MCKERNAN. "Identifying the Firm-Specific Cost Pass-Through Rate". Working Paper, No. 217. Federal Trade Commission, 1998.

NUEVOS AVANCES EN EL ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS QUE FACILITAN LA COORDINACIÓN

Antes que George Stigler (1964) escribiese sobre el oligopolio, la mayoría de los comentaristas del *antitrust* tomó el enfoque que en una industria caracterizada por un puño de empresas, alguna forma de colusión tacita surgiría en casi todos los casos y, como consecuencia, el precio se elevaría substancialmente por encima del nivel competitivo. Stigler cuestionó la inevitabilidad de la conducta del oligopolio no competitivo resaltando la necesidad de los oligopolistas de identificar un consenso e impedir desviaciones del mismo, por tanto incrementado el tipo de temas informacionales y dinámicos que se han convertido centrales en la teoría del oligopolio contemporánea. Por ejemplo, él observó que cuando las empresas infieren las estrategias de sus rivales desde los cambios en sus propios mercados, la habilidad de un participante de la industria para recortar el precio sin detección de los rivales, y por tanto, su incentivo de hacerlo, se incrementa en la medida que el mercado se va tornando menos concentrado.

Esta línea de pensamiento llevó a intentos de clasificar estructuras industriales como más o menos probables de facilitar la coordinación. (El término "coordinación" hoy en día se utiliza frecuentemente en este contexto ya que es preferido sobre otros términos como "colusión" y "cooperación" ya que estos términos podrían acarrear en sí mismos la idea jurídica de un acuerdo. La coordinación se refiere a cualquier equilibrio en el cual una empresa adopta, con o sin discusión o comunicación con sus competidores, estrategias que reconocen que han interactuado en el pasado y lo harán así en el futuro). El enfoque resultante en la presencia o ausencia de factores que facilitan la coordinación se tornó particularmente importante en el análisis de las fusiones hecho por las agencias de competencia, siguiendo la promulgación en 1982 de las Directrices sobre Fusiones del Departamento de Justicia.

El principal desarrollo post Stigler en la teoría económica de la conducta coordinada es el reconocimiento de las repetidas interacciones que pueden facilitar regímenes de precios supracompetitivos. Stigler había resaltado las dificultades de sostener coordinación con un juego de un solo tiro de dilema del prisionero, señalando las dificultades para las empresas de llegar al consenso e

impedir desviaciones. Pero, como se ha hecho conocido, en un juego repetido ad infinitum, incluso el dilema del prisionero- los resultados coordinados (muchas veces incluyendo la repetición del resultado cooperado del dilema del prisionero de un solo tiro) pueden ser fácilmente sostenidos. Este resultado es ampliamente conocido como el "Teorema Fol.", y sugiere que impedir detección puede no ser tan difícil como le parecía a Stigler. Por ejemplo, Green y Porter (1984) demostraron que mientras la incertidumbre acerca de la honestidad de los rivales a veces resulta en una guerra de precios, eso no impide la posibilidad de largos periodos de coordinación. Más aun, el otro problema del Cartel Stigleriano, el de identificar un consenso oligopólico, parece menos complicado cuando las empresas tienen la posibilidad de participar de "*cheap talk*"-en el sentido que utiliza este termino Farrell y Rabin (1996)- como por anunciar (en efecto negociar) incrementos propuestos en prensa de negocios, sin compromiso, antes que estos se implementen.

A la luz de estos avances en la teoría económica, no sorprende que los estrategas del negocio enseñen a los administradores de empresas a como facilitar coordinación, calculando la forma en la cual el derecho de la libre competencia puede no otorgar a esta coordinación el nombre de concertación, mediante prácticas que ayudan a la empresas a obtener consenso o impedir desviación de ese liderazgo de precios, anuncios unilaterales, publicidad selectiva para disciplinar a rivales recalcitrantes y estandarización con el fin de simplificar decisiones de la industria y facilitar la identificación del consenso⁴. Sin embargo, la visión de Stigler acerca de la no inevitabilidad de la coordinación no ha dejado de estar sujeta a crítica. Incluso cuando el número de empresa es pequeño, la coordinación entre vendedores puede ser insostenible si los compradores adoptan procuradurías amplias y a destiempo, por ejemplo. En este sentido, un comité de trabajo, al revisar los aspectos antimonopólicos de la consolidación de la industria de defensa, recomendó que el Departamento de Defensa debiera programar sus compras de tal forma que reduzca los riesgos de interacción coordinada por parte de los vendedores.

Las implicancias de estos recientes avances en la teoría económica al llamar nuevamente la atención a la posibilidad de coordinación son consistentes con estudios empíricos realizados por Bresnahan, en el cual

⁴ Algunas de estas prácticas traen a la mente a otro grupo de modelos oligopólicos post-stiglerianos: modelos que sugieren maneras para que las empresas puedan determinar precios supracompetitivos en un solo golpe, a través de compromisos para tomar acciones estratégicas que desincentiven la competencia a sus rivales. Por ejemplo, las empresas pueden alcanzar precios más altos desarrollando conductas menos agresivas –talvez reduciendo su publicidad o su capacidad de producción- cuando los rivales probablemente responderían con acciones menos agresivas (eso, cuando las decisiones variables de los rivales son complementos estratégicos). Las agencias *antitrust* y las Cortes han hecho poco uso de estos modelos, aunque ocasionalmente aparecen en el tratamiento de las fusiones. Ellos en el litigio tienen el reto de probar que las acciones de las empresas son adoptadas con la finalidad y razonable expectativa de desalentar la competencia y, fuera del contexto de las fusiones, existe el problema de aplicación del derecho *antitrust* para alcanzar exenciones con compromisos que son unilaterales.

se sugiere que alguna industria concentrada tiene mucho poder de mercado y que la conducta anticompetitiva es una causa significativa de altos márgenes precio-costo. Más aun, la activa participación de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia demuestra que las empresas fijan precios sin que estos acuerdos necesariamente sean contratos en estricto.

La perspectiva contemporánea sobre la coordinación ha ayudado dar cuerpo a una investigación hecha por el Departamento de Justicia respecto de un caso de colusión entre las aerolíneas más importantes. Esta investigación finalizó en 1993 y 1994 por decretos de consentimiento en cortes federales. El Departamento alegó que los principales cargueros en los Estados Unidos utilizaban un sistema de computación dado por un *joint venture* de las aerolíneas para fijar precios. El sistema de computación recogía los precios y cambios propuestos de precio y los enviaba a sistemas de reservación computarizados. De acuerdo con lo que proponía el Departamento, las aerolíneas usaban esos reportes detallados para conducir negociaciones, creando un lenguaje utilizando relaciones de tarifa y diseños de pie de página. En teoría, llegaban a complicadas negociaciones a lo largo de distintos mercados, como por ejemplo intercambios en los que un transportista ofrecía incrementar precios en una ruta al *hub* de una aerolínea recibiendo como contraprestación lo mismo respecto de su propio *hub*. El orden de consentimiento previene a la aerolínea de usar diseños de pie de pagina y otros métodos para participar en negociaciones semi públicas sobre niveles de precios. Estos temas extendidos más allá del mercado de las aerolíneas: la Comisión Federal de Comunicaciones recientemente alteró las normas que gobiernan las licitaciones de espectro para requerir ofertas en números enteros, como medio de prevenir a los concursantes de comunicarse sin costo alguno (potencialmente coordinando sin costo alguno) usando "estelas de dígitos" en sus ofertas.

NUEVOS AVANCES EN LAS PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN

El Derecho de la Libre Competencia ha estado preocupado por mucho tiempo con el potencial anticompetitivo de las prácticas de exclusión. A principios del Siglo XX la litigación antimonopolios respecto de Alcoa, por ejemplo, surgió en parte de los esfuerzos de esa empresa por negarle a sus rivales potenciales, en producción de aluminio, el acceso a energía eléctrica de bajo costo. Los intereses de las agencias en las conductas de exclusión se debilitaron en la medida en la cual las cortes reconocieron que la conducta que excluye rivales también puede promover

la competencia -como cuando en un trato por distribución exclusiva se desincentiva a otros distribuidores de "*freeride*" con los esfuerzos promocionales del distribuidor diligente. Sin embargo, estudios económicos recientes, usualmente basados en modelos y técnicas de teoría de juegos, ha aclarado las razones por las cuales las practicas de exclusión dañan a la competencia, y por tanto trae un nuevo auge de interés a las formas en las que las empresas pueden lograr mayor poder de mercado al incrementar los costos del rival o por otras conductas de exclusión ajenas al precio.

Una de las ideas sugeridas por esta literatura es que las prácticas de exclusión pueden dañar la competencia al llevar a los rivales a participar, o llevarlos a acceder a participar, a lo que se podría llamar un cartel involuntario. Supongamos, por ejemplo, las empresas A y B podrían querer coludirse con el rival C, su único competidor potencial o actual en un mercado protegido de acceso, pero no lo pueden hacer porque C podría incrementar su producción (o entrar al mercado) mientras que A y B aumentan precios. Si A de alguna manera podría elevar los costos marginales de C o podría hacer que las ventas de C sean menores, entonces C tendría que hacer lo que no había hecho antes, reducir su producción. A podría lograr este fin negándole a C el acceso a proveedores o distribuidores de bajo costo, por ejemplo, vía contratos de exclusividad, o haciendo mas difícil para C el atraer clientes, por ejemplo realizando ventas atadas. Entonces A y B podrían aprovecharse de la competencia menos agresiva de C para incrementar su poder de mercado.

No es una idea pacífica que una estrategia como la antes descrita podría funcionar para la empresa A. La empresa C podría tener medios alternativos de obtener distribuidores o proveedores. La empresa B podría no seguir a la empresa A cuando la empresa C salga de la figura. La estrategia puede ser no rentable para A dado que debe soportar la totalidad de los costos de excluir a C, sin embargo se tendría que dividir las ganancias ocasionadas por mayores precios con B. Más aun, la estrategia de A podría crear desventajas para C e incrementar el bienestar económico agregado. Por ejemplo, un productor puede excluir a sus rivales de distribución efectiva requiriéndole al distribuidor no distribuir los productos de la competencia, pero la misma práctica podría hacer que el esfuerzo promocional del distribuidor sea mayor, reduciendo el *freeriding* de los distribuidores, y resultando así un mejor servicio para los consumidores. Al margen de estos casos extremos, debería ser claro que es posible que las prácticas de exclusión entre proveedores, distribuidores o clientes impidan la rivalidad horizontal y reduzcan el bienestar agregado.

En muchos casos recientes, las agencias de competencia han denunciado intentos para elevar costos entre competidores. La FTC encontró recientemente que Toys R Us logró convencer a los fabricantes de juguetes de no proveer algunos productos a algunas tiendas generales de clubes, por tanto reduciendo competencia en ventas respecto de otras vías de distribución. (La defensa de los vendedores de juguetes era en parte que estaba tratando de prevenir a los *freeriders* que gozan de las ganancias obtenidas de la inversión en promoción de sus productos y probablemente apelará el fallo). El arreglo de consenso de la FTC en 1997 con Time Warner resolvió una queja surgida de la adquisición por la mencionada empresa de Turner Broadcasting, ya que (entre otras cosas) se le reputaba que Time Warner podía haber reducido la competencia frente a sus propios sistemas de cable al incrementar los precios de CNN y otros proveedores de video de programación a satélite. Similarmente, en muchas de las recientes acciones de las agencias de competencia que implican productos de salud, el Departamento de Justicia ha retado a los planes de seguro médico con mayores participaciones en el mercado en el cual se adoptan provisiones que protegen al "consumidor más favorecido" ya que requieren que los dentistas afiliados u otros proveedores no acepten niveles de reembolso inferiores a los de cualquier otro plan al que se adhieran en el futuro. El Departamento está preocupado que provisiones como las mencionadas desincentivarán el acceso por parte de rivales de menores costos, dificultando a esos rivales el convencer a los proveedores que se unan a sus redes⁵.

El decreto de consentimiento del Departamento de Justicia de 1995 respecto de Microsoft también abordó prácticas que supuestamente dañan la competencia al elevar los costos del rival. Una provisión pivotal previene a Microsoft de recibir regalías de los fabricantes de computadores a modalidad "por procesador", al margen de si se instaló Microsoft Windows en esas máquinas o no. Bajo esta provisión, una empresa paga efectivamente dos veces por el sistema operativo si instala un sistema operativo de un rival de Microsoft -la primera a Microsoft la segunda al rival- pero solo paga una vez por la computadora con el sistema operativo de Microsoft. Gilbert y Shapiro (1997) caracterizaron esta provisión como una "cláusula penal" ya que eleva los costos para las firmas con sistemas operativos rivales tratando de inducir a los fabricantes en búsqueda de un sistema operativo distinto de Windows para algunas líneas y por tanto podría proteger el supuesto monopolio de Microsoft en los sistemas operativos.

En el caso Microsoft de 1995, el Departamento de Justicia estaba buscando proteger la innovación competitiva tanto como la competencia de precios. Proteger incentivos para la innovación es un tema común y reciente para las agencias de competencia. Otro ejemplo se dio cuando dos productores farmacéuticos, Ciba-Geigy y Sandoz, buscaron fusionarse en 1996. La FTC obtuvo un arreglo de consentimiento requiriendo a la firma fusionada (Novartis) a vender una de sus investigaciones en ingeniería genética a una tercera empresa para proteger la competencia innovativa. Más aun, en un nuevo *round* de litigación con Microsoft, el Departamento de Justicia está pidiendo a una corte que determine si la integración del *browser* de Internet de Microsoft al Windows daña la innovación y tiende a crear o mantener un monopolio al excluir la venta de *browsers* por parte de los rivales como Netscape (argumento del DOJ) o promueve la inversión y competencia al mejorar el diseño del *software* (argumento de Microsoft)⁶.

Las ampliamente debatidas posibilidades de las externalidades de sistema -el beneficio que el usuario obtiene cuando otros clientes usan el mismo producto, como con el *software*- eleva lo que está en juego para las agencias cuando discriminan entre prácticas de exclusión que causan perjuicios o beneficios respecto de la competencia⁷. La posibilidad de los efectos de sistema incrementa los beneficios de eficiencia de tener un tipo estándar en el mercado, pero también podría otorgar demasiado poder a una firma y permitirle ejercer su poder en una manera perjudicial contrariamente a lo que sucedería si no lo tuviese. Consecuentemente, las decisiones de las agencias pueden ser poco efectivas salvo que se hagan tempranamente en el desarrollo de una industria, antes que un estándar sea tan firme en el mercado que haga impráctico un remedio a favor de la libre competencia. Sin embargo, puede ser difícil llegar a hacer juicios confiables antes que las incertidumbres de las consecuencias de la conducta retada sean resueltas por completo en el mercado.

NUEVOS AVANCES AL ANALIZAR LOS EFECTOS UNILATERALES ANTICOMPETITIVOS DE LAS FUSIONES

Las teorías unilaterales de los efectos anticompetitivos de las fusiones se han vuelto comunes en el análisis interno de las agencias de competencia a lo largo de

⁵ El examen cercano que las provisiones que protegen al consumidor más favorecido reciben de las agencias de competencia federales también se deriva de la preocupación de que ellas puedan facilitar la coordinación desincentivando el recorte de precios fijado. (SALOP, 1986; o véase el estudio en BAKER, 1996).

⁶ Para una gama de opiniones sobre las cuestiones competitivas erigidas en torno al caso Microsoft, ver el volumen de la conferencia editado por EISENACH y LENARD (próximamente); ver también CARLTON y WALDMAN, 1998.

⁷ Para una mayor discusión sobre las externalidades de red, véase CARLTON y KLAMER, 1983; el Simposio sobre Externalidades de Red en la primavera de 1994 tema de esta revista; y SHAPIRO y VARIAN, 1999.

la última década. En lugar de concentrarse en cómo una fusión puede hacer la coordinación más probable o más efectiva, las teorías de las fusiones unilaterales describen como una fusión puede hacer más probable para la firma fusionada elevar el precio sin asumir coordinación, como tomando las reacciones del rival como dadas⁸.

Fueron dos los avances en la economía que atrajeron el reciente interés a las teorías unilaterales. La primera fue literatura teórica que investigó las condiciones bajo las cuales el oligopolista podría ver una fusión como rentable incluso si los miembros de la industria no estaban coordinando sus acciones, pero en su lugar estaban tomando su precio o producción como dada, en consistencia con los conceptos de solución de Cournot-Nash o Bertrand-Nash. La segunda fue literatura empírica motivada en el desarrollo simultáneo de nuevas herramientas econométricas y de data de punto de escala computarizada. Estas herramientas hacen posible la identificación del grado en el cual los consumidores consideran sustitutos a los productos; grado al cual en consecuencia los productos individuales limitan el precio de los rivales; y el grado al cual las fusiones promueven precios altos porque retiran estos límites. Las revisiones de 1992 del DOJ y las Directrices de las Fusiones Horizontales de la FTC reconocen estos avances económicos al describir muchas formas en las cuales una fusión puede hacer decrecer la competencia mediante efectos unilaterales; ver también Willig (1991).

La teoría unilateral más común se puede ilustrar mediante un ejemplo hipotético en el cual muchos compradores de la marca de cereal Crujis de una empresa ven al rival Frutis como su segunda mejor opción de acuerdo con los precios actuales. Una fusión entre las empresas proveería incentivos para incrementar el precio de Crujis. Antes de la fusión, el precio más alto de Crujis llevaría a algunas pérdidas en las ventas contra un alza en las de Frutis. Pero si la empresa de Crujis adquiere la firma de Frutis entonces recapturará alguna contribución para hacer rentable la pérdida en las ventas de Crujis mediante un incremento en las ventas de Frutis. Consecuentemente, la fusión retira el límite competitivo que Frutis sostenía en el precio de Crujis. Este problema es mas serio si Frutis y Crujis son los sustitutos mas cercanos entre sí, pero esto no es necesario para causar daño. La empresa fusionada tiene un incentivo unilateral para incrementar el precio de Crujis incluso si las ventas perdidas van a otras marcas que no sean Frutis, siempre que algunas de las perdidas vayan a Frutis. Más aun, la fusión puede

llevar a precios más altos incluso si las empresas en fusión no participan en gran manera en el mercado de los cereales.

La aplicación de esta teoría unilateral de los efectos anticompetitivos es controversial; no porque la teoría económica sea cuestionada, pero porque los resultados que se pueden demostrar mediante métodos (como la estimación de las elasticidades cruzadas de la demanda entre pocos productos) que no necesariamente requieren una definición específica de un mercado relevante. Bajo estas circunstancias, la práctica tradicional de no retar fusiones entre firmas con bajas participaciones en el mercado (reseñado en “safe harbors” basados en concentración de mercado y en las Directrices de Fusiones) pueden ser aminoradas. Algunos críticos sostienen este punto arguyendo que esta aproximación es el principio de revivir el concepto de “submercado” —o definiciones muy pequeñas de mercado— las cuales habían sido desacreditadas por investigadores de Chicago.

Aunque la fusión en el ejemplo hipotético lleva a un precio más alto siempre que Frutis y Crujis tengan elasticidad cruzada de demanda distinta de cero, esta teoría no implica que todas las fusiones entre vendedores de productos diferenciados dañarán la competencia. Otras fuerzas, reconocidas en las directrices de fusión, aunque ignoradas en el ejemplo antes mencionado, pueden contrarrestar el efecto de incentivo en la empresa fusionada. Estas incluyen: reposicionamiento de productos, en los que una tercera marca Avenitas responde al precio de Crujis agregando una línea de Avenitas Crujis a su producción; eficiencias, en las cuales la fusión puede reducir el costo marginal, llevando al precio post fusión a caer sin contar con la pérdida de competencia directa, y el acceso por otras empresas.

En algunos casos es posible estimar la elasticidad cruzada de demanda entre productos de empresas en fusión; las limitaciones de data y el problema econométrico de la identificación son las vallas más difíciles de sobrepasar. La información sobre elasticidades cruzadas luego puede ser utilizada -en combinación con estimados de precio y costo marginal de los productos relevantes- para hacer inferencias acerca de la fuerza del incentivo de una empresa para incrementar precios. Una aproximación para hacer este tipo de inferencias reporta el grado en el cual la curva de la demanda enfrentada por la empresa será más pronunciada como resultado de la transacción. Otra aproximación simula precios post fusión, por tanto incorporando información o asunciones acerca de la

⁸ Una fusión que opera como un compromiso para reducir una conducta agresiva, llevando a un incremento en los precios cuando los rivales responderían previsiblemente también mediante actos menos agresivos, dañaría la competencia unilateralmente, aun cuando algunos puedan ver este resultado como coordinado.

conducta de la demanda y el costo marginal no local (e incluso fuera del muestreo). Incluso cuando los estimados cuantitativos de la información necesitan emplear estas técnicas -como elasticidades cruzadas de la demanda, costo marginal, *pass through rate*, o concepto de solución de oligopolio- y estas no existan o sean poco precisas estos métodos todavía pueden informar la evaluación de información cualitativa.

La teoría unilateral basada sobre la pérdida de competencia localizada entre vendedores de productos diferenciados acarrea un importante número de arreglos de consentimiento recientes entre la FTC y empresas en proceso de fusión o el Departamento de Justicia en industrias de consumo. Por ejemplo, la FTC recientemente requirió a 2 productores de bebidas destiladas, Grand Met y Guinness, a diversificar el Dewars Whisky y el Gin Bombay para resolver problemas de competencia que surgieron de esa transacción. Similarmente el DOJ recientemente entró en un decreto de consentimiento requiriendo a Continental Baking Co., que vende Wonder Bread, a vender varias marcas de pan blanco en varias regiones del país antes de adquirir Interstate Bakeries Corp.

Este modelo también se aplica fuera de las industrias de productos de consumo. Por ejemplo, las agencias de competencia analizando una fusión propuesta por FIRMAS de Contadores puede preguntar si los socios en fusión tienen mayor experiencia auditando empresas de algunas industrias, haciéndolas sustitutos más cercanos que otros firmas para ese negocio. Una teoría unilateral diferente, que implica un modelo de subasta, fue utilizado por la FTC para analizar los efectos competitivos de 2 cadenas de farmacias importantes.

CONCLUSIÓN

Hace tres décadas, la legislación de competencia se basaba principalmente en las normas "*per se*", estas normas tomaban el enfoque de brocha ancha al calificar algunas clases de prácticas de negocio anticompetitivas al margen de sus efectos en casos particulares. Hoy, un análisis caso por caso es mas común, usualmente bajo la rúbrica judicial de aplicar la regla de la razón. Por ejemplo, en 1997, la Corte Suprema señaló que mantener el precio máximo de venta (una práctica

mediante la cual el productor capeaba el precio del distribuidor) no sería considerado ilegal *per se*. Similarmente, en algún punto cualquier intento entre vendedores de sustitutos de embarcarse en concertación de precios o división de mercado estaba universalmente condenado; hoy, estas practicas pueden ser permitidas si son necesarias para crear un producto de mucho valor, como cuando los equipos de dueños distintos crean una liga y fijan precios en conjunto o compañías que siendo de dueños distintos se mudan y adoptan una marca común. Más aun, las agencias de competencia y las cortes han virado de partir primordialmente de la participación en el mercado a predecir las consecuencias competitivas de las prácticas de negocio; hoy, la definición del mercado relevante y las participaciones en el mercado son, cada vez más, tratadas como un elemento más dentro de un análisis económico detallado de las consecuencias de la conducta particular en cuestión.

Un beneficio de esta tendencia hacia el análisis económico más detallado de prácticas individuales es que puede reducir errores al determinar los efectos de la conducta de negocio. El reto victorioso de la FTC a la fusión de Staples/Office Depot, por ejemplo, puede haber resultado distinto bajo el esquema antiguo. La argumentación del gobierno fue probablemente más débil en la definición del mercado relevante (al enseñar que las tiendas importantes de oficina eran un mercado relevante de productos que excluían otros medios de distribución de productos de oficina) y más fuerte al ofrecer evidencia directa (documentaria y econometrita) que la fusión muy probablemente llevaría a precios más altos para el consumidor. Sin embargo, mejor análisis de los casos individuales puede venir a costas de reducir la claridad de las normas legales y la certidumbre de su aplicación, que afecta a ambos, a jueces evaluando casos de competencia y a empresas preguntándose si una conducta violaría las normas de competencia o no. La incrementada confianza en los análisis económicos caso por caso también puede traer el costo y el tiempo de investigar y litigar sobre esta materia. Sin embargo este intercambio queda resuelto-esto es, al margen de si los modelos económicos son utilizados para diseñar normas *per se* o para proveer nuevas aristas para guiar la evaluación de evidencia específica -el análisis económico permanece central en la práctica del derecho de libre competencia.

EL REGRESO DEL JEDI

(O de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de Libre Competencia)

Alfredo Bullard González *

“El poder del Jedi fluye de la Fuerza. Pero cuidado con el lado oscuro. Si una vez andas por el lado oscuro, por siempre dominará tu destino, te consumirá. El lado oscuro no es más fuerte, pero más fácil y seductor es”.

Yoda (“El Imperio Contraataca”)

Sin duda alguna, las últimas Resoluciones emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI –respecto a procedimientos sobre Libre Competencia- han dado mucho que hablar, tanto positiva como negativamente. Las crónicas periodísticas, los debates académicos y la repercusión en la industria hacen de tales Resoluciones una suerte de fuente de análisis, tanto para periodistas como académicos y empresarios.

Precisamente el presente artículo toma tales Resoluciones como fuente de análisis académico y, mediante críticas y comparaciones, concluye que las mismas no se ajustan a las políticas que se han venido adoptando tanto en el Perú como en el resto del mundo.

* LLM Yale Law School. Ex Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Mario Arturo Valencia Vargas y Alejandro Manayalle Chirinos, sin cuyo concurso no hubiera sido posible elaborar este artículo.

1. INTRODUCCIÓN

La ya celebre serie cinematográfica de George Lucas “La Guerra de las Galaxias” gira en todos sus episodios en torno a la continua lucha entre los Jedis, una suerte de mezcla entre sacerdotes y caballeros andantes del futuro, y los representantes del llamado “lado oscuro de la Fuerza”, cuyo paradigma es el ya celebre Darth Vader, un siniestro personaje vestido con una máscara y capa negras y que, habiendo sido un Jedi, fue corrompido por el “lado oscuro”.

En el conjunto de películas se habla de un elemento que se constituye en una suerte de energía que mueve y explica todo, a la que se llama la Fuerza. Esa Fuerza puede ser inspiradora de actos de valentía y bondad, pero también inspiradora de una maldad sin límites ni compasión. La historia muestra una relación dialéctica entre lo bueno y lo malo, entre lo correcto y lo incorrecto, entre lo blanco y lo negro, entre la caballerosidad y la traición, entre la pureza y la impureza.

Los personajes, estereotipados como en todo cuento de hadas o historia de caballeros, tienen un poder que puede inclinarse hacia un lado o el otro. La Fuerza, como toda forma de poder, puede usarse bien o mal. Los Jedis son aquellos que supieron limitar lo que la Fuerza les daba, son los que supieron administrar su poder y saber que el uso indiscriminado y discrecional del mismo sólo conduce al “lado oscuro”.

Por el contrario, los personajes como Darth Vader, arrastrados por el lado oscuro, fueron víctimas de la falta de su capacidad de ponerse límites. Su poder es ejercido sin referentes, siendo arrastrado por la pasión y, a veces por el odio, hacia el lado oscuro.

El juego dialéctico de la Fuerza recorre todas las películas de la serie. En ella los buenos se convierten en malos y los malos en buenos. Hasta el malvado Darth Vader llega al final de sus días a ser arrastrado por el “lado bueno” de la Fuerza cuando rescata a su hijo Luke Skywalker y al hacerlo salva a toda la humanidad de ser esclavizada por el Imperio.

La historia que vamos a relatar en este trabajo guarda algunas semejanzas con la secuencia de películas cuyo último episodio (aunque no se trata del último en haber sido filmado) se tituló “El Regreso del Jedi”.

No quiero, sin embargo, que se me malentienda. No es que ésta sea una historia de bondad y maldad. No es una historia de caballeros andantes y dragones. No es, como quizás se pretenda afirmar, una expresión de maniqueísmo. Es sólo la construcción de una metáfora que nos ayuda a explicar por qué muchas historias de ejercicio de potestades estatales tienen un final feliz porque terminan con “El Regreso del Jedi” y otras terminan con el triunfo de un Imperio arrastrado por

el “lado oscuro de la Fuerza”, que sumerge a los ciudadanos en el mundo de la discrecionalidad sin límites.

La Fuerza a la que nos referimos es la capacidad de ejercer facultades públicas, es decir, poder. Este poder es la energía universal que sirve de base a todo el Derecho Público, y tiene tal capacidad que contamina también el Derecho Privado. Como en el caso de la Fuerza, este poder puede ser bien o mal utilizado. Su buen uso depende de las habilidades de quienes lo usan para ponerse límites, para entender que no son los guardianes del universo, sino simplemente herramientas de valores superiores y que trascienden el cargo que les toca ocupar en cada momento. Su rol no es desarrollar una suerte de imperialismo valorativo conducente a imponer sus valores a los demás, sino el poner el poder que les ha sido entregado al servicio de la libertad del hombre. El mejor uso del poder estatal es entonces la habilidad para autolimitarlo.

Pero el “lado oscuro” es muy fuerte y tentador. Es difícil autolimitarse y la tentación a tratar de liberar el poder de todo límite es muy grande. El pase al “lado oscuro” ocurre, como en “La Guerra de las Galaxias”, casi sin darse cuenta. De pronto se toma una decisión aparentemente inocua pero que lleva en su esencia un esfuerzo para sentirse libre de los límites autoimpuestos. A ella sigue otra decisión similar que va un poco más allá. De pronto, y como quien termina arrastrado por la pendiente de un tobogán al que se desafió poniéndose al extremo de su borde, los límites desaparecen y uno se encuentra en medio del “Imperio”.

Ese tobogán puede conducirnos hasta extremos tan tenebrosos como los que se relatan en La Guerra de las Galaxias, extremos que toman la forma de corrupción y hasta extorsión. No creo que ese sea el caso que voy a relatar. Se ha llegado a un extremo quizás menos radical, pero que igual genera preocupación: el uso político del poder entregado para tomar decisiones técnicas.

En las películas el “don” que la Fuerza ha entregado a los Jedis no está al servicio de un ente no definido. Está al servicio de los individuos. Son ellos los que son protegidos, y no una masa social abstracta. En la Guerra de las Galaxias “lo político” es un elemento relevante y muy presente en los actos del “lado oscuro”. Los Jedis desarrollan habilidades técnicas y parte de su mérito es mantenerse lejos de la política, algo que los capturados por el lado oscuro no pueden hacer. No pretendo afirmar que la política es en sí misma oscura y mala. Sólo pretendo decir que las habilidades técnicas que se entregan a ciertos funcionarios públicos son precisamente un antídoto al mal uso político de ciertas potestades.

La expresión de la politización de la Fuerza es la intención de ganar discrecionalidad para usar la Fuerza como se quiera, sin más límites que la propia voluntad. Un poder sin límites conduce a desvirtuar los fines de ciertas políticas.

Un área especialmente gráfica para mostrar esto son las llamadas políticas de competencia. Pocas áreas de la actividad pública tienen componentes tan técnicos y requieren de una autonomía e independencia tan claras. Las agencias de competencia, como el INDECOPI, fueron creadas justamente para promover lo privado, la libertad económica, y no para restringirla y rodearla de límites y regulaciones.

Trataré de demostrar en el presente trabajo que el proceso seguido por el INDECOPI en la implementación de las políticas de libre competencia relatan una historia parecida a la que ocurre en “La Guerra de las Galaxias”, en la que la incorporación de elementos políticos está desviando los poderes que la Fuerza concede (potestades públicas) lejos de sus fines y objetivos. No pretendo decir que los personajes de la historia son tan siniestros como Darth Vader. Pero ello no sirve de mucho consuelo: Darth Vader es una ficción, los personajes de la historia que relato son de carne y hueso y por tanto toman decisiones en el mundo real. No pueden destruir un planeta, pero sí pueden dañar seriamente la institucionalidad que el INDECOPI ha desarrollado, y al hacerlo, pueden restringir seriamente el desarrollo económico y el bienestar de los consumidores.

Tampoco pretendo decir que quienes defienden un INDECOPI más orientado hacia sus verdaderos fines y con una reducción de la discrecionalidad a través del uso de criterios técnicos son una suerte de Jedi buenos e iluminados, libres de errores o, como se ha puesto de moda, libres de “reproche”. La metáfora que planteo, como toda metáfora, sólo busca hacer más ilustrativo el caso y rodearlo de elementos que faciliten su comprensión.

La discrecionalidad marca la diferencia entre el uso limitado de la Fuerza y su uso sin restricciones. A veces la discrecionalidad es necesaria para hacer cosas correctas, pero ello no es excusa para incluso en esas circunstancias, dejar de ponerse la mayor cantidad de límites posibles.

La discrecionalidad, en el campo de las decisiones de un organismo público, toma muchas formas y adopta distintas expresiones. Una forma de reconocerla es el uso de términos carentes de contenido definido, y que por tanto abren la “Caja de Pandora” para servir de sustento a casi cualquier decisión.

Entre esos términos se encuentran expresiones como “social” o “libre de reproche”, que carecen de contenido susceptible de ser definidos, y que por tanto se vuelven cajones de sastre capaces de sustentar casi cualquier conclusión, dependiendo de la subjetividad de quien las usa en cada ocasión.

Es preocupante la frecuencia con la que el término “social” se viene poniendo de moda en el INDECOPI. Sobre todo preocupa el sentido que se le está dando, es decir, aquel sentido sin sentido, es decir sin contenido específico, puesto allí para sustentar cualquier cosa.

Este término estará repetido en las Resoluciones que serán objeto de análisis en este trabajo. Pero no sólo allí. El presidente de la Sala de Competencia del Tribunal de INDECOPI reclama continuamente “lo social” como referente para tomar decisiones. En un reciente artículo, cuyo tema no es el Derecho de la Competencia sino el Derecho Concursal, el funcionario en cuestión sostiene “(...) la finalidad social del Derecho Concursal. Finalidad que, como explicaré, radica en la pacificación del conflicto social que se genera en una situación de crisis y el tratamiento colectivo de la misma...”¹.

El problema de “lo social” está siendo trasladado a otras áreas a cargo de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI y muestra cómo se viene diluyendo el carácter técnico de las decisiones. Si por “pacificar el conflicto social” se quiere decir aplicar reglas claras, no hay diferencia entre lo que sostenemos y lo que sostiene el Presidente de la Sala. Es una verdad de perogrullo que cualquier regla tiene por fin resolver conflictos (sociales y privados).

Pero ese no parece ser el sentido en el que se usa. No es establecer reglas claras, sino crear la regla conveniente para resolver cada conflicto, en atención a los problemas sociales que le son propios según la coyuntura. En otras palabras, se estaría introduciendo la idea de conveniencia social de resolver un conflicto de una manera o de otra, según la coyuntura².

¹ ROJAS LEO, Juan Francisco. “De la Supuesta Esquizofrenia del Sistema Concursal al Maniqueísmo de sus Detractores”. En: *Ius Et Veritas*. Año XIII, No. 26, p. 176. El artículo responde a otro publicado en THEMIS - Revista de Derecho No. 45 titulado “El Estado Contraataca. La Múltiple Personalidad de un Sistema Concursal de Ciencia Ficción” escrito por Huascar Ezcurra y Gerardo Solís. De hecho la alusión a uno de los Episodios de la Guerra de las Galaxias inspiró la metáfora y el título del presente trabajo.

² Si uno revisa el artículo de Rojas Leo ve como pretende conciliar objetivos contradictorios como reforzar al crédito y proteger al deudor como fines del Derecho Concursal sosteniendo que no hay conflicto cuando cualquier persona con conocimientos básicos de economía sabe que ese es un conflicto que virtualmente ha dividido la ciencia económica en dos. Es curiosa además la coincidencia entre el mensaje de Rojas Leo y un mensaje similar dado por su compañero de partido político (ambos son miembros de Acción Popular), Luis Alva Orlandini, Presidente del Tribunal Constitucional, quien continuamente reclama en sus declaraciones, y lo que es peor, en sus resoluciones, la consideración de factores sociales y políticos para definir las reglas aplicables a cada caso. Ese es precisamente el problema de cuando los políticos encuentran sitio en entidades que deben responder a criterios técnicos: tratan de ganar discrecionalidad para poder usar las decisiones técnicas como parte de una agenda política y convierten sus tribunales en algo parecido a un Congreso, sólo que sin estar sujetos a control democrático.

No en vano Hayek, al referirse a nuestro “lenguaje envenenado” hizo especial énfasis en la palabra “social”. Decía que ese adjetivo, unido a cualquier sustantivo, tenía el extraño mérito de convertir dicho sustantivo en su antónimo: “Así, la justicia social significa sacarles a unos lo que les pertenece para entregárselos a otros, lo cual es contrario a la celebre definición de Ulpiano de dar a cada cual lo suyo. La democracia social implica la extralimitación del poder político que desparrama derechos sociales por doquier, lo cual, como hemos subrayado en otra oportunidad y lo reiteramos ahora, se traduce en la negación del derecho, puesto que esta última idea tiene como contrapartida una obligación la que, en este caso, no es posible otorgar sin lesionar derechos de terceros. Como también hemos apuntado en otra ocasión, las llamadas libertades sociales incurren en el mismo error. En este caso se recurre a un uso metafórico de la libertad extrapolando conceptos tomados de la biología y la física aplicándolos a las relaciones interpersonales. En este sentido, se dice que una persona no es libre de bajarse de un avión en pleno vuelo, o que no es libre de ingerir arsénico sin padecer las consecuencias, o que no es libre de abstenerse de ingerir alimentos sin morirse por inanición o que no es libre porque no puede ir volando a la luna moviendo los brazos, etc.”³.

En esa misma línea un Derecho Concursal Social o un Derecho de la Competencia Social, pierden su contenido intrínseco para convertirse en un sistema de repartija de privilegios, que crea mecanismos para romper los límites de los derechos subjetivos y lo que es peor, ni siquiera romperlos con coherencia. Por ello, ese lenguaje se hace esquivo, carente de definiciones, que en la mayoría de los casos se limitan a una frase hecha con la que casi cualquiera puede coincidir, pero si uno lo piensa mejor es fácil hacerlo porque la frase no dice nada, está redactada para sonar bien (o a veces solo para “sonar”) sin darnos ninguna explicación de lo que pretende decir.

En la celebre novela de Ayn Rand, “Atlas Shrugged”, se relata un episodio por lo demás explicativo de esta relación entre la incertidumbre y la ambigüedad del

lenguaje. En uno de los capítulos se da cuenta de una conferencia de prensa y se describe cómo los periodistas estaban acostumbrados a esperar el lenguaje ambiguo precisamente como consecuencia de la necesidad de mantener la discrecionalidad necesaria: “Era su obligación la de servir de audiencia a alguna figura pública que hace alocuciones acerca del bien público, en frases cuidadosamente elegidas para carecer de significado. Era su trabajo diario lanzar conjuntos de palabras en cualquier combinación que ellos quisieran, siempre y cuando las palabras no cayeran en ninguna secuencia que dijera algo específico”⁴.

Lamentablemente esa es la historia de los vaivenes de la Fuerza en las últimas decisiones que viene adoptando el INDECOPI. Lamentablemente ese lenguaje, que suena sugestivo y atrayente, tiene el mérito de llevarnos “al lado oscuro”, es decir al “Imperio” de la discrecionalidad.

2. EPISODIO I: LA AMENAZA DEL FANTASMA

En el Episodio I de la Guerra de las Galaxias, la película muestra la incertidumbre de los Jedis sobre lo que estaba ocurriendo. Sentían que algo amenazaba la paz. Advertían cambios, pero no sabían exactamente cuáles. Percibían que el lado oscuro se movía, pero no sabían para qué. Los signos, aunque muy perceptibles, eran imprecisos. Comienza a sentir “La Amenaza del Fantasma”.

En el año 2002 se nombra como Presidente del INDECOPI al Sr. César Almeyda Tasayco. Su nombramiento marcó un cambio de rumbo dramático con la línea que se había estado siguiendo antes. Si bien durante la Presidencia de Carlos Seminario hubo algunos síntomas de permeabilidad a la situación política, derivados de que la coyuntura lo había dejado en una situación débil⁵, lo cierto es que hasta antes el manejo de INDECOPI había operado con un nivel bastante aceptable de libertad de interferencias políticas.

Almeyda marcó el cambio y fue el canal a través del cual se manifestaron las tentaciones del “lado oscuro de la fuerza”⁶. Se trataba de una persona con gran afinidad al Presidente de la República y tuvo siempre el

³ VENEGAS LYNCH, Alberto (hijo). “Las Oligarquías Reinantes”. Buenos Aires, Atlántida, 1999, pp. 34-35.

⁴ RAND, Ayn. “Atlas Shrugged” Pluma Printing, 199, p. 233. Un excelente ejemplo de ese ejercicio de lanzar palabras sin secuencia, evitando el uso de un sustento académico, se puede ver en el artículo publicado por NODA, YAMADA, Carlos. “La ilegalidad de la Regla Per Se en el Ordenamiento Peruano en Materia de Libre Competencia”. Dialogo con la Jurisprudencia No. 60, Septiembre 2003, pp. 73-80. Una lectura de ese trabajo solo denota el uso de argumentos que presuponen que todo el que defienda la “regla per se” es un fujimorista. Pero no existe ningún argumento académico digno de comentar. Se busca más una reacción emocional, que una reacción racional, cosa característica del discurso político.

⁵ Como se recordará Carlos Seminario fue nombrado por el gobierno de Fujimori para reemplazar a Beatriz Boza. La destitución de Beatriz Boza obedeció a la imposibilidad de Vladimiro Montesinos de controlar al INDECOPI y fue la culminación de una serie de esfuerzos destinados a controlar la institución. Sin embargo, a los pocos meses de ocurrido este hecho se produjo el destape de los Vladivideos que terminó con la caída de Fujimori. En ese contexto Seminario se quedó en medio del gobierno de transición sin ningún respaldo político. Su debilidad lo hizo ser permeable a las presiones de ciertos Ministros, en especial del Ministro de Industrias en el tema del dumping, donde Seminario se deshizo del Secretario Técnico y de toda la Comisión, que aplicaba la Ley con mucho tecnicismo y que por tanto resistía las presiones empresariales a crear límites injustificados al comercio. Los resultados se ven hasta ahora donde la Comisión fija derechos a favor de casi cualquiera que se lo pida, perjudicando a los consumidores. Sin embargo, se trató de un hecho aislado, y no de parte de toda una estrategia para politizar la institución.

⁶ Su desempeño posterior como Presidente del Consejo Nacional de Inteligencia, su juego lamentable para tratar de controlar los canales de televisión, o el cambio de política de auspicios para recibir dinero de empresas que tenían procedimientos en INDECOPI, entre otras “perlas” sólo confirmaron la cercanía del personaje con el paradigma del “lado oscuro”.

perfil de un consejero político personal. Nadie conoce de sus habilidades ni pergaminos técnicos. Era un personaje gris que se autoproclamaba como experto en Reestructuración Empresarial, a pesar que no se le recuerda participación en ningún caso importante ante el INDECOPI antes de su nombramiento.

Este personaje sí inició una serie de cambios. Quizás el más notorio fue la recomposición a la Sala de Defensa de la Competencia.

Es cierto que no fue burdo en muchos cambios. Sin duda nombró gente valiosa, pero mezclada con otra gente que no lo era tanto. Y sí se aseguró en tener uno o dos miembros de cada órgano funcional que fueran de su entera confianza.

A la etapa de Almeyda le sigue una etapa para nada mejor. Se nombra interinamente como Presidente al Gerente General, Fernando Arrunátegui, rompiéndose con la práctica usual, y más lógica, de nombrar a otro miembro del Directorio como Presidente interino. El interinato y las características del personaje marcan una agudización del proceso de pérdida de independencia o, en el mejor de los casos, una percepción pública de debilidad y de falta de defensa de los fueros de la institución. Este interinato se prolonga por más de diez meses a la fecha⁷. A pesar que no es recomendable que un Presidente interino haga cambios, en espera de su sucesor definitivo, el Presidente interino se dio el lujo de recomponer Comisiones y reemplazar a cualquier Secretario Técnico que no fuera permeable.

Esto va de la mano de un cambio en el lenguaje, tanto en declaraciones públicas como en muchas de las decisiones funcionales del INDECOPI. El nuevo lenguaje trae siempre un elemento constante: hay que ganar discrecionalidad. Hay que confiar en la capacidad del funcionario para decidir por el ciudadano. Para ello se cambia el uso de criterios claros por ambiguos, que permiten decidir casos iguales de manera diferente. Es la herramienta perfecta para conseguir el tipo de flexibilidad típica para llegar a politizar las decisiones sin que parezca formalmente que lo está haciendo. Aparecen entonces políticos con discursos aparentemente técnicos. Esto está perfectamente reflejado, como veremos, en las decisiones que la nueva Sala de Defensa de la Competencia ha dado en el tema de libre competencia.

Esta coyuntura explica la secuencia de cambios que aparecerán en los episodios siguientes. De pronto se dejan de dictar precedentes de observancia obligatoria, es decir aquella herramienta colocada en la legislación precisamente para permitir a los funcionarios a "resistir al lado oscuro". Sólo se han dictado dos

(uno conocido como la Resolución del SOAT y el otro es el cambio de criterio para definir al consumidor final en los casos de protección al consumidor), y no debe sorprender que ambos eliminen criterios que antes limitaban la discrecionalidad del INDECOPI.

Pero veamos con mayor detalle cómo "La Amenaza del Fantasma" comienza a tomar forma.

3. EPISODIO II: EL ATAQUE DE LOS CLONES

En el Episodio II de la Guerra de las Galaxias los Jedis descubren que alguien está clonando un ejército de guerreros, aunque sin tenerse claro con qué fin. Este ejército repite la configuración del guerrero clonado, se ven parecidos, pero no son iguales. Tienen la misma cara, pero no necesariamente el mismo contenido.

En la historia que estamos relatando ello comienza a notarse en las resoluciones que la Sala dicta en los temas de Libre Competencia. En este tema la nueva Sala ha dictado cuatro resoluciones. De las cuatro, en tres revoca los criterios de la Comisión, y en la única que confirma en realidad lo hace con un criterio sumamente discutible que entra en contradicción con las decisiones de la Sala anterior. Esto quiere decir que en todas cambia criterios.

Pero cambiar de criterio es válido. En áreas tan fértiles a la discusión como el Derecho de la Competencia ello no debería llamar la atención. Lo que debe llamar la atención es que en todos los casos la decisión se orienta a ganar más discrecionalidad, a niveles tales que los razonamientos ponen en evidencia el desarrollo de una capacidad para resolver casos iguales de manera distinta, abriendo espacios para una mayor politización de las decisiones.

En un área tan técnica y compleja como el Derecho de la Competencia, la imprecisión parecería ser la regla. Ello eleva los costos de transacción en la economía y exige esfuerzos mayores para tratar de mandar mensajes claros a los agentes económicos sobre qué conductas están permitidas y cuáles no.

Para ello se busca definir, incluso en las prácticas más complejas, elementos objetivos que permitan que en la evaluación de todo caso la secuencia de análisis sea siempre la misma. Para identificar la intención de ganar discrecionalidad y manejo político, basta identificar dos elementos: (1) cómo se quita significado a ciertos términos y se le llenan con un contenido impreciso que no define nada. Así, se "clona" el concepto, pero al hacerlo en realidad se cambia. Se lee como si fuera igual, se usa en el mismo tipo de casos, pero en realidad es otra cosa diferente; y (2) se retira de la secuencia de análisis un paso importante pero incómodo para ser

⁷ Recordemos que fue nombrado como Presidente Interino el día 31 de enero de 2003.

discrecional. En términos sencillos, se “salta a la garrocha” el elemento de análisis. Lo más serio es cuando ese paso de análisis está en la Ley misma. Veamos cada uno de estos dos elementos. Comencemos con el “salto de garrocha”.

a. El salto de garrocha

Como en la mayoría de áreas del Derecho, en el Derecho de la Competencia se desarrollan secuencias de análisis, en las que para determinar el resultado que debe darse a un caso se sigue todo un proceso, con pasos definidos. Conforme se llega a la conclusión que un requisito se ha cumplido, entonces se pasa al siguiente. Si por el contrario uno de los requisitos no se cumpliera entonces se detiene el análisis y el caso es declarado infundado.

Bajo el riesgo de llegar a una sobresimplificación, el análisis de un caso de abuso de posición de dominio sigue la siguiente secuencia: (1) se determina cuál es el mercado relevante de producto, es decir con qué productos o servicios compite efectivamente el bien o servicio producido por la empresa sujeta a investigación⁸, (2) se determina cuál es el mercado geográfico, es decir una vez definido el mercado del producto, debe establecerse dónde compite espacialmente la empresa en cuestión⁹, (3) se determina si la empresa en cuestión tiene o no posición de dominio en el mercado relevante¹⁰, (4) se establece si al desarrollar la práctica la empresa recibe, simultáneamente, un beneficio, y causa un perjuicio y (5) según el tipo de práctica (negativa injustificada de contratar, cláusulas de atadura, precios predatorios, discriminación, etc.) el árbol de análisis se abre en diversos supuestos que evalúan los requisitos necesarios para que la práctica pueda ser considerada anticompetitiva.

Me interesa concentrarme en el supuesto 4 anterior, es decir el referido a que la empresa acusada de una práctica ilegal esté causando un perjuicio y simultáneamente esté recibiendo un beneficio. Este supuesto se deriva del texto expreso del primer párrafo

del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, el cual establece: “Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, *con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros*, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”.

Nótese que la norma es clara en señalar que el perjuicio y el beneficio deben de ser simultáneos. La interpretación literal de la norma no deja espacio para pensar algo distinto, pues los términos “perjuicios” y “beneficios” están separados por la conjunción “y” que implica que ambos elementos son necesarios.

Este cuarto requisito permite eliminar una serie de casos y detener allí el análisis. Respecto al requisito de perjuicio, carece de sentido analizar una práctica que no está en capacidad de causar daños, dado que el análisis de los casos de abuso de posición de dominio está sujeto a la llamada regla de la razón.

Respecto del requisito de beneficio, éste trata de descartar el análisis de una práctica cuando no existen elementos para pensar que quien la desarrolla está obteniendo una ventaja de restringir la competencia. Por ejemplo, la empresa concesionaria de un puerto se niega a que en su terreno se instale una antena de telefonía móvil, si bien su decisión puede generarle un perjuicio a la empresa objeto de la negativa, no se ve qué razones pueden existir para que tal negativa se dé desde el punto de vista de la competencia, porque la empresa que brinda servicio de puerto no está ni ella, ni ninguna empresa a ella vinculada, en el mercado de telecomunicaciones. Así, desarrollar la práctica no le reporta beneficio alguno. Lo dicho es igualmente cierto incluso en el caso que ya otra empresa de telecomunicaciones haya sido autorizada por la empresa portuaria a instalar una antena.

La razón es muy simple. Incluso si aceptáramos una posición de dominio en el mercado de terrenos para la instalación de antenas de telefonía móvil, no existen razones económicas para que la empresa de puertos

⁸ Por ejemplo, si estamos en un caso de cerveza, se analiza qué opciones tienen los consumidores si sube el precio de la cerveza. Por ejemplo: ¿Comenzarán a tomar ron u otras bebidas alcohólicas? Si la respuesta es sí, entonces las demás bebidas deben incluirse como parte del mercado relevante, lo que significa que la participación de la cerveza en el mercado es menor. Si la respuesta es no, entonces el producto relevante será la cerveza, con lo que de haber un solo productor de cerveza este tendría un monopolio.

⁹ Por ejemplo, si esta empresa vende cerveza en Lima, ¿Es pertinente que otra este vendiendo cerveza en Ica, y otra en Arequipa? ¿Controlan estas empresas la facultad de fijar el precio de la cerveza en el mercado limeño? Dependiendo del análisis que se haga el área relevante será mayor o menor. Cuando más grande sea menor será la participación de la empresa involucrada. Cuando menor sea el área, mayor será su participación.

¹⁰ Así, usando diversas técnicas desarrolladas por la ciencia económica, se mide la participación del mercado de la empresa investigada, el nivel de concentración en el mismo, es decir el tamaño de sus demás competidores, la existencia o no de barreras de acceso que le permitan actuar con independencia, etc. La Ley ha definido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, que ello implica determinar si la empresa en cuestión puede actuar con independencia de sus clientes, competidores y proveedores, esto es si puede o no controlar el precio. Si luego del análisis se concluye que la empresa goza de posición de dominio se sigue con el análisis, si por el contrario se llega a la conclusión que no existe posición de dominio el caso termina y no es necesario analizar otros aspectos del mismo. Como se dijo esto se deriva del artículo 4 del Decreto Legislativo 701, el mismo que señala: “Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.

se niegue a que en su terreno se instalen muchas antenas de telefonía móvil. Finalmente puede tener la oportunidad de que se instalen muchas antenas y cobrar por cada una de ellas. ¿Qué podría motivarla a perder ese ingreso adicional? Solo una razón comercialmente válida. Por ejemplo puede ya no tener espacio disponible porque la infraestructura no lo permite. Otro ejemplo puede ser que la empresa que solicita la instalación tiene malos antecedentes crediticios y no le inspira confianza. Otra razón puede ser que el espacio disponible no permite una instalación segura y libre de riesgos o que la empresa de telecomunicaciones no aceptó los términos ofrecidos.

El caso cambia si la negativa es efectuada por una empresa que actúa en el mercado. Por ejemplo si quien solicita un espacio no es una empresa de telecomunicaciones, sino una empresa dedicada al servicio de carga y descarga de buques, servicio en el que competiría con la empresa portuaria, y ésta se niega a darle un espacio para poner sus grúas en el puerto, la situación es diferente. Allí el control de la infraestructura le permite a la empresa portuaria usarla para negar el acceso al puerto y así restringir la competencia en el servicio de carga y descarga. Con ello se quedaría sola en el mercado y podría elevar sus tarifas por tal servicio a niveles monopólicos. En ese caso el perjuicio a la competencia está claro y el beneficio de la empresa es evidente¹¹.

La existencia de este requisito busca descartar casos que no tienen racionalidad anticompetitiva, y evitar un intervencionismo extremo en la libertad de contratación de las partes. Su eliminación, por el contrario, crearía obligaciones de contratar a todos los niveles, dándole a la autoridad la capacidad de ordenar a contratar en caso de negativas que no tienen un efecto ni racionalidad anticompetitiva. La libertad de contratar es un derecho muy sensible y las excepciones a dicha libertad deben estar debidamente sustentadas.

Éste es un criterio bastante aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia. Por ejemplo en el caso *Oficial Airline Guides, Inc. vs. la Federal Trade Commission (FTC)*, la Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos cambió la orden del FTC, en la cual ésta requería a una guía de publicación de información aérea que se incluyera en su lista publicada de vuelos aéreos los horarios de las aerolíneas de "commuter" conjuntamente con aquellas de las aerolíneas principales, puesto que el no hacerlo representaba una desventaja económica significativa para estas aerolíneas

y reducía la cantidad de información para los consumidores, creando supuestas ineficiencias y disminuía la competencia en el mercado aéreo. Sin embargo, la Corte señaló que esta conducta no tenía ni el propósito ni el efecto de mantener el monopolio de la denunciada. La Corte resaltó que un razonamiento como el del FTC permitiría que el Gobierno impida que un periódico con poder monopólico se niegue a publicar en sus páginas, publicidad de una empresa cuyos dueños tengan una opinión política en contra del periódico, si la empresa necesita de dicha publicidad para permanecer en el negocio. Este caso demuestra cómo los temas no económicos pueden algunas veces ser conducidos por los denunciantes para limitar las leyes de competencia, en vez de expandirla¹².

Si uno analiza el caso citado descubre que no existía beneficio en la guía aérea para negarse a publicar la información que no sea una razón comercialmente válida. La guía tiene los incentivos para publicar la mayor información posible, siempre que los beneficios de hacerlo superen los costos de hacerlo. Si los consumidores valoran la información adicional estarán dispuestos a pagar por ella y la guía a publicarla sólo si los costos son menores a la disposición de pagar a los consumidores. Si la guía no tiene vínculos con las empresas aéreas que la incentive a generar ventajas anticompetitivas su conducta obedece a razones de mercado justificables. De la misma manera no se puede exigir que un periódico publique publicidad de quien no desee, salvo que ello vaya dirigido a obtener ventajas anticompetitivas.

Si se acepta que una empresa puede ser sancionada sin haber recibido un beneficio por la práctica, se estaría limitando la libertad de contratar sin razón aparente. Si uno eliminara, en contra del texto de la Ley, el requisito del beneficio, ganaría discrecionalidad y poder, pues obtendría un gran espacio para regular la contratación entre particulares, renunciado a que sean los incentivos de mercado lo que regule estos casos. Si el INDECOPI adoptara este criterio obtendría un gran espacio para amenazar la libertad de contratación y forzar a las grandes empresas a "apoyar" a las pequeñas, convirtiendo a las normas de competencia en un sistema populista antes de un promotor de la eficiencia en beneficio de los consumidores. Permitiría así el desarrollo de una "competencia" más social o acorde con un interés social. Pero como vimos, en términos de Hayek, haríamos uso del lenguaje envenenado y convertiríamos la competencia en

¹¹ De hecho muchas veces este tipo de problemas llevan a que se adopte no una solución de acuerdo a las normas de libre competencia, sino de acuerdo a esquemas regulatorios que establecen reglas *ex ante*. Un buen ejemplo es el Reglamento de Acceso a Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por el OSITRAN por resolución No. 034-2001-CD/OSTIRAN y que ha sido recientemente aclarado por Resolución No. 014-2003-CD/OSITRAN o las normas de interconexión en telecomunicaciones. En cualquier caso, como se verá más adelante, esto se vincula con el problema de las llamadas facilidades esenciales.

¹² ROSS, Stephen. "Principles of Antitrust Law". p. 85.

justamente lo contrario a lo que ésta es: dejaría de ser un mecanismo que premia el esfuerzo y la iniciativa y se convertiría en un sistema de repartición de privilegios. En otras palabras, sería un movimiento hacia “el lado oscuro de la Fuerza”.

Además constituiría un criterio inconstitucional. El artículo 62 de la Constitución garantiza la libertad de contratación¹³. Sólo por una autorización constitucional es posible limitar esa facultad de contratación. Dicha autorización, en el caso que nos ocupa, está en el artículo 61 de la misma Constitución¹⁴. Pero dicha autorización a limitar la libertad de contratación sólo permite restringir la conducta en cuanto tenga por efecto e intención limitar la libre competencia. Si quien supuestamente desarrolla la práctica no tiene ningún beneficio por la misma, como exige la Ley, no se entiende cómo puede surgir una autorización genérica para limitar el derecho a contratar.

Pues eso es precisamente lo que ha hecho el Tribunal del INDECOPI al saltarse a la garrocha el requisito de determinar la existencia de un beneficio.

El caso en el que ocurrió ello fue el contenido en la Resolución No. 0869-2002/TDC-INDECOPI, de fecha 11 de Diciembre del 2002, que recoge la decisión en la denuncia planteada por CAB CABLE contra ELECTROCENTRO.

El caso se refiere a una denuncia presentada por CAB CABLE, empresa que presta servicios de televisión por cable en la ciudad de Huancayo, contra la empresa ELECTROCENTRO, empresa eléctrica que presta el servicio de distribución de energía en la misma ciudad.

Para prestar el servicio de televisión por cable, la denunciante tenía celebrado un contrato con ELECTROCENTRO para utilizar los postes de esta empresa para el tendido de su red. Sin embargo, luego ELECTROCENTRO se negó a suscribir un nuevo contrato al vencerse el primero, argumentando un cambio de circunstancias respecto a las condiciones comerciales y a las exigencias de las normas sobre calidad del servicio eléctrico. Señaló la denunciada que sus postes no tenían las características adecuadas para brindar el servicio, lo que le había generado una serie de inconvenientes técnicos durante la ejecución del contrato.

Es importante señalar que en su defensa ELECTROCENTRO dejó claro que su negativa a contratar incluso la perjudicaba, pues le privaba de recibir los

ingresos adicionales que el alquiler de postes le hubiera significado. Así señaló, como resulta evidente, que su negativa se basaba en una decisión operativo-comercial.

Como se desprende de los hechos del caso la pregunta que surge es si el INDECOPI está en capacidad de inmiscuirse en una relación de naturaleza privada, sustentada en decisiones comerciales entre empresas. La respuesta sólo puede ser afirmativa si detrás de la práctica exige una motivación anticompetitiva.

Era evidente, sin embargo, que ELECTROCENTRO no tenía ningún interés en el mercado de servicio de televisión por cable. Ni ella, ni ninguna empresa a ella vinculada, presta tal servicio. Lo único que ocurre como consecuencia de la negativa es que pierde un ingreso adicional. Por ello, la razonabilidad y justificación de tal negativa se presume, lo que se logra con la carga de probar que ELECTROCENTRO recibe algún beneficio.

En todo caso es de cargo del denunciante o de la autoridad de competencia el probar la irracionalidad de la negativa y la existencia del beneficio para la empresa encausada. De lo contrario se estaría creando una “presunción de responsabilidad” pues se consideraría que la simple negativa es una infracción salvo que se pruebe lo contrario.

El tema no es para tomarlo a la ligera, y la forma cómo uno analiza el problema puede tener efectos nefastos en la economía. Las razones por las que una empresa se niega a contratar pueden ser objetivas o subjetivas. Un abogado puede rechazar atender un cliente sólo porque no le causó una buena impresión. De la misma manera la negativa a alquilar los postes pueden simplemente responder a la incertidumbre sobre los riesgos que ello implique o que la empresa solicitante no nos causa una buena impresión. Son razones que no pueden ser justificadas objetivamente, pero que motivan las formas cómo se hacen los negocios. Reducir esa discrecionalidad en el contratante es limitar su libertad de contratar de manera innecesaria, privando a las empresas de usar su “olfato” en el mundo de los negocios.

Por eso las normas de competencia han establecido el requisito de probar tanto el perjuicio y el beneficio. Si se va a intervenir se quiere que se trate de un caso donde existen incentivos para una conducta anticompetitiva. Es la intención de restringir la competencia lo que preocupa. Sólo en ese caso se interviene. En los demás se respeta la decisión de la

¹³ “Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)”.

¹⁴ “Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

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

empresa. Si ésta se comportó de manera irracional es su problema, pero lo más probable es que nos encontremos ante una conducta racional que no puede ser justificada con elementos meramente objetivos. Finalmente el “*feeling*” en los negocios es importante para las decisiones empresariales, y no es función de la autoridad de competencia restringir el derecho de las empresas a guiarse por su “*feeling*”.

Pues bien; la decisión que adoptó el Tribunal en el caso se “saltó a la garrocha” el requisito del beneficio. No hay un sólo extremo de la resolución que analice cuál es el beneficio, y ni siquiera que diga por qué excluye su análisis. Simplemente lo obvió porque lo consideró muy incómodo para decidir como decidió.

Si bien confirmó la decisión de la Comisión, que en mi opinión también estaba equivocada, lo que es cierto es que al menos la Comisión abordó parcialmente el tema usando la teoría de la negativa arbitraria, desarrollada en algunos casos norteamericanos justamente para justificar la intervención en casos en los que no se aprecia el beneficio. Al respecto, la Comisión señaló, en nuestra opinión equivocadamente, que: “Una negativa de trato arbitraria se distingue por el hecho de que la empresa que realiza la práctica no mantiene una relación de competencia con la empresa que se ve afectada por la negativa. Aun cuando resulta claro que las negativas arbitrarias de trato podrían reducir el bienestar restringiendo la competencia, algunos autores han considerado que este tipo de conductas deberían ser corregidas por el propio mercado, sin necesidad de una intervención gubernamental. En la misma línea otros autores señalan que este tipo de negativa no debería ser materia de intervención debido a que los costos y riesgos asociados a la misma, no estarían justificados por los beneficios potenciales del proceso competitivo. Contrariamente a lo anterior, la opinión de la Federal Trade Commission, autoridad gubernamental en materia de libre competencia de los Estados Unidos, señala que las negativas arbitrarias de trato deben ser sancionadas a menos que la empresa con posición dominante demuestre que tiene una justificación de negocios clara para la negativa”.

Como vimos, las Cortes Norteamericanas no acogieron con entusiasmo esta interpretación, y si bien hubo algunos amagos de aceptar la posibilidad de sancionar una negativa arbitraria sin que existan beneficios, estos intentos no llegaron a consolidarse como una posición general y fueron dejados de lado.

Sin embargo la Resolución del Tribunal que estamos comentando ni siquiera analiza la teoría de la negativa arbitraria, con lo que ni siquiera hace el intento de justificar la no aplicación del requisito.

Para ello utiliza una suerte de teoría de “comunismo” empresarial, en el que el empresario está sujeto en la toma de decisiones a no ser considerado “(...) un individuo abstracto y aislado, sino como un miembro de una comunidad cuya actividad empresarial está flanqueada por el concurso de otras personas, otros empresarios y los consumidores”.

En esa misma línea se señala que “(...) el ejercicio de la autonomía privada de la que gozan los particulares – dentro del marco del orden público económico protegido por el derecho de la competencia- no puede perjudicar la igualdad entre los competidores ni los intereses legítimos de los consumidores”.

La frase es por lo demás expresiva, pues impone una nueva obligación: la de tratar igual a los competidores, así uno no tenga ningún interés en el tema en concreto por no participar en el mercado respectivo.

Nadie discute que pueden limitarse ciertos actos que afecten la competencia, pero en la conducta de ELECTROCENTRO no hay nada de anticompetitivo. El lenguaje de la Resolución invoca a una suerte de “solidaridad social” o deber de cooperación del empresario con los negocios ajenos, dirigida a igualar a los competidores. Si él no recibe ningún beneficio con la negativa, su obligación a colaborar no nace de un acto ilícito, sino simplemente del incumplimiento de un deber de cooperación abstracto y etéreo. Esa “solidaridad social” impuesta de afuera es una contradicción en términos. Ser solidario es llevar a cabo un acto de desprendimiento para ayudar a otro. Pero si me obligan a ser “solidario” no lo estoy siendo en realidad. Es otro ejemplo de cómo añadir el impreciso término social sólo consigue que la palabra signifique exactamente lo contrario. Una solidaridad impuesta no puede ser solidaridad.

Pero lo peor de todo es que es una decisión ilegal por saltarse a la garrocha la literalidad de la Ley que obliga a determinar la existencia de un beneficio por parte de quien desarrolla la práctica. Nada se dice en la Resolución de por qué no debe aplicarse el requisito de beneficio.

En ese sentido la decisión adoptada es una expropiación de la propiedad y de la autonomía privada de ELECTROCENTRO, sin que pueda decirse bajo ninguna circunstancia que la conducta desarrollada es anticompetitiva. Crea una carga que no sólo no es creada por la Ley, sino que es negada por la Ley.

Sin embargo, dicha decisión aumenta el espectro de discrecionalidad de la autoridad. La negativa a contratar de quien no tiene intereses en el mercado supuestamente afectado permite incluir en la esfera de acción una serie de casos en los que se pueden dictar decisiones populistas y obligar a las empresas a contratar en contra de su voluntad. Este comunismo

empresarial impuesto es realmente preocupante y extiende “las fronteras” del imperialismo del funcionario público. Es pues otro movimiento hacia el “lado oscuro de la Fuerza”.

b. La clonación impropia o el efecto comodín

Sin embargo el problema no acaba allí. Abierta la puerta a mayor discrecionalidad es casi un axioma que la puerta se irá ensanchando porque ya no tiene límites. Aquí es donde se presenta este efecto clonación que habíamos ya adelantado.

Lo que se hace con la “clonación” de conceptos por otros parecidos, pero no iguales, es convertir el término técnico en un comodín que se puede utilizar para sustentar cualquier razonamiento. En cada caso, como en un juego de cartas, se puede usar el comodín para representar cartas diferentes, la que se necesite en cada caso. Uno puede hacer una escalera royal en un juego de póquer por más que falte un número, porque el comodín reemplaza el número que falta. De la misma manera uno puede completar un razonamiento, a pesar que en el caso concreto falta uno de los requisitos para culminar el análisis en el sentido deseado.

Cuanto más indefinido sea el concepto, cuanto más imprecisa sea la “clonación”, más fácil podemos obtener resultados diferentes para casos iguales. A ello lo vamos a llamar el “efecto comodín”.

Un ejemplo muy claro de cómo usar el efecto comodín se dio en la época de Alan García y la estatización de los bancos. Dado que en la Constitución de 1979 se establecía que el Estado tenía un rol más activo en la prestación de los servicios públicos, se pretendió calificar a los Bancos como un servicio público para justificar su expropiación.

Podemos tener una larga discusión sobre cuál es el sentido técnico del término “servicio público”, pero es claro que no es el mismo de “servicio al público”. Los servicios bancarios se brindan “al público” pero no son “servicio público”. El intento de clonación del concepto por uno parecido, pero diferente, se dirigía a generar el efecto comodín y poder encajar el caso de la expropiación de los bancos como el ejercicio de las potestades estatales vinculadas a los servicios públicos. No es pues de extrañar que en la búsqueda de politizar las decisiones técnicas se cambie el sentido de las palabras sin decirse que se están cambiando.

Un concepto que ha sido clonado por el Tribunal de INDECOPI en la segunda de las Resoluciones

que vamos a comentar es el de “facilidad esencial”.

El concepto de facilidad esencial fue acuñado para explicar ciertas situaciones en las que el acceso a un recurso indispensable para la producción de otro bien o servicio, en control de un competidor real o potencial, debe ser forzado por la Ley. Para estos efectos debe quedar claro que el recurso podrá ser considerado facilidad esencial si no es susceptible de ser reemplazado técnica o económicamente para producir el bien o servicio.

Grafiquémoslo con un ejemplo. Si una empresa desea brindar el servicio de acarreo de maletas desde los aviones hasta la zona de recojo por los pasajeros, es técnicamente imposible que lo pueda hacer, dada la tecnología existente, sin apoyarse sobre la plataforma del aeropuerto en la que está estacionado el avión. Por ello, la plataforma es una facilidad esencial para poder brindar el servicio en competencia incluso con la propia empresa que opera el aeropuerto.

Otro ejemplo se presenta en telefonía. No es posible brindar el servicio de larga distancia sin contar con la posibilidad de acceder a la red del operador de telefonía fija. Así Americatel (la famosa 1977) no podrá brindar el servicio a los usuarios de Telefónica si Telefónica no le permite usar parte de su red para que puedan cursarse las llamadas de larga distancia. La red de Telefónica es una facilidad esencial.

Pero imaginemos ahora que quiero brindar el servicio de almacenaje de carga aérea. Si bien es cierto que tener un almacén dentro del aeropuerto me da una ventaja, el almacén dentro de dicha infraestructura puede ser reemplazado a un costo razonable con un almacén fuera del aeropuerto. En ese caso, contar con un área de almacenaje dentro del aeropuerto no es una facilidad esencial.

Al respecto, cabe resaltar que el servicio de almacenaje, si bien puede ser necesario para completar la cadena del transporte, puede usar infraestructura no aeroportuaria, por lo que existe una alternativa de sustitución técnica y económica al uso de almacenes dentro del aeropuerto.

Para cada tipo de infraestructura, se puede definir un conjunto de servicios esenciales y otros servicios no esenciales, distinguidos según el criterio de necesidad para operar o mantener los servicios de transporte y las dificultades de duplicación de la infraestructura a corto plazo¹⁵.

Los operadores de terminales de almacenamiento de carga aérea utilizan actualmente determinadas

¹⁵ Según las normas de acceso de Australia para calificar un área como infraestructura esencial: “(i) Es necesario para los fines de operación y/o mantenimiento de los servicios de aviación civil en el aeropuerto, (ii) es provisto por medio de infraestructura significativa en el aeropuerto, siendo infraestructura que no puede ser económicamente duplicada”. Australia Draft Guide. Section 192 of the Airports Act – Declaration of Airport Services. Summary V.

instalaciones esenciales del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez con ocasión al servicio que prestan. En efecto, de lo señalado se desprende que el acceso a las instalaciones esenciales (plataforma) es determinante para que el operador secundario pueda brindar sus servicios. Por ello, son usuarios intermedios de servicios aeroportuarios toda vez que utilizan la infraestructura para brindar servicios a terceros.

Ahora bien, cabe diferenciar el servicio de carga y descarga (así como el servicio de transporte de mercancías) del servicio de almacenamiento. El primero de estos servicios necesariamente requerirá de la utilización de las facilidades esenciales para poder brindarse. Sin embargo, el servicio de almacenamiento no requiere indispensablemente el acceso a la infraestructura pues puede realizarse fuera de ella.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el factor indispensable para que los operadores secundarios puedan brindar el servicio de almacenamiento es contar con la carga para efectuar el transporte de ésta. En efecto, el transporte de carga se inicia en la descarga de la mercancía del avión y tiene como destino final la llegada a los almacenes.

Pero es evidente que la facilidad esencial tiene un contenido, valga la redundancia, esencial: sin ella el servicio no puede ser brindado, sacándose del mercado a la empresa afectada por la negativa.

Normalmente los problemas de facilidades esenciales, referidos usualmente al uso de infraestructura se resuelven regulatoriamente y fuera del área del Derecho de la Competencia. Sólo excepcionalmente se usa el concepto dentro del campo del Derecho de la Competencia para cubrir un problema que se le ha escapado a la regulación.

Es importante distinguir el problema de las facilidades esenciales del llamado problema de acceso universal o servicio universal. El tema de servicio universal no responde a la existencia de una facilidad esencial, sino a un problema de servicio público. Si usted está dentro de área de concesión de la empresa de distribución eléctrica Edelnor, tiene el derecho como usuario a que le conecten luz y la empresa no está en posibilidad de negarse a conectarle la luz si se cumplen con los requisitos técnicos y económicos establecidos. Allí no hay un problema de competencia, sino el interés del Estado de que todos cuenten con el servicio. Lo mismo puede decirse de los proyectos de electrificación rural o telefonía rural, en el que el Estado diseña esquemas para llevar estos servicios incluso a áreas en que no es rentable hacerlo.

La Comunidad Europea ha definido una facilidad esencial como "una facilidad o infraestructura sin

acceso al cual los competidores no puedan ofrecer servicios a sus clientes y la cual no puede ser replicada por ningún medio razonable".

Bajo la legislación antimonopolios de Estados Unidos, se requiere de tres condiciones para que se establezca la obligación de acceso a una facilidad esencial: (i) Control de la facilidad esencial por un monopolista; (ii) Incapacidad de un competidor que necesita de la facilidad, de duplicar dicha facilidad esencial y (iii) La negativa de uso de la facilidad a un competidor.

Por su parte, la ley de competencia del Reino Unido, establece como características fundamentales de una facilidad esencial: (i) Los competidores deben tener acceso a la facilidad puesto que es esencial para la provisión de bienes o servicios en dicho mercado relacionado y (ii) No es económicamente eficiente, o puede no ser posible, que los nuevos entrantes repliquen la facilidad.

Por otro lado, el concepto de acceso universal nos remite a la idea de que los servicios públicos sean proveídos de manera que sean accesibles a aquella minoría de usuarios potenciales que no poseen dichos servicios y para aquellos a quienes el hecho de no contar con dichos servicios constituiría una desventaja social u económica. La Comunidad Europea ha identificado el enfoque de las obligaciones del Servicio Universal en Europa, de manera que estos servicios sean ampliamente expandidos y que se tomen en cuenta los intereses de los consumidores.

La confusión entre un concepto y otro es muy peligrosa. Un concepto extendido de facilidad esencial generaría el efecto de considerar el recurso en realidad bajo el concepto de servicio universal, lo que lleva implícito una suerte de calificación del servicio como servicio público.

Pues bien: otra de las decisiones del Tribunal de INDECOPI ha hecho precisamente eso. Ha clonado el concepto de facilidad o servicio esencial para darle un contenido asimilable al de servicio o acceso universal.

El caso fue el resuelto en la Resolución No. 870-2002/TDC-INDECOPI de fecha 11 de Diciembre del 2002. Se trata de la denuncia presentada por Aerocontinente contra el Banco de Crédito.

En el caso, Aerocontinente denunció al Banco porque éste se negaba a abrirle cuentas corrientes en su agencia de Puerto Maldonado. Dichas cuentas permitían depositar el dinero de las operaciones de la aerolínea en la localidad y hacer las transferencias correspondientes con mayor facilidad.

El Banco se había negado a abrir las cuentas sosteniendo que en una ocasión anterior Aerocontinente se había negado a entregar sus estados financieros, lo que había impedido conocer a su cliente y sobre todo controlar posibles actos de lavado de

dinero. Por ello, luego del cierre de las cuentas, el Banco sostenía que Aerocontinente pretendía evadir la entrega de sus estados financieros mediante la argucia de pedir una reapertura de cuentas.

La Comisión consideró que efectivamente el Banco de Crédito gozaba de posición de dominio en este tipo de servicios financieros, pero que sin embargo la negativa estaba justificada en la negativa de Aerocontinente a proporcionar los estados financieros anteriormente.

La Sala repite su argumento del “comunismo empresarial” y señala que deben protegerse las finalidades sociales (¿?) protegidas por el Derecho de la Competencia.

Para ello repite, esta vez con características olímpicas, el salto a la garrocha del problema del perjuicio. En el caso de ELECTROCENTRO que comentamos líneas arriba, estábamos frente a una empresa que se negaba a brindar un servicio adicional (alquiler de postes) a su actividad ordinaria (distribución de electricidad). Pero en este caso el Banco se había negado a brindar uno de sus servicios ordinarios: apertura de cuentas bancarias. ¿Qué explicación podría tener un banco para negarse a ganar con el servicio de cuenta corriente que es parte de su propio negocio? Sólo una razón comercial válida (y la que dio parece bastante razonable) justificaría la pérdida de negocio.

Pero sobre todo, resulta clarísimo que el Banco no tiene ningún interés en el mercado de aerolíneas. Salvo el avión privado de Dionisio Romero, no parece existir ningún otro interés del Banco en volar aviones. Por ello su conducta no puede ser catalogada como anticompetitiva.

Pero el “olimpismo” del salto de garrocha a la exigencia legal de acreditar el beneficio de la práctica es superado por el “efecto comodín” o la “clonación impropia” del concepto de facilidad o recurso esencial.

Es primera vez que escucho que una cuenta corriente es indispensable para volar un avión de pasajeros. Con ese concepto casi todo es facilidad esencial. Así, la Resolución que comentamos ha creado una equivalencia entre una cuenta bancaria y una pista de aterrizaje.

Y la demostración del absurdo está en el propio expediente. Aerocontinente viene volando hace casi cinco años a Puerto Maldonado sin cuenta corriente en el Banco de Crédito. Desde el 3 de Julio de 1998 no tiene cuentas. Si a la empresa de carga de maletas no le dan acceso a la plataforma no baja ni una maleta. Si a Americatel no le dan acceso a la red de Telefónica no puede captar una sola llamada de dicha red. Pero Aerocontinente despegó y aterrizó pasajeros sin mayor contratiempo. Lo que la historia real demuestra es que Aerocontinente sustituyó el uso de la cuenta corriente

con alguna alternativa técnica y económicamente válida. Ninguno de sus capitanes tuvo que dar la vuelta a su avión y regresarse a Lima porque no había cuenta en el Banco de Crédito ni se dejó de vender pasajes por esa razón. No existe facilidad esencial, pero con la nueva teoría cualquier cosa es facilidad esencial. Se puede así completar la mano de póquer cuando falta una carta. Y en este caso faltan dos: el de beneficio del encausado y el de estarse negando a proporcionar una facilidad esencial. Con ese nivel de discrecionalidad, el Tribunal de INDECOPI puede ordenar la celebración de un contrato casi en cualquier supuesto.

Pero además habría que preguntarse cómo la negativa en abrir la cuenta corriente afectaba la capacidad de competir de Aerocontinente. No conozco el mercado de aerolíneas lo suficiente como para emitir juicios categóricos. Pero se me hace difícil imaginar que el costo de usar mecanismos alternativos a una cuenta corriente sea un componente importante de los costos de operación de una aerolínea, esto es, que ese hecho pueda sacarla del mercado o restringir su posibilidad de competir con otras aerolíneas. El razonamiento de la Sala no puede ser sino calificado como un manejo ligero, por decir lo menos, de los conceptos, y una orfandad de análisis total sobre el concepto central usado para sancionar.

Pero el asunto no queda allí. El razonamiento para calificar la cuenta corriente como una facilidad esencial es realmente increíble. El Banco alegó que existían alternativas para el transporte de dinero. En particular sostuvo que podían usarse servicios de transferencia de dinero (lo cual no es descabellado para alguien que despegue y aterriza aviones de la localidad y por tanto puede trasladar bolsas con dinero en su bodega como entiendo lo hace prestando servicios a terceros) sino que incluso el Banco de la Nación da un servicio de corresponsalía que permite transferencias de fondos. La Resolución del Tribunal califica esas alternativas como sustitutos no adecuados. Dice que la acción de corresponsalía no se ajusta al proceso de depósito en una cuenta. Ello es una calificación absurda. Es un concepto básico de Derecho de la Competencia saber que el nivel de sustitución no se puede determinar usando sólo como argumento que el servicio o bien no se parecen física o estructuralmente. Es la finalidad del servicio lo que importa, relacionado al hecho de que el consumidor encuentra alternativas razonables, y el costo que ello implica. Un Mercedes Benz se parece a un Tico, pero no son sustitutos porque si subes el precio del Tico la gente no va a comprar Mercedes. En cambio se podría determinar que las cerraduras de seguridad y las alarmas a distancia son sustitutos porque los consumidores giran de una a la otra ante modificaciones de precios. Ello a pesar que no se parecen en nada. Pero la resolución no analiza para nada este aspecto.

Sobre la base de esta curiosa argumentación el Tribunal le ha prohibido a los Bancos con posición de dominio negarse a contratar salvo que tenga causas objetivamente demostrables, "...sin que en este caso particular pueda alegar como sustento de la negativa la aplicación de las líneas de política interna que la entidad tuviera establecida". Es decir que a partir de la fecha quien decide si se abren cuentas corrientes o se presta dinero en Puerto Maldonado ya no es el Banco de Crédito, sino la Sala de Defensa de Competencia del INDECOPI. Es más, le doy al lector un consejo. Si no tiene historial de crédito, y por tanto no le pueden negar objetivamente un préstamo, presente su solicitud a la agencia de Puerto Maldonado: tiene crédito asegurado.

Cuando le he comentado el caso de la cuenta corriente como facilidad esencial para el servicio que presta una aerolínea a casi una docena de entendidos nacionales y extranjeros no han podido ocultar su sorpresa y más de uno ha estallado en una carcajada. Aunque la verdad un llanto parece una reacción más propia.

Se ha logrado además algo que Alan García no pudo hacer en los ochenta, y es calificar los servicios bancarios como una suerte de servicio público cuando la empresa tiene posición de dominio, porque con la nueva decisión se ha instaurado el concepto de servicio universal en la actividad bancaria.

Aquí, el movimiento hacia "el lado oscuro" toma más forma. Darth Vader está a punto de colocarse su celebre casco y su capa negra. El nivel de discrecionalidad ganado no sólo preocupa por el concepto aplicado, sino porque se podrá hacer con otros conceptos similares para aplicarlos "al gusto del cliente".

Pero aún hay más.

4. EPISODIO III: LA LUCHA POR LAS NAVES

Cuando se escribe el presente trabajo aún no se conoce el título del Episodio III de la Guerra de las Galaxias. Por la secuencia histórica, se sabe que en el Episodio II Anakin Skywalker aún era bueno y estaba siendo entrenado por los Jedis para ser uno de ellos, pero mostraba claros signos de estar siendo arrastrado por "el lado oscuro". Sabemos que en el Episodio IV Anakin aparecerá convertido en el siniestro Darth Vader¹⁶. Es fácil concluir que en el Episodio III se culmina el tránsito de este personaje hacia el lado oscuro.

Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. En su

tercera Resolución sobre libre competencia la Sala da muestras de cómo busca argumentos para darle la razón a quien desea, no basado necesariamente en criterios técnicos y para ello flexibiliza los conceptos para seguir convirtiendo el Derecho de la Competencia en un Derecho de Competencia Social, discrecional, y por tanto con contenidos manipulables políticamente, consolidando la línea populista que ya se percibía en los anteriores Episodios. El caso que analizaremos es el de los prácticos marinos, es decir quienes pilotean las naves para entrar a un puerto. Por ello podemos denominar al Episodio III "La Lucha por las Naves".

Existe consenso tanto en la doctrina económica como en la legal que los carteles y los acuerdos restrictivos horizontales (es decir entre competidores) son las prácticas más dañinas a la competencia. Esto será analizado más adelante con mayor detalle. Es importante, sin embargo, destacar que los acuerdos para restringir competencia y fijar precios entre competidores motivan las reacciones más duras de las autoridades de competencia en el mundo y es claro el endurecimiento que se ha mostrado en los últimos años.

Así, mientras los demás países del mundo se vuelven más estrictos contra los carteles de este tipo, veremos cómo el Tribunal del INDECOPI va contra la corriente y se flexibiliza, para ganar discrecionalidad, línea que se confirmaría, como veremos más adelante, en el caso del SOAT, el último Episodio de esta historia.

El endurecimiento de la posición mundial se demuestra, sin dejar un ápice de dudas, en un reciente reporte de la OECD sobre los "Hard Core Cartels"¹⁷. El reporte analiza claramente la tendencia mundial a tratar más severamente las posiciones contra una práctica que es calificada como una de las más dañinas, en especial en los países en desarrollo.

Como veremos en un próximo Episodio, el carácter extremadamente dañino de los carteles y acuerdos restrictivos entre competidores llevaron a que estas prácticas sean consideradas en la doctrina mayoritaria y en nuestra legislación como "*per se*" ilegales, esto es que no admitían excusas o justificaciones. Esa regla además disminuía la discrecionalidad del funcionario en casos donde dicha discrecionalidad no era necesaria.

El problema de una línea dura contra los carteles para quien quiere tener una aproximación populista, es que reduce discrecionalidad y puede ser políticamente inconveniente. Muchas veces es el propio Estado o ciertos políticos los que promueven, avalan y defienden carteles. A veces la presión política viene por carteles

¹⁶ Ello porque, como los fanáticos de La Guerra de las Galaxias saben el Episodio IV fue en realidad la primera película, luego se filmó hasta el VI que tiene el desenlace de la serie. Después de varios años recién se filmaron el I y II y se está a la espera de que se filme el III.

¹⁷ Organization for Economic Co-Operation and Development –OECD–. "Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead". 2003. Revisar especialmente las páginas 15 a 19, donde se analiza el endurecimiento de las posiciones de los países hacia este tipo de prácticas.

entre grupos económicos grandes con llegada al gobierno, y que por tanto necesitan que se les aprueben excusas o exenciones, o simplemente que se busque una manera de salir bien librados de un proceso.

Pero en otros casos quienes buscan excepciones son carteles de otro tipo de empresas o productores, pero que representan a grupos con capacidad de presión política y social, y que dan lugar a reacciones populistas. Es común encontrar esas situaciones en acuerdos entre agricultores, que suelen ser los beneficiados más frecuentes de tratamientos discriminatorios en los sistemas comparados a nivel internacional, permitiéndoles que se cartelicen para mantener sus precios altos.

En el Perú tenemos el reciente caso de la aprobación de precios mínimos para el transporte terrestre. Esos grupos hicieron huelgas y tomaron carreteras para presionar al Gobierno para que les permitiera cartelizarse en el precio. El Gobierno cedió a las presiones y aprobó el cartel, dándoles incluso respaldo legal mediante la dación del Decreto Supremo No. 045-2003-MTC de fecha 2 de agosto de 2003¹⁸.

Estos carteles son protegidos por fundamentos más “populistas” y se usan argumentos similares a los que se utilizan para defender la existencia de sindicatos en la esfera laboral, es decir, que la existencia de empresas supuestamente grandes con capacidad de abusar (una suerte de empleadoras abusivas) justifica la cartelización para que, en aplicación del adagio “la unión hace la fuerza” un grupo de “pequeños productores” se puedan defender “de las fuerzas salvajes del mercado” que permiten el aprovechamiento de los más grandes.

Sin embargo el argumento de la “debilidad” es bastante engañoso, pues estas prácticas suelen perjudicar a los consumidores, los que se ven forzados a soportar precios más altos, a pesar de estar en la mayoría de los casos en una situación más “débil” y de no contar con las mismas herramientas de defensa. Si las autoridades ceden a las presiones de estos carteles, sólo consiguen perjudicar a los consumidores, y a la eficiencia en su conjunto, basados sólo en argumentos redistributivos mal entendidos, pues sólo

trasladan riqueza de los consumidores a los integrantes del cartel, es decir, generan un efecto distributivo regresivo¹⁹.

La forma más discrecional y burda de proteger carteles es mediante el reconocimiento legislativo de excepciones. Así en ocasiones la legislación expresamente reconoce la posibilidad de aprobar excepciones en ciertos supuestos al carácter sancionable de un cartel. Esa fue la línea seguida por la Comunidad Económica Europea por décadas. Dicha posición, sin embargo, está en franco retroceso en el mundo, incluso en Europa, como veremos más adelante, y es parte de la línea de endurecimiento mundial que se mencionaba en el reporte de la OMC que acabamos de citar. Los supuestos que suelen contemplarse en las legislaciones van desde la mejora de los aparatos productivos, el evitar la quiebra de empresas, el maximizar la capacidad exportadora, entre otros. El común denominador es, sin embargo, cláusulas tan generales que permiten justificar casi cualquier cosa.

En el Perú, en la versión original del Decreto Legislativo 701, se admitía la posibilidad de aprobar excepciones a carteles, tal como estaba reconocido por el artículo 7 de la norma²⁰, el que fuera derogado por el Decreto Legislativo 788, justamente para evitar el despropósito de proteger carteles a expensas de los consumidores. Hoy ese régimen, al menos según la Ley, ya no existe²¹.

La otra forma de buscar lo mismo es mediante la relajación de la regla aplicable, no considerando los carteles “*per se*” ilegales, sino sujetos a la regla de la razón. En realidad se enmarca en la misma línea de las excepciones legislativas, sólo que esta vez puede ser incluso más discrecional, porque la excepción se deja sujeta a una cláusula abierta o general, evaluable caso por caso. Esta es la línea que se siguió en la jurisprudencia contenida en la ya tristemente celebre Resolución del SOAT que será objeto de análisis en un próximo Episodio de este trabajo.

La tercera forma de hacerlo es quizás la más burda: “hacerse el loco”. Esto quiere decir “hacerse de la vista gorda” buscando algún argumento curioso para no sancionar, tratando de caracterizar los hechos de una

¹⁸ Recientemente la Comisión de Acceso al Mercado, presidida por José Chueca, en la Resolución de los Expedientes 017-2003 y 032-2003 CAM declaró las acciones tomadas por el Gobierno en este extremo como barreras ilegales e irracionales de acceso al mercado. Dicha Resolución, que muestra una actitud valiente y decidida de defensa de los consumidores y su libertad económica, enfrentando los abusos del Estado, debería marcar la línea que debe seguir INDECOPI frente a los carteles y el apoyo gubernamental a los mismos. Sería una suerte de búsqueda por “El Regreso del Jedi” que evite la caída hacia el “lado oscuro de la Fuerza”. Esto ha sido confirmado recientemente por el tribunal.

¹⁹ Es importante destacar que hablamos no sólo de los consumidores directos del bien o servicio involucrado, sino de los consumidores finales. Por ejemplo en el caso de los precios mínimos del transporte, si bien el traslado inicial del costo mayor del servicio es pagado por las empresas que contratan directamente el transporte de carga, ese sobre costo es a su vez trasladado al precio final de los productos transportados y es finalmente soportado por una infinidad de pequeños consumidores finales.

²⁰ “Artículo 7.- La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el artículo 6 o categorías de los mismos, en los siguientes casos: (...)”

²¹ Decimos según la Ley porque, como veremos más adelante, el Tribunal pretende reinstaurarlo por la vía de la jurisprudencia en abierta contradicción al texto de la Ley.

manera distinta a cómo los hechos son en realidad, o poniendo estándares de prueba curiosos para no sancionar. Cuanto más pruebas haya para demostrar la existencia del cartel, más burdo tendrá que ser el argumento y más evidente será que la autoridad “se está haciendo la loca” con el tema. Eso es precisamente lo que pasó con el caso de “La Lucha por las Naves”. Veamos qué criterios desarrolló el Tribunal para dotarse de discrecionalidad en un área en la que la legislación no deja mucho espacio para hacerlo.

El caso fue resuelto por el Tribunal en la Resolución No. 0131-2003/TDC-INDECOPI de fecha 11 de Abril del 2003. Se trataba de la denuncia presentada por la empresa MAERSK PERU S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos (APPM) y las empresas PILOT STATION S.A. (PILOT), PRATMAR S.R.L. (PRATMAR) y SEAWELL S.A. (SEAWELL). Entre los cargos de acusación estaba el de haber entrado en acuerdos o recomendaciones restrictivos de la competencia²².

MAERSK, la denunciante, es una empresa dedicada a la recepción, despacho y abastecimiento de naves. Para desarrollar su labor se veía en la necesidad de contratar los servicios de practicaje marino.

Un práctico es una suerte de capitán capaz de conducir y orientar una nave cuando ésta entra a un puerto. Su función es asesorar al capitán de la nave y de los remolcadores para llevar a cabo las maniobras para entrar y salir del puerto. Se trata por tanto de una persona especializada en las labores de guiar el buque para su recepción y posterior zarpe del puerto. Para ello el práctico está familiarizado con el puerto en el que opera, lo que le permite dirigir la nave de manera segura.

La acusación central planteada era que los prácticos marinos, a través de la asociación que los agrupaba (la APPM) había dispuesto que todos los prácticos quedarían agrupados en sólo tres empresas, las que tendrían una tarifa común. Incluso el acuerdo era que sólo una de ellas (PILOT) brindaría servicios de manera efectiva, mientras las otras dos (PRATMAR y SEAWELL) serían solo una careta para aparentar la existencia de competencia entre las empresas. De esta manera los prácticos habían conseguido restringir la competencia entre ellos, fijando tarifas más altas que las que se tendrían si es que existiera competencia.

La Comisión, en primera instancia, declaró fundada la denuncia, considerando que existía una concertación para fijar precios y condiciones en el servicio de practicaje. El Tribunal revocó la resolución de la Comisión y declaró infundada la denuncia por prácticas restrictivas.

Cuando uno evalúa los hechos del caso, y en especial las pruebas encontradas por la Comisión no puede sino dejar de sorprenderse de cómo fue posible que fuera declarada infundada la denuncia, cuando los acuerdos estaban acreditados y la intención de reducir la competencia mediante ficciones legales estaba inequívocamente expresada por las denunciadas.

En el puerto del Callao existían 36 prácticos autorizados, los que estaban agrupados en 18 empresas diferentes. Sin embargo todo cambió a partir del 8 de Enero del 2001, fecha en la que la APPM emitió una curiosa circular. La misma señalaba:

«Por lo anterior tenemos a bien informarles que todos los profesionales independientes abajo firmantes teniendo en cuenta los dos puntos anteriores adicionándose el hecho de haber conseguido mejores condiciones laborales a partir del día de mañana 8 de Enero 2001 únicamente nos desempeñaremos a través de las siguientes Empresas:

PILOT STATION S.A.

Gerente: Capitán Elisban Rodríguez,
33 Prácticos,
Av. Buenos Aires 341 Oficina 401,
Teléfonos: 4298764 - 9234686.

SEAWELL S.A.

Gerente: Capitán Juan Maguiña Bustos,
1 Práctico,
Av. Almirante Miguel Grau 343 oficina 404.

PRATMAR S.A.

Gerente: Capitán Víctor Tirado Silva,
2 Prácticos,
Av. Buenos Aires 341 Oficina 403. (...)»²³

Claramente la circular contenía una decisión comunicada por el Gremio que agrupaba a los prácticos, dando cuenta del hecho de que los prácticos quedaban agrupados en empresas con números predeterminados de prácticos en cada una. Es importante anotar este hecho porque es totalmente ignorado por el Tribunal. Dado que los prácticos sólo pueden realizar un número limitado de maniobras diarias, dicha división, comunicada por un ente asociativo que agrupaba a los prácticos, y no por una empresa en particular, estaba dividiendo el mercado y definiendo un nivel de concentración no movable. Se trataba de una simple división de mercados convenida entre la agrupación que reunía a todos los ofertantes en el mercado relevante.

Los alcances de la decisión quedan aún más claros si uno lee uno de los antecedentes de la circular

²² Por una Resolución anterior se descartó que se procese a las denunciadas por abuso de posición de dominio (Resolución No. 0417-2002/TDC-INDECOPI de fecha 7 de Junio del 2002) en base a un problema probatorio que carece de relevancia para el análisis que efectuamos en el presente trabajo.

²³ Circular emitida por la APPM. A fojas 000003-000005 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

mencionada, es decir el informe de fecha 31 de Diciembre del 2000, redactado por Arnulfo Gómez, accionista y práctico de PILOT: «Informe que viaje (sic) por motivos de trabajo a la ciudad de la referencia donde me entreviste (sic) con el Presidente delegado del sindicato de Prácticos de México en dicho puerto. Se le solicitó asesoría para la formación de una unión de prácticos en el Callao (sic) y lo indicado abajo fueron sus comentarios. (...) para los mexicanos es conveniente escuchara (sic) las lamentables experiencias de otros países para que sus afiliados jamás piensen que solo (sic) van a estar mejor, y los visitantes aprenden una forma de lograr la unión. (...) cada práctico según turno debe hacer la maniobra en la nave que le toca. Esta prohibido (sic) la relación personal de los prácticos con las agencias. Existe un coordinador de pilotos elegido el cual es el único que puede comunicarse con las agencias ante cualquier problema y es el encargado en primera instancia en hacer iniciado el cobro de facturas si después de los 3 días después del servicio no han cancelado, en caso que no haya efecto, se comunica con el presidente delegado, quien también interviene, en caso que tampoco haya efecto el presidente delegado comunica al secretario General, el secretario General se dirige a la secretaria (sic) de transporte del Gobierno y solicita cancelación de licencia de la Agencia morosa, hasta ahora les ha dado resultado (...) En Veracruz existen 8 prácticos, cuando cumplen los 65 años deben retirarse alguno (sic) de ellos, los prácticos en consenso deciden si el tráfico amerita reemplazarlo, en caso que decidan hacerlo convocan mediante concurso a capitanes con 5 años de experiencia al mando de naves mayores de 5,000 TRB, una vez elegido el práctico firma un compromiso con el sindicato de lealtad y en caso viole será demandado, en el contrato se especifican que leyes vigentes se estaría trasgrediendo (sic), una vez ello se comunica a la autoridad que el sindicato ha decidido entrenarlo, no se acepta que la autoridad decida sobre este asunto. (...). El practico (sic) no tiene compromiso formal con la empresa de prácticos del puerto solo (sic) con el sindicato, es por ello que un practico (sic) es el representante (sic) del sindicato nacional y por ello también tienen un poder inmenso, que no es abusado. (...) En caso que la privatización y las leyes antimonopólicas les presionen ellos están preparados para formar 3 empresas, gobernados por el sindicato con mínimas diferencias de tarifa y manteniendo el mismo principio de turnos de guardia como si fuera

una misma. Todos los prácticos obligatoriamente son afiliados al sindicato. El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia de la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales»²⁴.

El informe refleja todo un plan “delictivo” (aunque quizás las comillas sobran porque la concertación de precios esta tipificada como delito en el Código Penal) dirigido a desarrollar un esquema para mantener el precio alto. Lo que la comunicación muestra es la intención de crear una estructura meramente formal para crear un esquema anticompetitivo.

Esto se confirmó con una comunicación de fecha 29 de enero de 2001 en la que el Presidente de la APPM, señor Luis Loyola Soto se dirige al Secretario General de la International Maritime Pilot Association, en la que señala que «Antes habían 17 compañías de practica en el Callao. Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio. (...) Ahora nuestra compañía junta a 36 pilotos del Callao (...)»²⁵.

Durante todo el expediente los denunciados reconocieron que su intención era “protegerse” de los abusos manteniendo una “remuneración justa”. Como se señala en la Resolución que comentamos “Las denunciadas coincidieron en señalar que las condiciones laborales de los prácticos marítimos, una vez que fueron liberalizados sus servicios, eran sumamente desfavorables e injustas, no sólo por las condiciones del mercado, sino además por la propia naturaleza del servicio»²⁶. Indicaron que ello había motivado su decisión de desarrollar una política unificada a través de las tres empresas administradoras de prácticos marítimos, a fin de cobrar directamente sus honorarios y obtener mayores beneficios laborales y económicos”.

Nadie negó que así habían sido los hechos y que esa era la intención. Diversas declaraciones de representantes de los denunciados confirman que: (1) existió un acuerdo adoptado en el seno de la APPM, es decir, fuera de las empresas; (2) que la forma de restringir la competencia no provenía de un acuerdo empresarial, sino de un acuerdo gremial; (3) el acuerdo restringía la posibilidad de los prácticos de actuar por

²⁴ Informe de Arnulfo Gómez Ríos al Presidente de la APPM sobre la visita del primero a Veracruz, México. A Fojas 000118-000119 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

²⁵ Comunicación del 29 de enero de 2001 dirigida por Luis Loyola a Nick Cutmore. A fojas 000121 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

²⁶ Las denunciadas manifestaron que los servicios de practica estuvieron controlados por las agencias marítimas, que incluso cobraban un porcentaje de los honorarios de cada práctico marítimo por el hecho de haberles conseguido la oportunidad de trabajar. Por otro lado, las denunciadas indicaron que el marco normativo que regulaba la prestación de los servicios de practica no permitía desarrollarlos en sana y leal competencia, justamente por las arbitrariedades y desigualdades que se presentaban en relación con las agencias marítimas.

su cuenta o constituir otras empresas; (4) era la asociación y no los prácticos ni las empresas, la que negociaría la tarifa con las navieras y (5) la intención declarada y no ocultada era conseguir, por la vía de la acción conjunta, el incremento de los niveles de tarifas.

Las condiciones señaladas configuran lo que se llama un cartel, se mire por donde se mire. Lo único particular en el caso es el uso de un lenguaje “sindical” para dar la impresión de acuerdos de defensa de derechos laborales y el uso (totalmente inefectivo, salvo para el Tribunal) de una careta empresarial con la intención declarada de evadir las normas antimonopolios.

Asombrosamente el Tribunal le da luz verde al cartel planteado en estos términos. En primer lugar, si bien no lo dice categóricamente, la Resolución que comentamos reconoce una suerte de legitimidad en el uso de concertaciones para la defensa de intereses económicos, muy similar al argumento que se usa para proteger los acuerdos de un sindicato laboral²⁷.

Como dijimos no es extraño que se use el disfraz del “sindicalismo” laboral para ocultar o justificar un cartel. Lo curioso es que se avale por la autoridad de competencia.

Los sindicatos laborales son, doctrinaria y legislativamente, una excepción a las normas de competencia. Económicamente un sindicato no es otra cosa que un cartel, en el que los oferentes de un servicio se ponen de acuerdo para negociar o intentar imponer un solo precio por dichos servicios.

En el Perú la excepción se deriva del reconocimiento constitucional del derecho de sindicalización y del de negociación colectiva, contenidos en el artículo 28 de la Constitución. Así, si bien un acuerdo sindical es económicamente una práctica restrictiva, la norma de competencia no se aplica porque la Constitución y el resto del marco legal reconocen la legitimidad de este tipo de acuerdos²⁸.

Pero siendo una excepción ésta no se puede aplicar por analogía²⁹, y por tanto no cabe reconocer este mecanismo de defensa de los intereses para manejar

una remuneración en conjunto, fuera del ámbito estrictamente laboral.

No deseamos que se nos malinterprete. No estamos diciendo que una organización gremial no puede defender los intereses de los agremiados. Lo que estamos diciendo es que les está vedado intervenir para conseguir, por la vía de la unificación del precio mediante acuerdos, elevar las tarifas que cobran, distorsionando el buen funcionamiento del mercado o definir cuál va a ser la estructura futura del mercado y el número y forma de las empresas participantes.

Pero el argumento más curioso del Tribunal es señalar que no puede haber cartel porque hay una sola empresa y no cabe cartelizar entre una empresa que opera y dos que no operan. En otras palabras, argumenta que no puede haber cartel con una sola empresa operando. Esto lo suman a un segundo argumento según el cual, no estando controladas las fusiones en el Perú, lo que vemos es un simple acuerdo de fusión, y como tal “*per se*” legal. Así la Resolución bajo comentario señala: “De acuerdo con las comunicaciones reseñadas en la sección precedente, la verdadera intención de la ‘Decisión’ tomada por la APPM consistió en lograr la monopolización del mercado, lo cual no es en sí mismo cuestionable dentro del ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia. La siguiente frase es ilustrativa respecto a dicha intencionalidad: ‘Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio’³⁰. Los prácticos reunidos en la APPM decidieron prestar los servicios de practicaje exclusivamente a través de una sola empresa -PILOT STATION-, eliminando totalmente, por consiguiente, la competencia a nivel de la oferta de servicios de practicaje. A partir del momento de la implementación de la ‘Decisión’, las agencias marítimas se vieron obligadas a contratar indefectiblemente con PILOT STATION a fin de obtener la provisión del servicio de practicaje en el Terminal Portuario del Callao³¹. Esta es la consecuencia típica de la formación de un monopolio y, se reitera que ello no es cuestionable

²⁷ Esto me lo hizo notar José Juan Haro en una charla dada a los miembros del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos –IDESER– el día 9 de Septiembre del 2003. Como acertadamente señaló en su exposición la Resolución denota una preocupación de que los “pobres prácticos” eran víctimas de abusos por las “poderosas” navieras y que por ello era legítimo que concertaran para defenderse.

²⁸ “Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

²⁹ Según el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

³⁰ Comunicación del 29 de enero de 2001 dirigida por Luis Loyola a Nick Cutmore. A fojas 000121 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

³¹ Entrevista a la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos. 8 de febrero de 2001. A fojas 000095 vuelta del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

“(…)”

-Y ellos [refiriéndose a las agencias marítimas] cómo, con quién contratan...?

- Con nosotros ahora, no tienen otra forma.

(...)”.

dentro del marco establecido por el ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia, el cual no condena los monopolios *per se*".

Y luego continúa diciendo: "La presencia de PRATMAR y SEAWELL no es más que un distractor diseñado expresamente para obstaculizar una posible intervención de la Autoridad de Competencia. En ese orden de ideas, PRATMAR y SEAWELL no actúan realmente como competidores en el mercado del servicio de practica; aquellas empresas deben ser consideradas meramente ficciones a efectos de la aplicación de las normas de Libre Competencia".

Y ello lleva a la Sala a concluir: "El corolario de la determinación de la realidad -la ausencia de competencia efectiva para PILOT STATION- a efecto del presente procedimiento, es que no puede discutirse la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia en la modalidad de concertación de precios, en un mercado signado, precisamente, por la inexistencia de competencia, es decir, en un monopolio".

El argumento usado carece por completo de lógica, y muestra que el Tribunal ha "desenfocado" el centro del problema. Un acuerdo de fusión es aquel en que dos o más empresas se juntan, *por decisión de las empresas*. Pero en este caso hay una decisión del gremio, para asignar unidades productivas e impedir que estas unidades puedan desensamblarse o crear nuevas unidades independientes. En el fondo es una simple repartición de mercado. Y el tema resulta aún más grave si se tiene en cuenta que estamos en un mercado con altas barreras de entrada, pues se requiere de una autorización estatal para entrar como práctico, pero para que se dé tal autorización los mismos prácticos tienen que entrenar a los nuevos, cosa en lo que, evidentemente, no colaboran los existentes.

La mejor forma de entender el desenfoque es con un ejemplo. Imaginemos que el día de mañana el Colegio de Abogados adopta una decisión de acuerdo a la cual el propio Colegio decide a dónde va a ejercer su profesión un abogado. Decide entonces que sólo van a haber tres estudios y que el Colegio determinará el número de abogados que tendrá cada uno. Además el Colegio establece un sistema de sanciones a quienes no respeten sus acuerdos. Finalmente establece que los tres estudios cobrarán lo mismo. ¿Es contrario ello a la libre competencia? Evidentemente que sí, pues se está acordando repartirse en un número de unidades, con un número de abogados cada una y con tarifas comunes.

Es que en la decisión de la Sala hay un salto lógico. No es que las tres empresas se crearon espontáneamente. Tampoco es que decidieron fusionarse unas con otras espontáneamente. Se

crearon por un acuerdo gremial. No es una concentración pues el acuerdo justamente limitaba la posibilidad de constituir otras alternativas.

Ahora quizás se trate de argumentar que ese no es el caso porque en realidad el acuerdo no creó tres empresas, sino una sola (PILOT) y dos ficciones (PRATMAR y SEAWELL). Pero ello no cambia la situación. Si el Colegio de Abogados determinara que sólo puede haber un solo Estudio en el Perú, su acuerdo sería uno de cartel, no una concentración. El efecto más dañino está en el control de la asociación gremial sobre el tamaño, forma y conducta de las empresas a las que se incorporan sus asociados. Ese es el verdadero acuerdo anticompetitivo. El mensaje que ha mandado la Sala es realmente contradictorio: cuando quiera cartelizarme lo mejor es crear una ficción grande que opere como si compitiera y dos ficciones chicas que actúen como si no compitieran. Con ello estaré "libre de reproche".

Ya la Sala anterior había advertido sobre este tipo de acuerdos aparentemente asociativos que en realidad no los eran. Así, en la Resolución No. 276-97-TDC en el proceso contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros, la Sala señaló: "En particular, la Sala estima conveniente dejar claramente sentado que cualquier modalidad de concentración empresarial que en la realidad no conlleve una modificación permanente de las estructuras de las empresas involucradas, siendo por el contrario una mera simulación o 'careta' para ocultar una restricción de competencia entre los agentes económicos, debe ser sancionada como cualquier otra concertación -esto es, será considerada una práctica *per se* ilegal-".

Sólo para mostrar cómo la Sala deja pasar lo evidente, bastaría recomendar, con este nuevo antecedente, que la próxima que se quiera concertar en el mercado de seguros, el gremio decida que sólo tres empresas venderán el SOAT, y las demás se dedicarán a otras modalidades de seguro (vida, salud). Evidentemente ello sería un cartel, pero como se confunde la decisión gremial con la empresarial, entonces uno dice que los que están sentados en el gremio son los mismos que están sentados en la empresa y por tanto se trata de una decisión empresarial.

Aquí se nota claramente cómo este elemento "social" genera discrecionalidad. ¿Tiene el lector alguna duda que los prácticos desarrollaron una práctica más nociva a la competencia que negarse a abrir una cuenta corriente a una aerolínea? En mi opinión no existe duda alguna. ¿Entonces por qué salieron "libres de reproche"? Simplemente porque su posición era "socialmente" justificada. Con ello la discrecionalidad permite castigar lo inofensivo y liberar lo realmente nocivo. Y todo porque era social o políticamente sensible.

En todo caso el movimiento hacia “el lado oscuro de la Fuerza”, es decir, hacia el uso discrecional del poder, continúa.

5. EPISODIO IV: UNA NUEVA ESPERANZA

El Episodio IV de la Guerra de las Galaxias fue en realidad la primera película en filmarse. En ella uno de los dos sobrevivientes de los legendarios Jedis, Obi Wan Kenobi, encuentra a quien luego descubriría ser el hijo de Anakin Skywalker (ya convertido en Darth Vader), Luke Skywalker. Luke había heredado la predisposición de su padre para ser un Jedi y usa los poderes que ello le da, aún incipientes y casi sin entrenamiento, para enfrentar al Imperio liderando a los rebeldes y destruir la temible Estrella de la Muerte, una nave espacial capaz de destruir un planeta completo.

Pocos saben que el Episodio IV que se llevó al cine simplemente como “La Guerra de las Galaxias” se llamaba “Una Nueva Esperanza” (“*A New Hope*”), pues representa el inicio de un proceso para la llegada de un nuevo Jedi capaz de enfrentar a Darth Vader.

Lamentablemente en la historia que seguimos con la metáfora, este Episodio no existe, al menos aún. Si bien lo decidido por la Comisión de Acceso al Mercado y el Tribunal respecto a los precios mínimos para el transporte parece un signo positivo, en cuanto se trata de una decisión técnica, clara e importante, nada indica que ello vaya a hacer cambiar ni a contener la línea del Tribunal dirigida hacia el lado oscuro.

Por ello simplemente pasaremos este Episodio. En todo caso estaremos dispuestos a describirlo si la Sala nos da razones para hacerlo.

6. EPISODIO V: EL IMPERIO CONTRAATACA

En el Episodio V el Imperio reacciona ante la destrucción de la Estrella de la Muerte y Contraataca haciendo retroceder a los rebeldes. El “lado oscuro” se refuerza y se posiciona, podríamos decir que se consolida.

En este Episodio el Tribunal de INDECOPI toma la decisión más importante y representativa de su línea hacia “el lado oscuro”, pero también la más dañina en contra de lo avanzado en las políticas de competencia.

En una decisión que resuelve el llamado caso del SOAT el INDECOPI pretende derogar, por decisión administrativa, el criterio “*per se*” para las concertaciones de precios.

a. Las concertaciones de precios: discrecionalidad vs. certeza

Las concertaciones de precios pertenecen al tema que da pie a mayor certeza. Si hay un área donde podemos reducir la incertidumbre, si hay un área en la que la discrecionalidad se encuentra relativamente controlada, es precisamente esta. Pero el Tribunal decidió justamente acabar con la certeza y abrir, ahora sí de par en par, la puerta a la discrecionalidad.

La Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, determinó que se sancione a una serie de empresas aseguradoras por concertación de precios en el mercado del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT.

En los últimos años la legislación y la jurisprudencia dejaron claro que si un grupo de competidores se juntaban y se ponían de acuerdo para fijar precios comunes en el mercado, ese solo hecho era sancionable. Ello contrasta con la nueva regla que la Resolución que comentamos acaba de “inventar”. Han creado una regla que permite dejar pasar un cartel con el que los funcionarios “simpatizan”. Ahora, con la nueva regla, pueden “hacerse de la vista gorda” con un cartel “auspiciado” por un Ministro o por alguien con “llegada” al gobierno. El cartel vale si es “razonable”. Pero ¿“razonable” para quién? Pues para el funcionario de turno en el INDECOPI.

Cuando una práctica es esencialmente mala, y se puede detectar sus elementos configurantes, se le prohíbe “*per se*”. Por ejemplo, si uno se pasa una luz roja ello es “*per se*” ilegal. Uno puede encontrar casos en los que es “razonable” y “justificable” pasarse una luz roja. Si hay poco tráfico y uno cruza con cuidado no habrá daño y parece razonable no perder tiempo esperando en el semáforo. Pero la Ley no da al policía esa discrecionalidad porque no quiere que si uno se cruza la luz roja haya una regla que le permita “hacerse de la vista gorda” por si quien se paso la luz roja sea el Ministro, el amigo o alguien que le pueda pagar³².

Lo que el INDECOPI ha hecho es autorizarse a sí mismo para dejar pasar la luz roja a quien considere puede hacerlo. Antes concertar precios entre competidores era en sí mismo ilegal. No importaba si quienes lo hacían llegaban o no a ejecutar el acuerdo, ni si el precio que fijaban era razonable o si llegaba o no a causar daño. En otras palabras, no se autorizaba al policía a discutir si era razonable pasarse la luz roja a las tres de la mañana y en un momento en que no venían autos hacia la intersección. Claro que habría un beneficio en tiempo de llegar antes a mi casa y el riesgo de un

³² Sin embargo, esto no quiere decir que todas las infracciones a la libre competencia deban ser consideradas “*per se*” ilegales. Algunas efectivamente quedan sujetas a unas reglas de razonabilidad. Por ejemplo, cambiarse de carril cuando uno conduce su automóvil no es “*per se*” ilegal, porque depende de las circunstancias y de la capacidad para causar daño que tenga la conducta. En ese caso se aplica una regla de la razonabilidad porque sería muy cuestionable que uno ya no pueda cambiarse de carril nunca. En unas ocasiones es conveniente y en otras ocasiones no.

accidente era mínimo. Pero la Ley no ha querido abrir la puerta a esas discusiones. Por el contrario, ha querido que la regla de la luz roja sea clara, incluso bajo el costo de hacer perder algo de tiempo a los automovilistas en las intersecciones.

Claro que es posible discutir si es conveniente o no aplicar una regla “*per se*” para este tipo de casos. Algunos países (cada vez menos) aplican la regla de la razón. Pero nadie se había atrevido a aplicarla en contra del texto de la Ley y menos aún invocando (increíblemente) el propio texto de la Ley.

Pero la pregunta no es tanto cuál regla es mejor o peor, sino cuál es mejor o peor para dónde. Y si uno tiene una autoridad de competencia con pocos recursos, en un marco institucionalmente débil, con posibilidad de injerencia política, con riesgo de no ser autónoma, la regla clara es mejor que la compleja y ambigua. No es por tanto posible establecer reglas al margen del costo administrativo de aplicarlas. Nunca es más cierto el refrán de que “lo perfecto es el peor enemigo de lo bueno” que cuando uno se encuentra con un burócrata que, creyendo que ha descubierto la pólvora, crea una regla que se ve bien, pero que no se puede aplicar por los costos que ello implica o cuya aplicación va a generar más costos que beneficios.

Desde el punto de vista económico el asunto es muy simple. Toda práctica genera costos y beneficios. En el caso de la concertación de precios el costo es la pérdida de producción generada por la elevación de precios (vamos a denominarlo pérdida o “P”). Por otro lado, el beneficio es lo que la sociedad gana con la concertación (vamos a denominarlo ganancia o “G”). Por su parte el costo de aplicar la regla dependerá de la complejidad de la misma. Una regla muy simple tiene bajos costos administrativos, una regla muy compleja tiene altos costos administrativos. A estos costos administrativos vamos a denominarlos “C” e incluyen no sólo los costos públicos (costos de mantener una autoridad de competencia con capacidad de realizar la investigación y los costos de la investigación misma) y los costos privados (costos de abogados, tiempo del procedimiento) sino también (y el más importante quizás) el costo de incertidumbre en el resultado que afecta las expectativas y la inversión y conduce a conductas estratégicas de los agentes económicos.

Es conveniente prohibir una práctica cuando la diferencia entre las pérdidas y las ganancias resulta superior al costo administrativo de aplicar la norma. En otras palabras:

$$P - G > C$$

Apliquemos la formula nuevamente a los accidentes de tránsito derivados de cruzarse una luz roja. En principio el cruce de una luz roja puede tener costos

muy altos, pues eleva sustancialmente los costos de tener un accidente que puede dañar la integridad física o la propiedad de las personas. Por el contrario, los beneficios de pasarse una luz roja (llegar unos segundos más temprano al lugar al que uno va) pueden ser realmente reducidos. Por ello, es más que probable que los costos superen los beneficios por largo. Así, es casi un hecho que la cifra al lado izquierdo de la fórmula (P-C) sea muy elevada y es muy poco probable que sea una cifra negativa, es decir, que las ganancias de cruzarse una luz roja superen los costos de hacerlo. Si bien ello puede ocurrir, será la excepción y no la regla, y la diferencia difícilmente será significativa.

El uso de una regla de razonabilidad para los cruces de luces rojas significa invertir los recursos para poder identificar los raros casos en los que los beneficios son superiores a los costos. Hacerlo permitiría reconocer casos de cruces de luces rojas eficientes para evitar que esa eficiencia se pierda con una regla muy estricta. Pero nótese que para identificar esos pocos casos hay que usar una regla mucho más costosa que la regla *per se*. Así, el costo de identificar unos pocos casos eficientes será muy alto para el beneficio a obtenerse. En esa circunstancia usar una regla clara y barata de aplicar es la mejor opción.

Así, siendo que es poco probable que los beneficios superen a los costos carece de sentido gastar demasiado en determinar si la práctica es eficiente. Por ello es mejor una regla clara que haga que “C” sea un número bajo, pues carece de sentido hacer una costosa investigación para determinar los raros casos en los que las pérdidas son menores que las ganancias.

Por el contrario, colocar una regla compleja, que consuma demasiados recursos para determinar si las ganancias superan a las pérdidas, es un desperdicio de recursos. Y el mayor costo es el de la incertidumbre de la regla, incertidumbre que se deriva del hecho que las reglas complejas generan mayor discrecionalidad y, por tanto, la incorporación de elementos no técnico-legales en la decisión, es decir elementos políticos.

Uno podría definir una regla simple como aquella que tiene el menor número de pasos a seguir para determinar el resultado. Y si esos pasos son además sencillos, más simple la regla. En cambio las reglas de muchos pasos son más complejas, y si los pasos no son fáciles o predecibles, más complejo aún.

La regla *per se* es una regla de muy pocos pasos: “Te pasaste la luz roja, serás sancionado”. Por el contrario, la regla de la razón abre una infinidad de pasos, cada uno de ellos difíciles de definir. Así hay que evaluar si existió o podía existir daño, cuál sería el beneficio, qué barreras habían en el mercado, cuál es la participación de los involucrados, cuál es el impacto real o potencial en los niveles de producción, etc.

Lo mismo ocurre con las concertaciones de precios. Carece de objeto tener una regla compleja cuando la posibilidad de error es muy reducida. Así el costo marginal de producir una unidad de certeza no vale el beneficio marginal de evitar un error.

b. El problema institucional: la debilidad frente al poder del "lado oscuro"

Como se verá, el problema es institucional más que académico. La Resolución que comentamos es la continuación de una tendencia que se dirige a poner fin a reglas claras y moverse hacia reglas imprecisas que conceden a quienes deciden, y en particular a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mayor discrecionalidad. A título de ejemplo, justo cuando no es un secreto para nadie que la fijación de precios mínimos para el transporte es insostenible desde el punto de vista de las normas de libre competencia, y que no podría pasar bajo la regla anterior (la famosa regla "*per se*"), se cambia por una regla que permitiría encontrar una salida para no sancionar un cartel sólo porque el Gobierno le dio su respaldo.

La intromisión de elementos políticos en las decisiones de un organismo técnico siempre pasa por aumentar discrecionalidad de los funcionarios. Y es llamativo que estos cambios de criterio se den en un contexto de evidente debilidad institucional del INDECOPI, luego de la salida de la Presidencia de César Almeyda y su reemplazo por un Presidente interino. Todo de la mano de un paulatino y continuo reemplazo de funcionarios con experiencia, para sustituirlos por personas que parecerían en muchos casos carecer de los méritos necesarios. Así, a la ruptura de los candados institucionales de autonomía en las decisiones, se suma el cambio de criterios claros, para cambiarlos por otros imprecisos y que permiten justamente hacer al INDECOPI más permeable a las presiones.

Para colmo de males el cambio se da, en este caso, en un área clave de las políticas de competencia: la lucha contra los carteles de competidores, que precisamente sacan el dinero de los bolsillos de los consumidores, privándolos de su posibilidad de pronunciarse en el mercado.

Entre los argumentos usados para defender el cambio de criterio se ha mencionado públicamente las posiciones de algunos académicos, como es el caso del doctor

Ignacio de León, de Venezuela³³. El doctor Ignacio de León, quien fuera el Superintendente de PROCOMPETENCIA, el equivalente venezolano de INDECOPI en lo que a libre competencia se refiere, es quizás uno de los académicos más respetados e innovadores en el tema de libre competencia en nuestra región. Sin embargo, usarlo como sustento es no haberlo leído bien y en el contexto de toda su obra y pensamiento.

La posición que él sostiene es que desde el punto de vista estrictamente teórico la regla de la razón es más precisa y permite reconocer la dinámica con la que funcionan los mercados. Pero ello, no puede ser analizado fuera del ámbito institucional en que se aplica la norma. Afortunadamente tuve en estos días la oportunidad de conversar con el Dr. Ignacio de León en extenso sobre el tema en Bolivia, donde ambos somos consultores, y reconoció que es muy peligroso aplicar normas discrecionales en marcos institucionales débiles, en los que las autoridades carecen de recursos adecuados. Ello porque los costos de aplicación de la Ley pueden resultar prohibitivos. Ello es tan cierto que el Anteproyecto de Ley Boliviana de Defensa de la Competencia y de Protección al Consumidor por él preparado tiene la siguiente redacción en la parte pertinente:

"Artículo 8. (Calificación de una conducta como restrictiva de la competencia). La calificación de una conducta empresarial como restrictiva de la competencia estará sujeta a las siguientes condiciones:

- I. Las conductas enumeradas en los incisos a, b, c, d y e³⁴ del artículo 6 de esta Ley serán prohibidas, siempre que sean ejecutadas o planificadas entre competidores que actúan concertadamente, salvo que ellas sean accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva, para promover la innovación o la inversión productiva.
- II. En los demás casos contemplados en el artículo 6 o el artículo 7 la parte actora deberá demostrar la inexistencia de razones económicas que justifiquen la práctica realizada para que las mismas sean sancionadas. Sin embargo la carga de la prueba se invertirá en los siguientes casos:
 - (a) Cuando la conducta o práctica imponga una exclusión del mercado superior a los cinco (5) años contados desde la fecha de ejecución inicial de la práctica; o

³³ DE LEÓN, Ignacio. "Una Nueva Perspectiva Jurídica y Económica de los Carteles de Precios" En: Materiales de Lectura del Seminario Competencia y Regulación, organizado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Estudio Hernández y Rosselló Abogados. 18 de Agosto del 2003.

³⁴ Justamente las conductas enumeradas en los incisos señalados son las referidas a los típicos casos sujetos a la regla *per se*, pues se refieren a fijar, entre agentes económicos competidores, de manera directa o indirecta, precios, tarifas, descuentos, tasas de compra, de venta o cualquier otra forma de adquisición, o de enajenación de bienes o servicios, u otras condiciones de transacción de ellos; repartirse mercados o fuentes de abastecimiento; limitarse entre agentes económicos competidores la producción de bienes o servicios; restringirse entre agentes económicos competidores el desarrollo tecnológico o las inversiones; y participar o actuar concertadamente en un proceso contractual público o privado abierto al público.

- (b) Cuando la persona que la aplica goce de una posición en el mercado directamente resultante de una habilitación legal exclusiva o actuación administrativa de efecto económico semejante. (...)”.

La posición adoptada por Ignacio de León en el proyecto es precisamente la que la Resolución del SOAT ha pretendido derogar en el Perú, es decir la regla *per se*. El punto I del artículo recoge los acuerdos entre competidores que restringen la competencia por precios como ilegales de facto, permitiendo sólo la defensa de razonabilidad en los demás casos. Nótese que para las concertaciones horizontales el resultado es que están prohibidas y no admiten justificación, salvo la excepción contemplada para los acuerdos complementarios (*ancillary doctrine*) como se desprende de la última parte del referido punto I, que será comentada más adelante.

c. El “legisidio”: matando la ley y la lógica

Pero, al margen de la discusión teórica ¿Qué dice la Ley Peruana al respecto? Entre las disposiciones del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 se encontraba el inciso a), cuyo texto original prohibía las concertaciones injustificadas de precios y otras condiciones de comercialización. Sin embargo, ese inciso fue modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, retirando el término “injustificado”³⁵.

El cambio tenía un claro objetivo. Con la supuesta intención de proteger a los consumidores, los funcionarios de diversos gobiernos se reunían en una mesa con los representantes de gremios o empresas; con el objetivo de fijar precios “equitativos” o “adecuados” según las circunstancias.

Sin perjuicio de que tal mecanismo daba pie a corrupción y no garantizaba de ninguna forma los intereses de los consumidores, cometía un pecado aun más grave: dejaba de lado al consumidor en su rol y, sobre todo, en su derecho de participar en el proceso de formación de los precios.

Esta situación no sólo creó una cultura de la concertación, resucitada en el caso de los precios mínimos de transporte, sino que llevó a la formación de equivocados valores éticos sobre su conveniencia, llegando a denominar a estos acuerdos como “pactos de caballeros” y considerándose a quienes no los respetaban o a quienes no querían asumirlos como “competidores desleales” o “traidores”.

La pregunta que normalmente asalta a los empresarios es por qué se les prohíbe fijar de manera concertada

precios comunes. Ellos lo consideran como parte de su autonomía privada, como parte de su libertad de contratar y, en algunos casos, como parte de su libertad de asociación (cuando la concertación se da en el marco de un gremio o asociación empresarial). Si cada uno es libre de fijar su propio precio ¿por qué va a ser malo que usen tal libertad de manera conjunta y coordinada?

La respuesta a la pregunta la encontramos en un derecho básico del consumidor: su derecho a elegir. En el libre mercado, los precios, las calidades y las condiciones de comercialización son consecuencia de la interacción de consumidores y proveedores. Ello implica que la libertad de fijación de precios encuentra como límite la disposición de pagar dicho precio por los consumidores, de la misma manera como la libertad del consumidor de pagar un precio bajo encuentra como límite la disposición del proveedor de vender a dicho precio.

El mecanismo que garantiza la libertad en este campo es la competencia. Si un proveedor desea vender muy caro, los precios menores de sus competidores, ávidos de vender, conseguirán un desplazamiento de la demanda de los consumidores, permitiéndoles mandar señales claras sobre su disposición a pagar menos. Por su parte, si un consumidor desea comprar muy barato, la disposición a pagar más por parte de otros consumidores le enviará la señal de que el proveedor no está dispuesto a vender al precio deseado.

Sin embargo, tal libertad desaparece cuando se concertan precios. El consumidor se ve privado de su facultad de enviar señales claras. La decisión de los proveedores de vender al mismo precio priva a los consumidores de su facultad de elegir los precios más competitivos, y con ello de mandar señales claras sobre sus preferencias. Ya no es el Estado el que “expropia” a los particulares su libertad de elegir por la vía de fijar precios, sino que son las agrupaciones empresariales las que “expropián” la facultad de elegir a los consumidores.

En un contexto como el descrito, es perfectamente explicable por qué la ley limita la facultad de las empresas de adoptar ese tipo de acuerdos. Considerarlos libres de sanción³⁶ limitaría de manera injustificada la facultad de los consumidores de elegir entre diversos precios. Si finalmente termina habiendo un solo precio en el mercado, éste debe ser consecuencia natural de la competencia, de las condiciones de oferta y demanda existente, lo que incluye la participación de los consumidores. Así, se limita la autonomía privada de las empresas sólo para evitar una limitación aún mayor a la autonomía privada de los consumidores.

Es por ello que las concertaciones vulneran los derechos de los consumidores. La preocupación no va por el lado

³⁵ Los alcances de esta modificación serán analizados con mayor detalle más adelante.

³⁶ O dejarlos “libre de reproche”, como dice el pintoresco lenguaje de la resolución que comentamos.

de la acumulación del poder económico, sino por el mal uso de dicho poder en perjuicio de la competencia. La miopía en identificar a éste como el verdadero problema es lo que genera la confusión sobre la necesidad o no de prohibir estos acuerdos.

La justificación de la existencia de una regla como la “*per se*” se basa en un simple análisis costo-beneficio, el mismo que brilla por su ausencia en la Resolución del SOAT. Como ya vimos las concertaciones de precios no generan, en principio, ningún beneficio aparente a la economía, y menos aún, a los consumidores, y de existir, éste es poco significativo.

Las empresas involucradas en un cartel no se han integrado productivamente para alcanzar economías de escala. Tampoco han establecido formas de reducir costos de producción ni han tomado medidas destinadas a mejorar la situación de los consumidores. En pocas palabras, el cartel no es un camino adecuado para mejorar la eficiencia económica. Simplemente es una forma de reducir rivalidad en el mercado por la vía de pactar un precio común.

Aquí es importante diferenciar la acumulación de poder económico derivado del crecimiento interno de una empresa o de una fusión, de aquella que se produce como consecuencia de un acuerdo de precios. La aspiración de las empresas a dominar el mercado es, de alguna manera, el motor de la economía. Las empresas reducen sus costos, bajan sus precios y mejoran la calidad de sus bienes y servicios en su afán de capturar las preferencias de los consumidores y así aumentar su participación en el mercado. La meta última de toda empresa es alcanzar una posición de dominio en el mercado. Por eso es que el Estado no debe cuestionar nunca una posición de dominio alcanzada en base al crecimiento interno. El crecimiento interno de una empresa refleja su eficiencia, y el premio que recibe por ello es una mayor participación en el mercado. Si se cuestionara la posibilidad de alcanzar dicho poder se estaría enviando el mensaje de que crecer es malo, y por tanto se reducirían los incentivos para que las empresas sean eficientes³⁷.

Cuando enfrentamos la acumulación de poder de mercado por la vía de un acuerdo de precios, las cosas son diferentes. No estamos premiando la eficiencia, ni estamos incentivando a las empresas a crecer. Por el contrario, es consecuencia natural de un cartel que los participantes en el mismo mantengan inalterables su participación en el mercado, mientras el cartel se mantenga vigente y no entren nuevos competidores.

El acuerdo, al limitar la competencia, nos priva de los beneficios que ella genera. El cartel no integra productivamente a las empresas. Simplemente les permite dejar de mejorar y, sin embargo, ganar más dinero por la vía del precio que fijan.

Así, el cartel sí produce pérdidas económicas por la vía de la limitación en la cantidad producida dirigida a aumentar el precio. En pocas palabras, mientras el mercado se demora en corregir los efectos de la concertación, la sociedad está perdiendo a cambio de no ganar nada o ganar muy poco; casi igual a como ocurre cuando uno puede estar ganando algo evitándose esperar en un semáforo por unos segundos, pero es tan poco en relación al peligro de un accidente, que se establece una regla simple y precisa: pasarse la luz roja es “*per se*” ilegal. Ello conduce a que si el Estado prohíbe y sanciona a un conjunto de proveedores que acordaron precio, se está ganando algo y no se está perdiendo nada o casi nada, evitándose los costos administrativos de la decisión bajo una regla discrecional.

Este razonamiento ha llevado a que prácticamente toda la doctrina, y con ella la mayoría de legislaciones del mundo, consideren a la concertación de precios como una práctica *per se* ilegal. Esto quiere decir que producida y descubierta una concertación de precios, ésta debe ser sancionada sin entrar a analizar la razonabilidad o no de la misma. Se trataría, por tanto, de una suerte de “responsabilidad objetiva” por el desarrollo de la práctica.

Lo dicho hasta aquí sólo serviría para justificar qué sistema debe adoptarse en la legislación. Pero si la Ley adopta un criterio diferente, le corresponde al funcionario aplicar la Ley y olvidarse de lo que conviene. Sin embargo, nuestra legislación con claridad se inclinó por la regla “*per se*”.

Cuando se dictó inicialmente el Decreto Legislativo 701, surgió una discusión sobre cuál era el sistema adoptado por nuestro país, es decir, si se recogía la regla “*per se*” o una regla de la razón para las concertaciones de precios.

La discusión continuó a nivel académico hasta que el Decreto Legislativo 807 la zanjó de manera definitiva. Como dijimos líneas arriba, en su texto original el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 señalaba que no cabía la concertación “injustificada” de precios. El término “injustificada” traía la duda sobre la posibilidad de justificar la concertación sosteniendo que era razonable. El origen de la palabra “injustificado”

³⁷ Éste es el tema que hace que existan tantas discrepancias en la doctrina sobre la conveniencia o no de combatir las fusiones y adquisiciones de empresas. En ellas se combina un crecimiento que puede generar mayores niveles de eficiencia, con una reducción de rivalidad (es decir, de competencia) que podría no justificar las mejoras de eficiencia alcanzadas. Las dudas en esta área, y la posibilidad de cometer errores, son por tanto mayores. Pero como viene actuando el INDECOPI no dude que pronto presenten un proyecto para establecer un control de fusiones y adquisiciones general, dado que dicho tipo de casos son precisamente el paraíso de la discrecionalidad, pues puede decidirse casi cualquier cosa sin posibilidad de definir patrones predecibles.

se encontraba, sin embargo, en el texto original del artículo 7 del Decreto Legislativo 701. Dicha norma permitía, a quien fuese a desarrollar una práctica concertada, solicitar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia la autorización para la misma, basada en una serie de razones distintas supuestamente vinculadas con la eficiencia del acuerdo. Con buen criterio, el artículo 5 del Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701, dejando claro que no cabía “justificar” previamente las concertaciones. Lamentablemente, el legislador olvidó en el Decreto Legislativo 788 eliminar el término “injustificado” en el inciso a) del artículo 6, con lo que quedaba abierta la posibilidad de interpretar que las empresas que concertarán precios, podrían justificar la razonabilidad de la concertación y con ello liberarse de responsabilidad.

Pero el nuevo texto del inciso a), según la modificación introducida por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, deja claro que ya no cabe alegar la razonabilidad de la práctica al haber eliminado el término “injustificado”. Hoy en nuestra legislación, es claro que la concertación de precios es *per se* ilegal.

La exposición de motivos de la norma deja el problema fuera de toda duda. Así, se señala en el referido documento cuál es la intención del legislador, al señalar que la razón del cambio es: “Dejar claramente establecido que la concertación de precios es *per se* ilegal, es decir que no admite justificación. El Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701, que permitía a las empresas solicitar autorización para concertar. Esto constituía una posibilidad de justificación en la práctica, contraria a lo que señala no sólo la doctrina jurídica, sino la doctrina económica, respecto a los perjuicios de la cartelización de la economía frente a la inexistencia de beneficios reales o potenciales generados por dicha cartelización. En otras palabras, carecía de sentido justificar la razonabilidad de la concertación. Lamentablemente, el Decreto Legislativo 788 omitió modificar de manera expresa el inciso a) del artículo 6 que se refería a la concertación “injustificada” de precios, dejando abierta la posibilidad de una errónea interpretación en el sentido de que podían existir concertaciones de precios justificadas. Debe interpretarse que dicha justificación era la que permitía el artículo 7 ya derogado, por lo que es pertinente aclarar ello en la norma para evitar que se creen falsas

expectativas en las empresas respecto a la posibilidad de llevar a cabo concertaciones de precios que puedan considerarse justificadas cuando éstas son en realidad *per se* ilegales”.

Más claro ni el agua. A pesar de la claridad del cambio y que con inusual precisión fue definido por el legislador, justamente en un país en los que las exposiciones de motivos no suelen servir para ello, la Resolución del SOAT se “vuela” de un plumazo todos los cambios legislativos efectuados.

Es importante destacar que el carácter “*per se*” no es aplicable a todos los casos del artículo 6, sino sólo a las concertaciones de precios, la asignación de cuotas de producción, la concertación de ofertas en licitaciones públicas y la división geográfica de mercados. Así, la jurisprudencia del INDECOPI anterior a la Resolución del SOAT ha señalado que los únicos casos sujetos a la regla “*per se*” son aquellos acuerdos o concertaciones a que se refieren los incisos a), b), c), h) e i) del artículo 6 de la Ley³⁸.

La pregunta que surge de inmediato es: Si tanto la Ley, su exposición de motivos y la jurisprudencia que venía interpretándola son tan claros ¿cómo han hecho en la Resolución del SOAT para dejar de aplicarlas? Lo han hecho a través de un acto de “malabarismo conceptual”.

Lo que se ha hecho es crear un aparente argumento formal, tratando de destacar una supuesta interpretación literal, que en el fondo consigue “saltarse a la garrocha”. Así, han forzado la literalidad de otra norma del Decreto Legislativo 701 para que parezca entrar en contradicción con el inciso a) del artículo 6. Para ello han trastocado, como veremos, los principios de interpretación de las normas y, sobre todo, han sido incoherentes con su propia posición al negarse a aplicar una “interpretación excesivamente literal” para aplicar “una interpretación literal”.

El argumento central es el siguiente: El artículo 3 del propio Decreto Legislativo 701 señala que están prohibidos y serán sancionados los actos y conductas que constituyen abuso de posición de dominio o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia “... de modo que se generen perjuicios para el interés económico general”. Fin del argumento.

¿Qué se quiso entonces decir en la Resolución del SOAT? Pues que dado que es necesario demostrar que

³⁸ En la Resolución No. 276-TDC/INDECOPI, que resolvió el llamado “caso de los pollos”, se señala: “Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario cuando el objeto ha sido tipificar infracción y sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera lata y simple. Lo más interesante en este caso es que tal tipificación coincide con lo que la doctrina y jurisprudencia comparada suele considerar supuestos “*per se*” o supuestos sujetos a la “regla de la razón”, dándole coherencia real a los supuestos en discusión, tal como se puede apreciar, en primer lugar en infracciones tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701. (...) Lo mismo sucede con el artículo 6, que tipifica las prácticas restrictivas de la competencia. El inciso a) contiene una infracción que se sanciona *per se*, sin analizar la razonabilidad de la conducta, pues no existe una palabra o enunciado que haga pensar lo contrario. El legislador no ha introducido ninguna causal o condición que permita justificar la infracción. Sucede lo mismo con los incisos b), c), h), e i), que no aluden a justificación alguna”.

se generen perjuicios para el interés económico general, la regla no puede ser "*per se*", pues implicaría presumir el daño que el artículo 3 exige que exista y ello violaría el derecho de defensa y los principios garantistas que deben aplicarse en el Derecho Administrativo Sancionador. Así, con esas palabras, defendió el Presidente de la Sala el cambio de criterio en una entrevista en televisión.

Pero la Resolución está tan mal hecha que ella misma contiene una presunción de daño para su aplicación, es decir, que "comete el delito" del que acusaba al criterio anterior. En otras palabras dice que debe demostrarse el daño pero que no es necesario demostrar el daño. No usa una interpretación literal, sino una interpretación "medio literal". Pero lo más gracioso es que como consecuencia del "medio literalismo" adoptado, la regla que han puesto es "medio *per se*", pero para ocultar que mantienen la regla a medias la han llamado "imposibilidad de justificar *a priori*", sea lo que sea que quiera decir eso.

Han creado un "*per se* razonable" que es más o menos como decir un gordo flaco, un chato alto, un rápido lento, o algo parecido. Veamos al detalle la inconsistencia.

Según la interpretación sugerida en la Resolución del SOAT, no se puede presumir el daño porque el artículo 3 citado exige que se generen perjuicios al interés económico general. Pero presume "*a priori*" que la concertación genera daños. Si regresamos al caso de la luz roja, y aplicáramos el criterio "*per se* razonable" de la Resolución del SOAT la regla sería que, producido el cruce de la luz roja, se presume que dicho hecho genera daño. Ello quiere decir que no es necesario chocar para ser sancionado. Basta, en abstracto, entender que cruzar la luz roja generó una afectación abstracta a la seguridad vial, sin importar si el daño concreto se generó. A esto le llama "imposibilidad de justificar *a priori*".

Hasta allí la Resolución del SOAT en nada difiere del criterio recogido en la "Resolución del Pollo". Pero donde sí difiere es en la segunda parte. Quien cruza una luz roja debe tener la oportunidad de demostrar ante la autoridad que a pesar de que rompió la norma, se generó un beneficio con su cruce. Por ejemplo, que ahorró tiempo. Así, a pesar que se presume un daño (no probado, no demostrado y quizás no ocurrido), limita la defensa a demostrar que se produjo un beneficio mayor.

La inconsistencia es evidente: ¿Mayor a qué? Si la prueba del daño es innecesaria, entonces podrían no haber evidencias de qué daño se está hablando. ¿Cómo saber que el beneficio supera el daño?

Si la "Resolución del Pollo" contenía una presunción de daño, la del SOAT contiene también una presunción

de daño, por lo que ambas irían contra el supuesto texto literal del artículo 3 que sólo haría sancionable las violaciones que *generen perjuicios* al interés económico general, según la interpretación literalísima propuesta por el Tribunal de INDECOPI. Nótese que el verbo "generen" no está en condicional, como es condicional la redacción argentina que los autores de la Resolución encuentran como criterio inspirador. Por ello, literalmente querría decir que debe probarse un daño real y actual. Lo único que trae de nuevo el SOAT es que se puede probar el beneficio para exonerarse de responsabilidad.

Pero imaginemos una conducta que no genera beneficio, pero tampoco daño. El conductor no ganó nada pasando la luz roja, pero tampoco dañó a nadie ¿Cómo podría tal hecho generar perjuicios para el interés económico general? Si el daño se presume, es decir si no es necesario demostrar su existencia o inexistencia pueden haber casos de concertaciones que no producen daños, que producen beneficios, y que sin embargo se van a sancionar en contra de la propia interpretación literal.

Si uno quisiera ponerlo en términos penales, la posición del actual Tribunal de INDECOPI dice más o menos lo siguiente: "No puedo presumir la responsabilidad del asesino, sólo puedo presumir que mató a la víctima, pero no violó su derecho de defensa porque le permito luego alegar legítima defensa para haberlo matado".

Esa es la inconsistencia del razonamiento. Mucho más lógica es la posición de la "Resolución del Pollo" que asume que la responsabilidad administrativa es objetiva, y que por tanto, el solo hecho configura infracción porque se daña, como se verá, un bien jurídico en abstracto.

Lo que ocurre es que quienes redactaron la Resolución del SOAT no tienen una idea clara de en qué consiste un análisis costo beneficio. Por ello, sugieren que sólo la existencia de un beneficio podría compensar un daño para que no se afecte el interés económico general, sin darse cuenta que podría no haber beneficio, pero tampoco un daño, por lo que tampoco se afecte el interés económico general. Esa inconsistencia iría contra el texto expreso en el sentido literal que quieren darle. Así presumen el daño, de manera tal "ilegal" según sus términos a como lo hace la resolución anterior en el caso del pollo, solo que permiten la demostración de un supuesto beneficio.

d. La "regla de la razón" y la "sinrazón política"

¿Y por qué una regla tan alambicada, difícil de entender y sobre todo, casi imposible de aplicar en la realidad? La respuesta está justamente en la intención de mantener la discrecionalidad que permita resolver dos casos iguales de manera diferente.

Si uno estudia las reglas para combatir las concertaciones de precios desde una perspectiva histórica, descubrirá que el uso de la regla de la razón siempre ha estado ligada a la introducción de factores y objetivos políticos, ajenos a la competencia, dentro de la aplicación de las normas antimonopolios, exactamente tal como está ocurriendo en este caso.

Un primer ejemplo de ello es el caso Europeo. Como todos saben las normas de competencia aplicadas en la Comunidad tuvieron su origen en un tratado de integración económica. Como era de esperarse el Tratado de Roma tuvo como objetivo uno claramente político: la propia integración de los países que integraban la Comunidad. Para que ese proceso pudiera lograr un cierto nivel de discrecionalidad era necesario, principalmente para tratar de manera distinta los acuerdos entre empresas de países integrantes, respecto del trato que se dispensaba a países de fuera de la Comunidad. Eso es exactamente lo que ocurrió y es sabido que la Comunidad podía darle "luz verde" a aquellos carteles que "contribuyeran al desarrollo económico comunitario" y ponerle "luz roja" a otros en los que ese factor no se daba. Pero la razón no era promover más o menos competencia sino crear esquemas de privilegio, discriminación y trato diferenciado. Afortunadamente, como veremos más adelante, en especial desde que asumió el liderazgo de la Comisión en el área de competencia el italiano Monti, ello viene cambiando al nivel que hoy se aplica un principio análogo al de la regla "*per se*".

En Estados Unidos no pasó algo muy distinto, aunque por razones políticas diferentes. Como bien señalan Posner y Easterbrook³⁹ la fe en las políticas de competencia fue sacudida fuertemente durante la depresión económica de los treinta. La caída de la demanda ocurrida durante la depresión generó una gran cantidad de capacidad ociosa la que fue equivocadamente interpretada como el producto (antes que como la causa) de excesiva competencia. En ese sentido, durante el *New Deal*, que no fue sino el intento de intervenir políticamente la economía durante el Gobierno de Roosevelt basándose en las teorías keynesianas, se usó la cartelización y las concertaciones de precios como una herramienta antidepresión mal entendida. Un ejemplo de ello fue la National Industrial Recovery Act, que autorizó expresamente a las empresas a fijar precios y limitar su producción por acuerdo. La lógica era incrementar políticamente las utilidades de las empresas, tratando de inducir a las empresas a incrementar la producción y la inversión, lo que en teoría iba a estimular el empleo.

Como bien dicen Posner y Easterbrook, la idea es ridícula y es el resultado natural de mezclar políticas de competencia con otros objetivos políticos que le son ajenas. La cartelización va a incrementar las utilidades, pero las utilidades no necesariamente van a incrementar la inversión. La inversión se deriva de la expectativa que el monto invertido generará un retorno mayor, y no existía ninguna expectativa que la inversión durante la depresión podría generar retornos. Los integrantes del cartel tenderán a consumir sus utilidades antes que a invertirlos. Pero lo peor es que la limitación de la producción, consecuencia natural de la cartelización, tenderá a reducir el empleo, precisamente el efecto contrario que se quería lograr. A su vez el incremento de los precios reducirá el poder de compra de los consumidores y con ello la demanda de los productos de otras industrias. Las medidas eran bastante absurdas para incrementar la demanda y el empleo durante una depresión.

Ese es el resultado cuando se mezclan objetivos. No sólo no se consiguen los objetivos de promover el desarrollo, sino que se afecta el objetivo de promover competencia. Esta idea ya está reflejada en el caso de los prácticos que ya comentamos, en el que el objetivo político difícilmente beneficiará a los consumidores y por el contrario se restringirá la competencia. La idea de proteger a los prácticos es bastante mala.

Pero ahora se ha abierto la puerta para poder meter objetivos diferentes a la competencia misma. Como en Europa o en Estados Unidos, los esfuerzos de la autoridad peruana por ganar discrecionalidad van de la mano de intencionalidad de ser flexible a objetivos políticos, y lo vienen consiguiendo.

Por ello no es de sorprender que un criterio tan extraño se haya establecido en un caso como el del SOAT. Como se sabe, se trata de un caso políticamente sensible, en el que se han tenido que enfrentar huelgas de transportistas que se negaban a contratar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, alegando justamente que era más caro que los anteriores seguros que contrataban los mismos transportistas. Por ello, y sin perjuicio del análisis de la existencia o no de una infracción, convenía al gobierno sancionar a las aseguradoras y así dar un mensaje a los transportistas que algo se estaba haciendo con el tema.

A la vez está presente la existencia de una denuncia ante la Comisión de Libre Competencia del mismo INDECOPI contra el cartel apoyado por el gobierno para establecer los precios mínimos en el transporte, es decir, otro caso sensible que generó huelgas y toma de carreteras.

³⁹ POSNER, Richard A., y Frank H. EASTERBROOK. "Antitrust. Cases, Economics, Notes and Other Materials". West Publishing Co., Segunda Edición, 1991. pp. 126-127.

Desde el punto de vista político conviene sancionar el primero y dejar pasar el segundo. Pero, ¿cómo hacer ello con una regla clara y precisa como la “*per se*”? Sería imposible. Con la nueva regla, en cambio, la solución al problema es sencilla. Las empresas de seguros soportarán una presunción de daño, con lo cual no pueden demostrar que sus acuerdos no causaron perjuicios. Luego, no pueden tampoco descargar responsabilidad demostrando que su práctica generó beneficios, simplemente porque nadie les notificó durante el procedimiento que esa era la regla. Por ello no pudieron ejercer su derecho de defensa en los términos del nuevo precedente y, en su caso particular, los principios garantistas, que tanto preocupan al Presidente de la Sala, no se les aplicaron. Pero los transportistas sí tendrán esa oportunidad en el caso de la banda de precios y saldrán con argumentos que traten de demostrar que existen beneficios en obligar a pagar a los consumidores un precio común mayor al que arrojaría la libre competencia si no se les permitiera operar con precios cartelizados.

Ello explica por qué el Tribunal de INDECOPI descartó la interpretación literal más consistente, pero en mi opinión equivocada, de las empresas aseguradoras, en el sentido que debía demostrarse el daño efectivo a la competencia. La interpretación “medio literal” adoptada por el Tribunal está igualmente equivocada, pero además es inconsistente consigo misma.

e. Algunas “perlas” adicionales

La Resolución es pobre en el uso de las técnicas de interpretación. No analiza la Exposición de Motivos ni explica por qué descarta lo que ella dice. Pues bien, ello es una evidente vulneración a los principios de interpretación de la Ley. Un principio central en toda interpretación es la prohibición del literalismo. Ello no implica que se descarte la interpretación literal, pero sí que el intérprete no puede quedarse en la interpretación literal y debe confirmar o descartar sus conclusiones derivadas de esta interpretación, con las conclusiones que arrojan otros métodos de interpretación. Uno de los métodos es el histórico, que exige revisar los antecedentes y exposiciones de motivos de las normas. Pero aquí, nuevamente, se aplicó un método histórico “chicha” porque se prefiere una intención presunta y derivada de la doctrina argentina de un supuesto antecedente de nuestra Ley, y se deja de lado la exposición de motivos que de manera precisa establece cómo debe interpretarse la norma. En otras palabras, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de una Ley que se asume como antecedente de la peruana tiene más peso que la interrelación que el propio legislador da a lo que la Ley dice. El razonamiento es equivalente a estudiar las técnicas chilenas para saber cómo se hizo el pisco peruano. La Ley peruana se hizo en el Perú y no en Argentina.

En realidad el supuesto conflicto entre el artículo 3 y el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo 701 no existe, y es sólo un espejismo creado por una combinación barroca de argumentos. Si uno entiende que los bienes jurídicos pueden ser afectados tanto en concreto como en abstracto, ambas normas toman completa consistencia. Si se entiende, como es en realidad, que el interés económico general es un bien abstracto y que por tanto puede ser afectado también en abstracto, es posible que se afecte el interés económico general con el solo desarrollo de una práctica que es considerada *per se* contraria a este interés. Es exactamente igual a considerar la seguridad vial como un bien abstracto: no es necesario chocar para afectarla. Basta que se cruce la luz roja, así no haya un accidente, para que se esté afectando la seguridad vial. Lo mismo se puede decir de otros bienes como la salud pública, que puede verse afectada si un medicamento se comercializa sin registro sanitario aunque no cause daños concretos a los consumidores, o del medio ambiente como bien abstracto que puede verse afectado si un proyecto minero se desarrolle sin un Estudio de Impacto Ambiental a pesar que se demuestre después que los beneficios del proyecto justifican los costos que impone al medio ambiente.

La interpretación de considerar al interés económico general “en abstracto” estaba a la vista de la Sala, pero ésta la obvió por completo y ni siquiera la analizó para descartarla. Simplemente la ignoró. Así, señala (literalmente) que las Resoluciones anteriores que precisaron la aplicación del criterio “*per se*” “*pasan por alto el análisis de los alcances del artículo 3*”. Pero si uno lee la Resolución No. 276-97-TDC, es decir la “Resolución del Pollo”, ésta analiza extensamente cómo debe interpretarse el artículo 3, usando precisamente el concepto de afectación en abstracto. El punto III.1.2 de la “Resolución del Pollo” está casi íntegramente dedicado a evaluar cómo debe interpretarse el artículo 3, dedicándole virtualmente 11 páginas a esa labor. Esas 11 páginas sí fueron “pasadas por alto” por la Resolución del SOAT. Sólo como muestra citamos un breve pasaje del largo y detallado análisis contenido en la “Resolución del Pollo” sobre el particular: “La Sala considera que el error en la interpretación propuesta parte de no considerar la afectación del bien jurídico competencia como una afectación en abstracto, esto es como la protección de un interés que puede ser dañado sin que existan efectos perjudiciales concretos. El artículo 3 se refiere al bien jurídico protegido por la norma, lo que no implica que la vulneración a dicho bien deba producirse necesariamente en concreto; bastando que sea una afectación abstracta. Así, una práctica restrictiva podría haber afectado sólo a un competidor o a un consumidor concreto. Mal podría decirse entonces que se afecta un interés económico general en concreto,

pero sí puede decirse que se ha afectado el principio de competencia, y con ello se afecta el interés económico general en que la competencia se desarrolle de manera sana y leal”.

Es lamentable que para cambiar un precedente, quien redactó la Resolución no se haya dado siquiera el trabajo de leer la Resolución cuyo criterio modificaba y que, para colmo de males, se atreva a afirmar que se trata de un tema no tocado en la misma, cuando se dedica una decena de páginas al asunto. O se actuó con ligereza, o se hizo intencionalmente para tratar de “tapar el sol con un dedo” y evitar confrontar su posición con la asumida en la “Resolución del Pollo”.

Hay dos temas adicionales que debemos tratar respecto a esta Resolución.

El primero se refiere a una afirmación inexacta respecto a que nuestro sistema, al inspirarse en el sistema romano germánico, no puede usar un criterio como el “*per se*” que proviene del *common law*, señalando que la “Resolución del Pollo” “*significó una inclusión de elementos incompatibles con nuestro marco legal de competencia y ajenos a nuestro sistema jurídico*”.

Negar la influencia del Derecho Antitrust Norteamericano sólo porque Estados Unidos es un país perteneciente a otra tradición jurídica, es como negar la existencia del fideicomiso en el Perú sólo porque el mismo se originó en el *common law*.

Esa posición es tan absurda que los propios europeos aceptan sin controversia que el Derecho de la Competencia es una creación norteamericana. Como señala el español Cases Pallares: “(...) puede percibirse de forma notoria la incidencia que el derecho norteamericano en esta materia tiene sobre el derecho comunitario. A nuestro entender, una primera comparación entre los artículos 1 y 2 de la *Sherman Act* norteamericana de 1890 y los artículos 85 y 86 del Tratado muestran con absoluta evidencia esta influencia. Además de esta similitud inicial (...) el análisis comparado puede también efectuarse acerca de los actos restrictivos de la competencia prohibidos en la jurisprudencia y en la forma en que las normas *antitrust* son aplicadas. De este modo repetidas veces la aplicación del derecho comunitario de la competencia tiene en cuenta, de manera expresa, la experiencia norteamericana. En los razonamientos o en la configuración de las distintas instituciones propias de la materia, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha acudido a la experiencia norteamericana”⁴⁰.

La afirmación de la Resolución del SOAT niega una aplicación de criterios por no ser europeos, que ni siquiera los europeos niegan. Así, las normas del Tratado de la CECA, en especial los artículos 65 y 66, referidos a libre competencia, fueron redactados por un estudio de abogados de Washington con sede en París⁴¹. Como bien señala Garrigues, “(...) los principios americanos de la legislación *antitrust* penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania”⁴².

Negar la influencia del Derecho *Antitrust* Americano en el Perú y en todo el mundo (Europa incluido) es negarle el ADN al Derecho de la Competencia. Le guste o no al Tribunal del INDECOPI, el Derecho de la Competencia nació en Estados Unidos y sus principios se originan en sentencias y doctrina redactadas en inglés por norteamericanos, en nuestro continente y que influyeron notablemente en su desarrollo universal, influencia de la que Europa no se escapa, como reconocen los propios europeos. Así la Resolución del SOAT destila una suerte de “xenofobia antigringa”.

Pero lo más increíble es que, contra lo que se afirma en la Resolución del SOAT, el criterio “*per se*” sí se viene aplicando en Europa en los últimos tiempos. Si bien es correcto que inicialmente no se aceptó el uso del criterio “*per se*” para las concertaciones de precios, lo cierto es que esa resistencia al principio norteamericano ha cedido, e incluso ha sido recogido expresamente en la Comunicación de la Comisión en la que se aprueban “Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal” (2001/C 3/02).

El punto 18 señala con toda precisión: “En algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Se trata de los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiendo los mercados y la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos en los mercados. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar si están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81”.

El apartado que hemos citado define, sin usar el término *per se*, la regla *per se*. Otros acápites, en especial el 19 y el 25, definen que la excepción es justamente la llamada “*ancillary doctrine*”, también de origen norteamericano, y que es el principio imperante en Europa que el Tribunal Peruano se negó a aplicar por “no ser europeo”. O sea que el Tribunal es “más

⁴⁰ CASES PALLARES, Luis. “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”. Marcial Pons, 1995., pp. 57-58.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Citado por CASES PALLARES, Luis. Ibid. p. 59.

europeo que los europeos” o “más papista que el Papa”.

En esa línea, la Resolución del SOAT señala que la aplicación por las autoridades peruanas de la llamada “*ancillary doctrine*” en Resoluciones anteriores implica un reconocimiento de que la misma regla “*per se*” tiene excepciones por los posibles beneficios que pueden generar. Nuevamente se comete un serio error similar al de “confundir un mono con un elefante”.

La “*ancillary doctrine*” es conocida en español como la “doctrina de la complementariedad”, según la cual sólo son considerados *per se* ilegales los acuerdos de precios desnudos, es decir aquellos que no son complementarios a acuerdos de integración empresarial tales como asociaciones en participación o *joint ventures*. Ello en el entendido que sólo los “acuerdos desnudos”, es decir, aquellos desprovistos de todo tipo de integración asociativa entre empresas, son los que realmente se constituyen como ilegales, quedando esto sujeto a la regla de la razón.

Este criterio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, en especial en la decisión redactada por el Juez Taft en el caso *Addyston Pipe & Steel*⁴³. Según Taft, los acuerdos desnudos son aquellos que no hacen otra cosa que eliminar competencia, y deben de ser ilegales “*per se*”. Bajo tal categoría Taft incluyó los acuerdos desnudos de precios y los acuerdos desnudos de división de mercados. Pero sugirió en su decisión que, en algunos casos, la aparente reducción de competencia justificaba la aplicación de una regla distinta si dicha reducción tenía por objeto generar eficiencias en el mercado.

Taft “polarizó” dos situaciones. La primera está constituida por los llamados “acuerdos desnudos” de precios, que reducen competencia sin generar ninguna eficiencia. La segunda está constituida por los acuerdos de asociación, que si bien pueden reducir competencia entre sus integrantes, generan eficiencias⁴⁴.

Esta doctrina ayuda a explicar por qué en este caso no estamos sujetos al principio “*per se*”, pues si bien la negociación en conjunto puede implicar una suerte de fijación horizontal de precio de compra (una suerte de “efecto oligopsonio”), ésta es complementaria a un acuerdo de generación de eficiencias y reducción de costos por la vía de una asociación o “integración” del poder de compra de las empresas. Así, no es que estemos propiamente frente a un acuerdo de precios, sino frente a otro acuerdo del que el acuerdo de precios es complementario y se encuentra integrado a él. Para

ello basta un ejemplo: si un grupo de abogados se juntan para poner un Estudio y fijan una tarifa común, eso no es un cartel de precios, es una asociación de abogados. Si dos empresas se ponen de acuerdo para producir un automóvil de manera conjunta, y determinan el precio al que venderán el producto final, tampoco es un acuerdo de fijación de precios, es solamente un *joint venture*. Esa es una distinción que la Resolución del SOAT no comprende.

Este criterio fue recogido en el caso CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.⁴⁵ en el Perú por el Tribunal del INDECOPI, mediante un precedente de observancia obligatoria.

El caso se refería a un “Contrato de Servicios de Agencia de Transportes” mediante el cual la empresa Mariscal Cáceres se comprometía a arrendarle una parte de sus instalaciones de un terminal terrestre a CIVA y otras empresas para que brinden el servicio de transporte de carga y pasajeros. El contrato de arrendamiento contenía un sometimiento a un Reglamento Interno del Terminal que incluía la división de rutas y la fijación de tarifas por la administración del terminal. CIVA denunció a sus “socios” en el terminal diciendo que en el fondo el acuerdo era un cartel de precios y división de mercados.

Al analizar el caso el Tribunal del INDECOPI señaló: “(...) los acuerdos desnudos o puros son considerados *per se* ilegales, toda vez que tienen como finalidad y efecto restringir la producción, y, en consecuencia, restringir la competencia. Son estos acuerdos a los que se refiere el artículo 6, incisos a) y b) del Decreto Legislativo 701. En cambio, aquellos acuerdos accesorios o complementarios si bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de “*joint venture*” u otra forma de integración productiva. (...). En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados serán *per se* ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de *per se* ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón”.

⁴³ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271, 281, 282-283, 280 (6th Cir. 1898).

⁴⁴ Citado por BORK, Robert. “The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself”. Free Press. pp. 264-265.

⁴⁵ Resolución No. 206-97-TDC/INDECOPI de fecha 13 de Agosto de 1997, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 28 de Octubre de 1997.

Al aplicar estos criterios al caso concreto, el INDECOPI concluyó que los acuerdos aparentemente restrictivos de la competencia no eran *per se* ilegales porque “(...) se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen por finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado”.

Para el análisis del caso, el Tribunal siguió una secuencia coincidente con la línea de análisis norteamericana, la misma que se refleja en general en la doctrina aplicable a las normas de promoción de la libre competencia:

- (i) Debe determinarse si el acuerdo es esencial para la actividad de integración. De serlo se considera legítima y legal. De no serlo se pasa a los siguientes puntos de análisis:
- (ii) Los acuerdos de precios o división de mercados deben referirse a una actividad económica desarrollada en conjunto (por ejemplo la realización de compras en conjunto).
- (iii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no deben conducir al riesgo que el acuerdo dañe la competencia, y
- (iv) Los integrantes del acuerdo no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

En otras palabras, estos acuerdos no son acuerdos de reducción de rivalidad, como un acuerdo de precios puro, sino acuerdos asociativos, que como tales no caen bajo la definición del inciso “a” del artículo 6.

A fin de cuentas queda algo claro: el “lado oscuro” se ha consolidado y su “Imperio” ha sido efectivo para establecer un status que, aunque ilegal, se mantiene sobre la estabilidad de algunos funcionarios en sus cargos. “Darth Vader” no sólo ha sido capturado por el “lado oscuro”, sino ha conseguido que el “lado oscuro” sea el status imperante.

7. EPISODIO VI: EL REGRESO DEL JEDI (A MODO DE CONCLUSIÓN)

El último capítulo de la serie “La Guerra de las Galaxias” tiene un desenlace feliz. Luke Skywalker, luego de ser entrenado por Yoda, vuelve ya como un verdadero Jedi que enfrenta finalmente a Darth Vader y todo el imperio, consiguiendo derrotar al “lado oscuro de la Fuerza”. El clímax de la historia ocurre cuando el malvado Darth Vader es conmovido por el valor y decisión de su hijo, lo salva y acaba con el emperador. Así es finalmente “liberado del lado oscuro” y al hacerlo libera a toda la humanidad.

En nuestra historia este desenlace no se ha producido. Por el contrario, todo indica que el movimiento hacia “el lado oscuro” continuará. Por ello, no se extraña el lector que INDECOPI presente un proyecto para establecer el Perú el control de fusiones y adquisiciones, el paradigma de la discrecionalidad dentro de las políticas de competencia.

Ojalá no se llegue a extremos como controles exagerados sobre acuerdos verticales o se pretenda instaurar el “precio abusivo” como un caso de abuso de posición de dominio, lo que sería el regreso de los controles de precios al Perú pero de una manera menos predecible y más perniciosa. Pero como vienen las cosas no abrigaría esperanza que ello no ocurrirá.

La situación es realmente preocupante y sólo confirma los riesgos de crear una institución poderosa y con capacidad de intervenir en la actividad empresarial como el INDECOPI, sin crear paralelamente mecanismos institucionales que garanticen una decisión técnica.

No se vislumbran eventos que pongan fin al movimiento hacia un INDECOPI más discrecional, metafóricamente comparables con la “conversión de Darth Vader” hacia el lado correcto. Ni siquiera parecería que vaya a nombrarse un Presidente de INDECOPI técnico y respetable, que mande una señal clara de que se va a defender la autonomía de la institución. Por el contrario, parece más lógico esperar que se nombre otro político y no sería una sorpresa que el nefasto Cesar Almeyda retornara luego de su lamentable paso por el Consejo Nacional de Inteligencia. Tampoco es de esperar que se den decisiones del Tribunal que limiten su propia discrecionalidad o que marquen un rumbo hacia autocontrolar lo que el INDECOPI puede hacer.

Las instituciones técnicas con agenda política son muy peligrosas. El tecnicismo debe ser una barrera a la discrecionalidad política y no su caldo de cultivo. Pero todo indicaría que en INDECOPI se han puesto “los bueyes delante de la carreta” y se ha cambiado la agenda técnica supeditándola a una política, quizás del gobierno, quizás a los de algún integrante del Tribunal.

Pero aún estamos a tiempo de cambiar las cosas. Aún es posible retornar al sendero correcto y comprender cómo funciona la libre competencia y cuál es el rol del INDECOPI en ese y en otros campos. Aún es posible encausar al INDECOPI por el camino de la predictibilidad de sus decisiones.

Mientras el tecnicismo y la autonomía se van diluyendo la esperanza es lo último que se pierde.

Que la Fuerza nos acompañe.

ESTABILIZANDO EL PÉNDULO

CONTROL DE FUSIONES Y CONCENTRACIONES EN EL PERÚ

José Ignacio Távara Martín *
Luis José Díez Canseco Núñez **

Debido al enorme poder económico que pueden generar las fusiones o concentraciones empresariales, así como a sus consecuencias en el proceso democrático y en el bienestar de los ciudadanos, ellas han sido objeto de regulación a nivel internacional. El Perú está entre los pocos países que han optado por auto marginarse de la regla.

Resulta necesario desarrollar un análisis costo-beneficio sobre la conveniencia o no de contar con esta clase de normativa en el caso particular del Perú. Sobre la base de las conclusiones que se formulen, podremos saber si es conveniente contar con un régimen específico. Hasta ahora se han expresado diversas voces contrarias al control de las concentraciones. En este artículo se adopta una posición más favorable hacia su adopción.

* Doctor en Economía (Ph.D) por la Universidad de Massachussets. Jefe del Departamento de Economía y Coordinador de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos de la PUCP.

** Abogado, Magister en Derecho por la George Washington University Law School y Visiting Scholar en dicha universidad en el marco de la Hubert H. Humphrey Fellowship. Profesor de Derecho en la PUCP y la UPC.

La tendencia a la concentración del poder económico tiene profundas raíces en la historia de la humanidad. Ella ha generado grandes desafíos en la medida en que unos grupos económicos han intentado prevalecer sobre otros para lograr el control absoluto de determinadas industrias y actividades económicas. Las sociedades democráticas han enfrentado estos retos de diversas maneras, guiándose por el objetivo de preservar los valores y equilibrios requeridos para mantener su cohesión y proteger su organización social, promoviendo el sistema económico de libre mercado, la competencia y el bienestar del público consumidor.

Tal como se ha señalado acertadamente a propósito de la Unión Europea: «un fenómeno económico de nuestra época -de mayor importancia- lo constituye, sin lugar a dudas, la modificación de la estructura de los mercados en muchos sectores económicos por causa de la concentración empresarial. Se trata -hay que apresurarse a decirlo- de un fenómeno social que se produce no sólo en el ámbito nacional, en el comunitario e, incluso, más allá del espacio territorial europeo»¹. Esta afirmación puede trasladarse perfectamente al ámbito de la futura Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y particularmente al Perú con el conocido caso de la concentración en la industria de la cerveza.

El derecho no ha estado ajeno a este desafío. Así, la legislación y las políticas públicas frente a los monopolios y sobre las prácticas que limitan, restringen o distorsionan la competencia han incursionado en el ámbito de las fusiones empresariales. Esta normativa, que tiene más de un siglo de historia, ha evolucionado paulatinamente hasta llegar a establecer mecanismos de control sobre las fusiones y concentraciones empresariales.

Actualmente tienen particular importancia en el nuevo contexto económico internacional, caracterizado por el incremento de los intercambios comerciales, la reducción de las barreras arancelarias, y la presencia de grandes conglomerados y corporaciones que operan a escala global. Es más, la tendencia hacia la internacionalización y armonización de esta clase de normativa es un proceso irreversible puesto que las fusiones en un país determinado pueden afectar el grado de concentración en un tercero. Por ello cada día son más los Estados que incorporan en sus ordenamientos jurídicos disposiciones que regulan la concentración empresarial, y cada día se intensifican

las controversias jurídicas sobre las fusiones transfronterizas.

El control de fusiones y concentraciones ha sido objeto de un intenso debate entre académicos y profesionales vinculados con la economía y el derecho, y ha generado una vasta literatura. Sin embargo, en el Perú se ha escrito poco sobre el particular y la mayoría de los autores ha concentrado su atención en justificar la ausencia de esta clase de normativa. Sus trabajos han influido decisivamente en el derrotero legislativo de nuestro país sobre esta importante área del derecho de la competencia.

Sin embargo, puede ser el momento de exponer puntos de vista diferentes. En otras palabras, frente al dilema de si se debe o no contar con normas específicas sobre el control de fusiones y concentraciones y frente a una corriente imperante en contra, este artículo pretende contribuir con el conocimiento de la temática desde una visión más favorable hacia su aceptación.

El artículo se divide en cinco secciones. La primera sección presenta un sumario de la normativa relevante. En la segunda sección se examinan los principales argumentos que sustentan la opción de no regular las operaciones de concentración empresarial en el Perú, poniendo de relieve su inconsistencia y sus limitaciones. Luego, en la tercera sección, se analiza la conveniencia de adoptar el control previo de las concentraciones en el caso de las industrias reguladas y, específicamente, en el sector de las telecomunicaciones, cuyos contornos son bastante conocidos. La cuarta sección muestra una síntesis de los fundamentos del control de las concentraciones en la teoría económica, con referencia a las fusiones horizontales, es decir aquellas entre empresas que abastecen el mismo mercado. La quinta y última sección presenta las conclusiones y los principios básicos que ofrecen sustento y orientación al control de las concentraciones empresariales.

1. LEGISLACIÓN

El hito en la historia del derecho de la competencia o *antitrust* se verifica en 1890 con la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos de América, la cual constituye un monumento jurídico de las libertades económicas e inspira la mayor parte de la normativa mundial sobre la materia.

La Sherman Act es bastante parca en su parte sustantiva. Cuenta con dos artículos que, en líneas bastante generales, prohíben los acuerdos y los intentos

de monopolización, según se dispone en sus Secciones 1 y 2, respectivamente². Ambos preceptos constituyen «cláusulas generales» y han sido objeto de una riquísima jurisprudencia que ha delimitado sus contornos y las ha adecuado a las siempre cambiantes circunstancias de la economía.

Con el transcurrir de los años la Ley ha sido objeto de diversas modificaciones y adiciones, principalmente las Leyes Clayton, Robinson-Patman, Celler-Kefauver y Hart-Scott-Rodino referidas a las prácticas de discriminación y al control de fusiones. Igualmente ha sido complementada por reglamentos, directivas y «principios de política» (declaraciones *ex ante* sobre la manea de proceder por parte de las autoridades). En cuanto a sus aspectos organizacionales, ha sido complementada por la Federal Trade Commission Act (Ley de la Comisión Federal de Comercio), que también contiene normas sobre competencia desleal y protección al consumidor³.

La Sherman Act no se pronuncia explícitamente sobre las concentraciones empresariales. Sin embargo se interpretó que una lectura conjunta de sus Secciones 1 y 2 lleva a la conclusión de que el tema estaría cubierto. En efecto, la fusión es una forma de acuerdo que conduce a la monopolización. A partir de los preceptos citados anteriormente se desarrollaron diversas controversias que tuvieron resultados un tanto erráticos⁴ y que, según algunos autores, facilitaron una «explosión» de fusiones en los años inmediatamente siguientes a la promulgación de esta norma⁵.

La redacción de la Sherman Act no favoreció un *enforcement* tendente a controlar las concentraciones; de ahí que se percibió la necesidad de una respuesta legislativa. Ello no se produjo sino hasta 1914 con la adopción de la Clayton Act, la misma que en su Sección 7 (complementada posteriormente con la 7A) prohíbe la adquisición de todo o parte del accionariado, el capital o los activos de otra empresa, si dicha adquisición puede tener como efecto una merma sustancial de la competencia o si tiende a crear un

monopolio⁶. En una primera etapa el horizonte de aplicación de la normativa centró su atención en las adquisiciones de acciones. Posteriormente, a partir de 1950, se amplió a la adquisición de los activos fijos y a la absorción de las empresas propiamente dichas⁷.

Del mismo modo la aplicación de la normativa tomó como referencia el «ratio de concentración» sustentado, por ejemplo, en porcentajes de participación en un mercado determinado o tomando como referencia lo que ocurriría en escenarios en los que participan cuatro empresas⁸. A este análisis se adicionaba una evaluación del impacto en las pequeñas empresas⁹. En efecto, existía la percepción que ellas tendrían una posición desventajosa en relación con las empresas de mayor envergadura. Con los años la posición fue variando y hacia la década de los 80, como consecuencia del pensamiento impulsado por la denominada «Escuela de Chicago», el enfoque reconoce que las fusiones pueden ser convenientes para la competencia como abstracción y para el bienestar de los consumidores. Del mismo modo, se deja de lado el ratio de participación de las cuatro principales empresas (el mismo que fue ampliamente criticado por arbitrario) para incorporar el índice Herfindahl-Hirschman, que se estima más adecuado para medir los efectos en el mercado relevante con posterioridad a la fusión.

Cabe indicar que las disposiciones sobre control de fusiones, al igual que las referidas a los acuerdos y los intentos de monopolización de la Sherman Act, también son bastante generales y se las distingue porque esta última recurre a mecanismos *ex post* y expresa un control de comportamientos; mientras las primeras se erigen como mecanismos *ex ante* y de control de estructuras.

El control *ex ante* y el análisis de las estructuras a fin de verificar si las operaciones de concentración pueden o no mermar la competencia o crear un monopolio, han colocado en el terreno del debate a los objetivos del derecho de competencia en los

² La Sherman Antitrust Act, de 2 de Julio de 1890, Ch 647, 26, Stat 209 (1890). Codificado en 15 U.S.C. § 1-7. La Sección 1 señala que «Todo contrato, combinación en la forma de un *trust* o cualquier otra, o conspiración que restrinja el comercio entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal». Por su parte la Sección 2 indica: «Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o entre en combinación o conspire con otra persona o personas para monopolizar una parte del comercio entre los Estados o con naciones extranjeras será considerada culpable (...).». Cabe indicar que la Sherman Act es una norma que tiene dos vertientes: una sancionadora de derecho penal, y una civil que apunta a la reparación por daños y perjuicios.

³ The Federal Trade Commission Act del 26 de setiembre de 1914 (Sección 1, 38 Stat. 717. 15 U.S.C.) que contiene la Sección 5 que declara ilegal los métodos desleales de competencia que afectan el comercio, así como las prácticas o métodos desleales o engañosos que afectan el comercio.

⁴ En contra la de aplicación de la Sherman Act el caso de *United States v. E.C. Knight*, 156 U.S. 1 (1895). A favor de la aplicación el caso *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

⁵ BITTLINGMAYER, George. «Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave». *Journal of Law & Economics* No. 28 p. 77 (1985).

⁶ Sección 7 y 7A de la Clayton Act. 15 U.S.C. 18, y 15 U.S.C. 18a de 15 de octubre de 1914, con modificaciones en 1950, 1976, 1980, 1984 y 1989.

⁷ Celler-Kefauver Amendments Act. Ch. 1184, 64 Stat. 1125 (1950).

⁸ El índice para medir la concentración del mercado empleaba como referencia el «ratio de las cuatro empresas», el mismo que consiste en la sumatoria de la participación de las cuatro principales empresas en el mercado relevante. *United States Department of Justice, Antitrust Division, Statement Accompanying 1982 Merger Guidelines*.

⁹ Para un análisis detallado de la manera cómo ha variado la evaluación de la concentración ver: SULLIVAN, Thomas E. y Herbert HOVENKAMP. «Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials Problems». Virginia, Lexis Law Publishing, 1999. p. 805 y siguientes.

EEUU. En efecto, nadie pone en duda que ciertos acuerdos limitan la competencia y, por lo tanto, deben de ser sancionados. Sin embargo, impedir o limitar que una empresa se fusione o adquiera el control de otra, tiene una connotación distinta. Sobre este punto cabe indicar que esta clase de normas limita las libertades de contratación y de comercio a fin de garantizar un hipotético, no verificado y futuro daño a la competencia. Por ello, y a fin de garantizar que el *enforcement* del control *ex ante* no sea arbitrario, se establecen criterios de aplicación rigurosos¹⁰.

Un correlato inmediato a esta clase de disposiciones se vincula necesariamente con el análisis que debe llevar a cabo la autoridad a fin de decidir si la fusión daña o no la competencia. Obviamente no puede ser una evaluación de naturaleza formal. Se trata de un análisis económico que tiene por objeto determinar los efectos que la toma de control genera en el mercado. Por ello resulta de capital importancia conocer qué es lo que se espera del derecho de la libre competencia. En otras palabras, es necesario explicitar los objetivos de esta clase de normativa.

En realidad, los objetivos del control de fusiones y concentraciones han sido materia de una intensa controversia¹¹. Sobre este particular destacados

intelectuales de la escuela de Chicago, como es el caso de Robert Bork¹², han sostenido que la verdadera intención de los legisladores norteamericanos y el «valor decisivo» que determinó la aprobación de la normativa *antitrust* fue la promoción de la eficiencia¹³ y el bienestar de los consumidores¹⁴. Sin embargo, los historiadores y otros académicos han mostrado de manera contundente que si bien la eficiencia fue uno de los criterios considerados, la Sherman Act fue en realidad una respuesta al poder excesivo de los *trusts* y los monopolios que amenazaban la libertad y limitaban las oportunidades de desarrollo empresarial. La promulgación de esta norma respondía a la demanda y a la presión social por restaurar los balances de poder en la sociedad norteamericana, y se entronca con una tradición ideológica muy arraigada que asociaba la concentración excesiva del poder económico con la corrupción política y con la opresión de los consumidores y los competidores¹⁵.

A pesar de la controversia sobre los objetivos de la legislación *antitrust* de EEUU, queda claro que el origen de esta normativa se relaciona precisamente con el tema de las fusiones y concentraciones. Tal como se ha señalado anteriormente, un recuento histórico de las razones que llevaron a la adopción de estas normas demuestra claramente que el tema de

¹⁰ Directivas o «*guidelines*» que detallan diversos aspectos sobre el control de fusiones como es el caso de las Merger Guidelines de 1968; las Merger Guidelines de 1982; las Horizontal Merger Guidelines de 1992 (Con modificaciones en 1997), del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC); las Horizontal Merger Guidelines de la National Association of Attorneys General de 1993; y las Non-Horizontal Merger Guidelines de 1984. DOJ.

¹¹ Para un análisis de la evolución del derecho *antitrust* de Estados Unidos de América, así como sus objetivos ver: FOX, Eleanor M. y Lawrence A. SULLIVAN, «Antitrust Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?». En: New York University Law Review, No. 62 p. 936. Papers Presented at the Airlie House Conference on the Antitrust Alternative. En el apéndice del artículo aparece una tabla con un sumario de los puntos de vista y postulados de la denominada escuela de Chicago en comparación con la escuela realista o tradicional. En este «lexicon» del derecho de la libre competencia se presenta un resumen de diversos conceptos sumamente importantes para la disciplina jurídica en general y para la temática del control de fusiones y concentraciones en particular. Entre otros se analiza: cuáles son sus objetivos; qué significa eficiencia y cómo se mide; qué son las barreras de entrada y por qué impactan en la competencia; qué significa competencia potencial; cómo se promueve la innovación; qué significa poder de mercado; qué significa prelación y por qué es importante para el derecho *antitrust*; qué significa concentración del mercado; cómo se definen los mercados; por qué prohibir ciertas fusiones. Este tema también ha sido objeto de interés en el Perú. Ver: CÁCERES, Fernando, «El por qué de la política de la libre competencia». En: Derecho y Sociedad, No. 19. p. 89. 2002. En este artículo se presenta un análisis detallado del debate en torno a los objetivos de la Sherman Act (2.1); así como de los objetivos de la política de la competencia en EEUU desde la perspectiva del bienestar del consumidor, y de la descentralización del poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades económicas (3.2.).

¹² POSNER, Richard. «The Chicago School of Antitrust Analysis». En: University of Pennsylvania Law Review, No. 127. p. 925.

¹³ La controversia entre quienes opinan que el objetivo de la normativa *antitrust* de EEUU es la concentración del poder o la eficiencia puede resumirse de la siguiente manera: «Because both sides can usually find support in the congressional debates, arguments based upon legislative intent have rarely changed anyone's opinion on important antitrust policy questions. Recognizing this point, scholars on both sides have hedged their reliance on legislative history with institutional and policy arguments. They assert that the Sherman Act delegates to the courts authority to develop antitrust by the common-law method. Frank Easterbrook advocates the Chicago approach to this task based on a list of axioms about market and governmental processes and their relative effectiveness in selecting among efficient and inefficient business arrangements. Most important, he emphasizes that monopoly profits attract entry, and that competition will ultimately undermine monopolistic practices. In contrast, he argues, judicial efforts to deter even truly monopolistic practices are likely to be inept, counter-productive, and long-lasting. Here again, opponents of the Chicago approach have contradicted his premises, suggesting that more exacting judicial scrutiny of business practices is both possible and necessary to preserve competition». Citado en: PAGE, William H. «Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy». En: Tulane Law Review, No. 66. p. 1.

¹⁴ El bienestar del consumidor no puede asimilarse ni ser interpretado como protección al consumidor. El bienestar o «*welfare*» se define como la sumatoria del bienestar de los productores y de los consumidores. De acuerdo con la escuela de Chicago, si el consumidor pierde pero el productor gana más de lo que pierde el consumidor, el «bienestar del consumidor» se ha incrementado. Ver FOX y SULLIVAN, Op.cit. pp. 946-947. Bork ha señalado que el bienestar del consumidor se incrementa en la medida que los bienes de la sociedad sean ubicados o distribuidos de tal manera que los consumidores sean capaces de satisfacer al máximo sus necesidades y hasta lo permita la tecnología. En este sentido el bienestar del consumidor no es más que un término que describe la riqueza de una nación. Por lo tanto, el derecho *antitrust* tiene una predilección intrínseca por la prosperidad material, lo cual no significa que tenga que ver con la manera cómo se distribuye o usa la prosperidad. Ello será materia de otras leyes. BORK, Robert H. «The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself». New York, The Free Press, 1993. Segunda Edición, pp. 90-91.

¹⁵ Ver al respecto LANDE, Robert. «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged». Hastings Law Journal, No. 34. p. 67, y MILLON, David. «The Sherman Act and the Balance of Power». Southern California Review, No. 61. p. 1219, 1988.

la concentración del poder económico estuvo presente¹⁶.

En el caso de la Unión Europea la normativa sobre libre competencia y sobre el control de fusiones y concentraciones siguió un derrotero similar en cuanto a sus aspectos temporales, pero no así en cuanto a sus objetivos. En efecto, cuando se aprueba el Tratado de Roma que crea la Unión Europea, al igual que en los EEUU, no se incorporaron disposiciones específicas sobre el particular¹⁷. Los artículos 81 y 82 (entonces 85 y 86), se refieren a la prohibición de acuerdos y de abuso de una posición dominante en el mercado, respectivamente. Tuvieron que transcurrir más de 30 años para que la Comisión adoptara reglas específicas.

La normativa europea sobre libre competencia tiene una clara vocación política en lo que respecta a sus orígenes y objetivos. En cuanto a lo primero se destaca la necesidad de desconcentrar la economía europea de la post-guerra -especialmente la alemana-, la misma que había facilitado el despliegue de su inmensa maquinaria bélica. En lo atinente a sus objetivos se pensó que debería tener como propósito evitar que los intercambios comerciales que se promoverían como consecuencia del tratado de integración, se vieran limitados por acuerdos que, entre otros, segmentaran el mercado. Como se puede apreciar, el origen de la normativa *antitrust* europea estuvo asociado a la búsqueda de la paz y la integración económica.

En el proceso que condujo a la adopción de los artículos 81 y 82 quedó claro que se tendrían que prohibir los acuerdos entre empresas. Sin embargo también se reconoció que, a diferencia de los EEUU, la economía estaba sumamente concentrada y que sería contraproducente para los fines del desarrollo, la consolidación económica y la integración, forzar un

cambio brusco e inmediato de las estructuras. Por ello se introdujo la noción jurídica de abuso de posición dominante en el mercado, la cual como su nombre lo indica sólo establece una prohibición de los comportamientos abusivos. Dicha noción expresa un equilibrio adecuado entre una realidad económica que no podía ser desatendida -la posición dominante- y los principios de la competencia que apuntan a sancionar comportamientos que la limiten.

Del mismo modo se estimó que la economía europea debía integrarse de la manera más rápida posible, de ahí que conscientemente se decidió no tratar el tema del control de fusiones y concentraciones sino hasta un momento posterior¹⁸. Es así que en 1989 se adoptó un cuerpo normativo específico¹⁹.

Los objetivos políticos de la normativa europea sobre control de fusiones y concentraciones van a tener un claro reflejo en relación con la manera como se abordarían los objetivos económicos. Es así que la doctrina sobre esta clase de objetivos destaca el bienestar de los consumidores (particularmente en cuanto a precios y calidad); la promoción de la competencia efectiva (que está explícita en la norma²⁰) y de la existencia de competidores y, en cuanto al tema que nos ocupa en este artículo, que existan más competidores²¹. También se consideró importante la protección del mercado laboral y de la industria nacional. El fundamento de estos últimos objetivos es evidente a la luz de los principios de la integración europea, y de su sustento filosófico en una economía social de mercado²². Del mismo modo el índice de concentración se mide, en principio, en términos cuantitativos como es el volumen de negocios cuantificado en ECUS y en un período de tiempo determinado²³.

La instauración efectiva de las políticas de competencia en el Perú tuvo sus inicios un siglo después de su adopción

¹⁶ THORELLI, Hans B. «The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition». pp. 55-57, 63-72 (1955); HORWITZ, Morton J. «The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy». pp. 80-87, Oxford University Press (1992); SKLAR, Martin J. «The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916». pp. 14-20 (1988); HOVENKAMP, Herbert. «Enterprise and American Law, 1836-1937». pp. 266-295 (1990). Citados en: GAVIL, Andrew I. Ed. «An Antitrust Anthology». Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1996. Igualmente MAY, James. «Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918». En: Ohio State Law Journal, No. 50. p. 257 (1989); «Antitrust Practice and Procedure in the Formative Era: The Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918». En: University of Pennsylvania Law Review, No. 135. p. 495. Del mismo modo: KHULA, Bruce A. «Antitrust at the Water's Edge: National security and Antitrust Enforcement». En: Notre Dame Law Review, No. 78. p. 629 (2003), quien, resumiendo lo expresado por diversos autores de la época en que se adoptó la Sherman Act señala que se consideraba al: «trust as a fearsome concentration of economic power that unjustly enriched a select few at the expense of the commonwealth». Op.cit. p. 633. Sobre este punto existe un interesante debate académico entre Bork y Lande. Ver: LANDE. Op.Cit.

¹⁷ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). Roma, 25 de marzo de 1957.

¹⁸ La excepción aparece con el artículo 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA). París, 18 de abril de 1951. En este caso queda claro el por qué se establecieron disposiciones sobre el control de fusiones y concentraciones en esta industria: constituía uno de los pilares de la economía de guerra. Sobre el particular ver: CALVO, Alfonso y Natividad. «El control de las Concentraciones de Empresas en Europa». Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999. pp. 41 y ss.

¹⁹ Reglamento (CEE) N° 4064/1989 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre control de operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial N° L395 del 30 de diciembre de 1989. Con modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) N° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997. Diario Oficial N° L180 de 9 de julio de 1997.

²⁰ Artículo 2.1.a) del Reglamento (CEE) 4064/89.

²¹ SWAINE, Edward T. «Competition, not Competitors. Nor Canard: Ways of Criticizing the Commission». University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, No. 23 (2002). pp. 597 y ss.

²² Para un análisis detallado de la normativa sobre control de fusiones ver: CALVO CARACAVA y GOÑI, Op.Cit. Adicionalmente: FERNÁNDEZ-LEGA, Carlos. «Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España». Madrid, Arazandi, 1994. pp. 386 y ss. Del mismo modo JONES, Alison y Brenda SUFRIN. «EC Competition Law». Oxford University Press, 2001. p. 699 y ss.

²³ Artículo 1 del Reglamento (CEE) 4064/89.

en los EEUU y más de tres décadas después de Europa. Ello se produjo con la promulgación del Decreto Legislativo 701²⁴. Con más de cien años de historia del *antitrust*, con numerosos casos y experiencias, con una jurisprudencia que ofrece invalorable lecciones, resultaba verosímil que en el Perú se adoptara un marco normativo coherente, orientado a promover activamente la competencia y proteger el bienestar de los consumidores, buscando al mismo tiempo incluir a los sectores excluidos en nuestra incipiente «economía social de mercado».

Lamentablemente ello no ha sido así. A diferencia de EEUU y de la Unión Europea, donde las leyes *antitrust* fueron promulgadas como consecuencia de decisiones conscientes y luego de evaluar detenidamente sus objetivos; en el Perú las normas fueron adoptadas en un contexto de condicionamientos por parte del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, con una racionalidad orientada a la constitución de una economía de mercado.

La normativa peruana no tuvo orígenes conscientes ni fue puesta en práctica con el vigor requerido²⁵. Así por ejemplo, se desatendieron sectores de gran importancia para el crecimiento económico y la competitividad como es el caso de los sectores de infraestructura y las industrias productoras de bienes de primera necesidad²⁶. Estas circunstancias son parecidas a las observadas en otros países de la región, los cuales han tenido un *enforcement* más que relativo debido a la falta de recursos de la agencia de competencia, al lento proceso de difusión de las normas y, quién sabe, a la decisión institucional de ir a paso lento. Es preciso reconocer, sin embargo, que hubo algunos logros destacados como son la promoción de una cultura de la competencia, la formación de un núcleo de profesionales capacitados y la firme decisión -política por cierto- de promover los valores de una economía de mercado.

No es el caso analizar en este artículo si el número de investigaciones y controversias fue el suficiente²⁷ y si fue o no adecuada la decisión de marginar de las

investigaciones a ciertos sectores claves de la economía. El caso es que resulta evidente que el origen, adopción y evolución de estas normas no fue el resultado de un proceso histórico comparable con EEUU o la Unión Europea; ni estuvo orientado por las fuerzas y los valores políticos que dieron lugar a la Sherman Act o a la adopción de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma.

A pesar de ello podría afirmarse, como en el caso de los antecedentes de EEUU y la Unión Europea, que en el Perú existía la disposición a dejar para un segundo momento la adopción de normas sobre el control de fusiones. Ello resultaría lógico, congruente e históricamente justificable. Sin embargo, no deja de resultar sorprendente la firmeza con la cual se defendió la decisión de evitar permanente y absolutamente la adopción de normas que regulen las fusiones y el proceso de concentración empresarial en el Perú, negando la posibilidad de promulgar estas normas en el futuro.

Como consecuencia de ello y con la excepción del sector eléctrico -el mismo que cuenta con una normativa específica²⁸- el Perú es de los pocos países en el mundo que han optado por marginar de regulación las operaciones de concentración empresarial²⁹. Y ello a pesar de que es fácil constatar que en los demás sectores y actividades económicas pueden generarse monopolios privados como resultado de procesos de concentración. Como resultado de la ausencia de normas sobre este tema, no existen mecanismos legales que limiten o puedan cuestionar concentraciones o fusiones que afecten o tengan la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia en el mercado. Es más, tampoco estamos en capacidad de cuestionar fusiones que -por lo menos en el contexto de la integración andina- afecten nuestro mercado. Esto último se debe, entre otras explicaciones, a la ausencia de disposiciones sobre el particular a nivel de la normativa Andina³⁰.

La decisión de no regular las fusiones no se condice con la doctrina ni con la teoría económica contemporánea. Inclusive los economistas más

²⁴ Ley contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia del 7 de noviembre de 1991, según última modificación contenida en el Decreto Legislativo 857 de 18 de abril de 1996. Hasta que se promulgó el Decreto Legislativo 701 los comportamientos anticompetitivos eran sancionados recurriendo a la legislación que tipificaba la estafa, el acaparamiento, la especulación y adulteración de los productos, así como la publicidad engañosa y los comportamientos de competencia desleal asociados a la propiedad industrial. No existía un conjunto orgánico de normas que regularan la conducta anticompetitiva de las empresas. Para un recuento histórico de los antecedentes de la normativa peruana ver: ABANTO, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia». Lima, Editorial San Marcos, 1997, pp. 341 y ss.

²⁵ En el Perú el mayor número de denuncias y de casos de violación de normas de libre competencia, al menos durante los primeros cinco años de funcionamiento del INDECOPI, estuvo dirigido contra municipios, gremios tradicionales de pequeñas empresas, sindicatos, y empresas informales, y no contra empresas de mayor tamaño. Estas últimas se adaptaron rápidamente al nuevo marco legal y, como era de esperarse, lo utilizaron en su propio provecho. Ver al respecto TÁVARA, José. «Las Políticas Antimonopolio y la Promoción de la Competencia en el Perú.» *Economía*, Vol. XX, No. 39-40 (1997: 453-493). p. 479

²⁶ DIEZ CANSECO, Luis José y Fernando CÁCERES. Informe Final. Comisión de Transferencia. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Documento elaborado por encargo de la Comisión de Transferencia de la administración del Gobierno de Transición 2000-2001 al gobierno a cargo del ejecutivo 2001-2006. Puntos 2.1.(a), 2.1.(d) y 2.2.(a).

²⁷ Ibid. Se hace un análisis pormenorizado del número de casos en materia de libre competencia y sobre los sectores que fueron objeto de interés.

²⁸ Ley Antimonopolio y Antilogopolio del Sector Eléctrico. Ley 26876. Decreto Supremo 017-98-ITINCI. Decreto Supremo 087-2002-EF (como consecuencia de procesos de promoción de inversión privada a cargo de Proinversión y en el marco de las privatizaciones).

²⁹ ALCA. «Inventario de Leyes y Normas sobre Políticas de Competencia en el Hemisferio Occidental». Comité Tripartito de la Organización de Estados Americanos. ALCA - Grupo de Negociación sobre Política de Competencia. Marzo, 2002.

³⁰ Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, «Normas para Prevenir o Corregir las Distorsiones en la Competencia, Generadas por Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia», (1991). Dicha norma reemplazó a la Decisión 230 de 1987, la que a su vez sustituyó a la Decisión 45 de 1971.

ortodoxos de la Escuela de Chicago sostienen que las políticas *antitrust* deben concentrarse «en las fusiones horizontales suficientemente grandes como para generar monopolios directamente, como en los casos clásicos de los *trust*, o como para facilitar la cartelización vía la disminución drástica en el número de vendedores significativos en el mercado»³¹. Aun los intelectuales más radicales de esta escuela, como es el caso de Bork -los «diehard Chicagoan» como los denomina Posner- aceptan que las fusiones horizontales de gran envergadura, como aquellas que conducen al monopolio, pueden ser controladas por el Estado. En contraste, para un sector de intelectuales sobre el derecho de la libre competencia en el Perú, las fusiones entre empresas no representan problema alguno aun si dan lugar a la creación de monopolios³². Esta línea de pensamiento ha llevado a que el Perú no cuente con disposiciones sobre el particular.

2. CONTROVERSIAS SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

Uno de los principales argumentos para oponerse al control de las operaciones de concentración empresarial en el Perú ha sido el argumento del «país pequeño»: se afirma que nuestro mercado es reducido en comparación con, por ejemplo, el de EEUU, la Unión Europea y el de muchos otros países que cuentan con normas de control de fusiones. Considerando las escalas mínimas de producción requeridas para que las empresas operen de manera eficiente, resulta natural que los niveles de concentración empresarial que se observan en algunas industrias en el Perú sean más elevados³³.

En este contexto las fusiones entre empresas estarían principalmente motivadas por la generación de economías de escala, y no por el dominio o el control del mercado. Por lo tanto, debido a estas circunstancias no resulta aconsejable el control de las concentraciones. Es más, dicho control provocaría pérdidas de eficiencia que en última instancia perjudican a la sociedad y a los propios consumidores.

Este argumento es ciertamente válido en muchas industrias, en las cuales «sólo existe espacio» para un

número reducido de empresas. Un mercado con tres o cuatro empresas grandes puede aun operar en condiciones competitivas, siempre que exista rivalidad entre ellas y no generen un cártel. Sin embargo, frente a la ausencia de normas que lo impidan, la fusión entre estas empresas puede elevar aun más la concentración, por encima de los niveles requeridos para aprovechar las economías de escala e, incluso, generar un monopolio. En el Perú se ha sobreexposto el argumento del «país pequeño» para oponerse al control de las concentraciones, cuando en realidad el mismo no puede ser aceptado ni rechazado a priori, sin examinar cada caso y cada industria por separado.

Otro argumento para oponerse al control previo de las concentraciones empresariales consiste en que resulta sumamente oneroso para la sociedad, en relación con los beneficios inciertos y, en el mejor de los casos, reducidos que este control genera. En efecto, se afirma que «uno de los puntos más débiles del control de concentraciones empresariales es el mínimo resultado que tiene sobre el gran universo que pretende abarcar». Se trata, tal como se ha puesto de relieve «de un enorme y costoso procedimiento preventivo para detectar posibles «enfermedades» -los efectos dañinos sobre el mercado- que afectan solamente a un porcentaje menor al 2% de pacientes que evalúa»³⁴. Además de los costos administrativos directos en los que debe incurrir el Estado, el sistema de control «se constituye en un alto costo para la empresa privada que invierte inmensas cantidades de dinero y tiempo en determinar si es viable su proyecto de concentración empresarial»³⁵.

La magnitud de estos costos obviamente dependerá de la naturaleza y de la complejidad de los procedimientos administrativos que se utilizarán pero, por sobretodo, del umbral o «*threshold*» a partir del cual las empresas estarán obligadas a solicitar una autorización previa a la operación de concentración. Si el umbral es muy bajo es evidente que los costos administrativos resultarán elevados toda vez que el número de casos sujetos a evaluación será muy alto. Sobre este particular cabe señalar que el debate académico en torno a la admisión o rechazo del control de concentraciones ha marginado el tema del umbral. En otras palabras, no se trata de

³¹ POSNER, Richard. Op.Cit. p. 394.

³² Destaca sobre este punto: BULLARD, Alfredo. «Las Políticas de Competencia: ¿Por qué y para qué?» En: Derecho y Economía. El análisis económico de las Instituciones Legales. Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 637 y ss. En dicho trabajo el autor resume adecuadamente las tres principales líneas argumentativas en contra del control de fusiones: el tamaño de la economía peruana, la falta de experiencia en la autoridad peruana y la capacidad del mercado para corregir fusiones ineficientes. No cabe duda que el pensamiento de Bullard ha influido significativamente en la percepción que se tiene en el Perú sobre este tema.

³³ Para un detallado análisis de la temática del «país pequeño» o de las «economías en transición» ver: KOVACIC, William E. «Merger Enforcement in Transition: Antitrust Control on Acquisitions in Emerging Economies». En: University of Cincinnati Law Review, No. 66. p. 1075 (1998). Adicionalmente ese autor refiere a los siguientes factores: el empresariado se resiste a los mecanismos del mercado; el frágil entorno político; la falta de «*expertise*»; un Poder Judicial poco capacitado; la falta de transparencia en la administración pública; los límites de presupuesto; y la ausencia de información sobre los mercados.

³⁴ QUINTANA, Eduardo. «¿Rezando entre tinieblas?: el credo del control de concentraciones empresariales». En: Themis, No. 39. pp. 223-235.

³⁵ Ibid. p. 232.

estar a favor o en contra de la institución de manera absoluta. Se trata de saber a partir de qué umbral es posible adelantar el control *ex ante*.

De otro lado, en la medida en que los criterios empleados para evaluar las fusiones se establezcan con precisión y claridad, sean conocidos por todos los interesados, además de que los procedimientos de control sean simples, expeditivos y transparentes; los resultados del control serán más predecibles para las empresas y los costos generados serán más bajos. La adopción del silencio administrativo positivo una vez transcurrido un plazo de duración razonable puede contribuir también a reducir los costos administrativos y los gastos en que deberán incurrir las empresas que deseen llevar a cabo operaciones de concentración. Por lo tanto, puede afirmarse que estos costos no tienen que ser necesariamente elevados, toda vez que su magnitud dependerá de las características del marco normativo y, en particular, de los procedimientos utilizados.

De otro lado, el argumento de que los costos del control no resultan justificados debido a que la mayoría de operaciones de concentración son finalmente autorizadas, ignora el efecto disuasivo que el sistema de control genera frente a las fusiones que pueden resultar dañinas para la sociedad. En efecto, en estos casos es muy probable que las propias empresas se inhiban de solicitar la autorización, precisamente para evitar incurrir en los costos administrativos.

En realidad, el control de fusiones debe estar diseñado para impedir sólo las fusiones que reducen el bienestar de la sociedad. Oponerse a este control con el argumento de que la mayoría de las fusiones son autorizadas, «es equivalente a inferir la poca utilidad de tener un cuerpo de bomberos porque la mayoría de los incendios son pequeños, rápidamente controlados sin mayor ayuda y con un daño pequeño para quienes los sufren»³⁶.

Otro argumento que converge con el anterior es el que señala que el control *ex ante* de la estructura (afectada por las concentraciones) es más costoso y menos eficaz que los controles *ex post* de las conductas de las empresas³⁷. También se sugiere que ambos

controles son sustitutos entre sí, y que la adopción de normas de libre competencia que regulan las conductas hace innecesario o superfluo el control de concentraciones³⁸. Sin embargo, la evidencia disponible revela que estos dos tipos de controles son en realidad complementarios y no deben entenderse como sustitutos. El análisis de la legislación comparada muestra claramente que casi todos los países los utilizan de manera simultánea y complementaria, y que el control de conductas no sustituye al control de estructuras. Además, como es evidente, una vez que la concentración se lleva a cabo, en ausencia de control previo, es mucho más difícil -sino imposible- y costoso imponer una desconcentración, fragmentación o disociación de titularidad y gestión de las empresas. Precisamente aquí reside una de las principales ventajas del control *ex ante* de la estructura: el argumento de los «huevos revueltos» que pretenden volver a su cascarón³⁹.

Otro aspecto que debe destacarse en la relación entre los controles previos o *ex ante* y los controles *ex post* consiste en la necesidad de brindar coherencia al marco normativo sobre libre competencia. En efecto, el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia está naturalmente restringido a las transacciones de mercado entre agentes distintos; las normas no se aplican a las transacciones que tienen lugar al interior de las empresas⁴⁰. Bajo ciertas condiciones la aplicación de normas orientadas a restringir conductas que afectan negativamente la competencia, como por ejemplo la discriminación de precios o la utilización de determinados controles verticales, puede inducir a las empresas a integrarse verticalmente e involucrarse en operaciones de concentración, precisamente para evadir las normas de competencia, aun si la integración y la concentración empresarial no constituyen las opciones más eficientes en materia de organización. Al respecto es del caso advertir que las modalidades organizativas adoptadas por las empresas responden, entre otros factores, al entorno informativo e institucional en el que operan.

Puesto en otros términos, una aplicación vigorosa y enérgica de las normas que prohíben y sancionan el

³⁶ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG). «Fusiones Horizontales en la Generación Eléctrica Peruana». Gerencia de Estudios Económicos, Documento de Trabajo No. 3, Lima, 2002.

³⁷ La oposición por principio a toda forma de controles *ex ante*, ha constituido una característica destacada de la doctrina adoptada por funcionarios del INDECOPI durante los 1990, y se encuentra en diversos documentos publicados por esta institución. Esta oposición doctrinaria explica, en parte, su resistencia y rechazo al control de las concentraciones. Una revisión crítica de esta doctrina puede encontrarse en TÁVARA. Op.Cit. pp. 476-479.

³⁸ RUIZ, Gonzalo. «Control de Concentraciones Versus Regulación de Conductas ¿Complementos o Sustitutos?». Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 5 (Parte 2), Unión Europea, Noviembre 1998. pp. 70-71.

³⁹ BAER, William J. y Ronald C. REDCAY. «Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy». George Mason Law Review No. 69 (2001), pp. 915 y ss.

⁴⁰ En la legislación peruana se consideran prácticas restrictivas de la libre competencia, entre otras, «la aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros», «la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos» así como «la negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios». Ver artículo 5 del Decreto Legislativo 701, según modificaciones introducidas mediante Decreto Legislativo 807.

abuso de posiciones de dominio y las prácticas restrictivas de la libre competencia, podría ser contrarrestada por las empresas mediante operaciones de concentración empresarial. Como se señaló, estas normas no son aplicables a las transacciones que tienen lugar al interior de las empresas fusionadas⁴¹. En la medida en que las autoridades competentes sean conscientes de este riesgo, cabe preguntarse si la renuncia a normar estas operaciones de concentración tiene como correlato inevitable la adopción, quizá de manera tácita e inadvertida, de una actitud excesivamente relajada y permisiva frente a la conducta de las empresas, lo cual se explica por la falta de coherencia del marco normativo general.

De otro lado se afirma que el control de concentraciones resulta contraproducente en los períodos de transición en los que tiene lugar un proceso de reestructuración de empresas buscan adecuarse al nuevo contexto. Así, las reformas estructurales de la década del 1990, en particular la apertura de la economía al comercio y las finanzas internacionales, provocó el colapso de un régimen proteccionista que cobijaba un sector industrial sobrepoblado de empresas ineficientes. En este contexto resultaba indispensable facilitar las concentraciones, y no tenía sentido adoptar un sistema de control de estructuras. Se sostenía que «ese asunto debe dejarse para las economías en equilibrio de largo plazo»⁴².

El análisis de la consistencia de este argumento y, en particular, del concepto «equilibrio de largo plazo» no tiene tanta relevancia en el momento actual, toda vez que ha transcurrido más de una década desde que se iniciaron las reformas y, con la excepción del sector eléctrico, en el Perú no ha llegado a adoptarse aún el control previo de las concentraciones. En cualquier caso, aun si aceptamos la lógica del argumento, resulta evidente que las empresas han tenido tiempo más que suficiente para reorganizarse y adecuarse al nuevo contexto. Es más, a pesar de que no existían barreras ni limitaciones para que, por ejemplo, las empresas se reorganizaran mediante fusiones, muchas de las empresas ineficientes

quebraron debido a que, fusionadas o no, no pudieron sobrevivir a la competencia. El mercado peruano operaba con innumerables distorsiones, de ahí que el argumento de facilitar la adecuación de las empresas a las nuevas circunstancias pretende brindar un panorama un tanto idílico de las posibilidades reales de nuestra industria. Prueba de ello es el gran número de procedimientos desarrollados en el marco de la ley concursal peruana que podría poner de relieve, mediante el método del descarte, el altísimo nivel de concentración de nuestra economía. Por lo tanto, este argumento de la reorganización ha perdido vigencia y validez.

También se afirma que en países como el Perú no hay suficientes profesionales calificados para manejar esta temática y que, en principio, el Estado no tiene, ni puede tener, la capacidad de analizar si las fusiones generan o no beneficios a la sociedad, pues no es posible «predecir el futuro sobre bases que pueden ser discutibles»⁴³. Durante los últimos años, sin embargo, y precisamente debido al interés generado por el proceso de reformas, se han formado nuevos cuadros de profesionales, sobre todo en el derecho y la economía, especializados en temas de competencia y regulación. Ciertamente la formación especializada no resuelve las incertidumbres ni reduce las dificultades del análisis del impacto de las fusiones. Sin embargo, el mismo argumento relativo a la dificultad de predecir el futuro puede utilizarse para relativizar la capacidad de predicción de las propias empresas, sobre todo cuando intentan justificar las fusiones apelando a argumentos de eficiencia.

De otro lado también se afirma que el control *ex ante* de las concentraciones podría dar lugar a una elevada probabilidad de corrupción, sobre todo teniendo en cuenta eventuales negligencias y oportunismo en el manejo de la información confidencial durante los procedimientos de autorización de concentraciones⁴⁴. Sin embargo no existe evidencia alguna de que los funcionarios públicos en el Perú tengan mayor propensión a corromperse que funcionarios de otros países⁴⁵.

En realidad la renuncia a los controles *ex ante* y, en particular, el rechazo a la adopción de una política

⁴¹ En uno de los casos más destacados de concertación de precios durante la década de los 90, las empresas involucradas llegaron a argumentar, en su defensa, que se encontraban en pleno proceso de fusión y que, por lo tanto, las normas les eran inaplicables. En efecto en el conocido caso de la concertación de las empresas avícolas se argumentó que sus «acuerdos y coordinaciones se enmarcan dentro de un proceso de fusión, por lo que su actuación no constituiría un acuerdo restrictivo de la competencia sancionable en virtud del Decreto Legislativo 701, toda vez que respondía a un proceso de integración». Parte III.3.2. El Intento de Fusión Avícola (IFA) Resolución 276-97-TDC-INDECOPI publicada en El Peruano de 27 de noviembre de 1997. p. 15472.

⁴² RODRÍGUEZ, Armando. «El rol de las políticas de fusiones en economías de reciente liberalización». Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima, INDECOPI, 1998. p.162.

⁴³ QUINTANA, Op.Cit. pp. 230-233.

⁴⁴ BOZA, Beatriz. «¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de fusiones?». Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima, INDECOPI, 1998.

⁴⁵ No deja de resultar irónico que las personas que han formulado este argumento hayan sido precisamente altos funcionarios de organismos públicos como el INDECOPI, cuya función es precisamente velar por la libre y leal competencia en los mercados, evitando y eventualmente sancionando la corrupción que puede presentarse en el ejercicio de esta función.

general de fusiones, ha constituido «una parte esencial del credo del INDECOPI»⁴⁶. Los cuestionamientos a este «credo» en el Perú de los 90 no recibieron atención ni tuvieron audiencia suficiente como para constituir «un credo alternativo». En cualquier caso, el Perú ha sido uno de los pocos países en el mundo en renunciar unilateralmente a la adopción de una política de control de las concentraciones, al extremo que algunos analistas han interpretado esta decisión como un signo de proteccionismo y como una política industrial implícita⁴⁷. A nivel internacional, tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia están del lado del control racional de las concentraciones, aun en las economías pequeñas⁴⁸, de manera que la carga de la prueba sobre la pretendida inconveniencia de este control, recae en los defensores políticos del credo de dicha institución.

3. CONTROL DE CONCENTRACIONES EN INDUSTRIAS REGULADAS

Abogados y consultores vinculados con las empresas de servicios públicos vienen promoviendo la derogatoria de las normas que regulan las concentraciones en el sector eléctrico y se oponen a la promulgación de normas similares en otros sectores sujetos a regulación como es el caso de las telecomunicaciones. ¿Qué necesidad existe -se preguntan- de adoptar un régimen legal de control de concentraciones si los organismos reguladores ya disponen de una serie de mecanismos y facultades para evitar los abusos en el ejercicio del poder de mercado?

Examinemos el caso de las telecomunicaciones. Algunos servicios como la telefonía fija están sujetos a la regulación de tarifas. Otros servicios, como es el caso de la telefonía móvil están sujetos a supervisión. En este segundo caso el regulador está facultado para adoptar diversas medidas incluyendo, por ejemplo, la regulación de los cargos de terminación en las redes móviles o aun el establecimiento de tarifas tope al consumidor final. Esto haría innecesario adoptar un régimen de control de concentraciones. Desde esta perspectiva un aumento en el nivel de concentración dejaría de ser un problema en las industrias sujetas a regulación, toda vez que el regulador tiene a su disposición instrumentos para impedir el abuso de poder de mercado.

¿Qué consistencia tiene este argumento? En primer lugar es preciso destacar que la competencia efectiva, es decir aquella que involucra a empresas que ejercen presión

mutua en el mercado y rivalizan entre sí, es generalmente superior a la regulación. Si la estrategia en el sector consiste en avanzar progresivamente hacia la desregulación a medida que se desarrolla la competencia -como ocurre actualmente en el mercado de larga distancia-, un aumento en el nivel de concentración que tenga como consecuencia reducir la rivalidad y la competencia entre empresas, ciertamente debilitaría el proceso de desregulación. Por ejemplo, una fusión entre empresas de telefonía móvil que eleve el poder de mercado y frene la tendencia a la reducción de tarifas, afectando a los consumidores, podría dar lugar a que el regulador se vea obligado a adoptar un régimen de regulación más estricto, en lugar de facilitar la desregulación.

De otro lado puede ciertamente ocurrir que la fusión entre empresas de lugar a una racionalización de la industria y eleve la eficiencia, beneficiando a los consumidores. Por ejemplo, la adopción de estándares tecnológicos comunes en la telefonía móvil podría generar economías de escala y eliminar diversos costos asociados a la interconexión entre las distintas redes. Una parte de estas reducciones en los costos podría trasladarse a los consumidores vía menores tarifas. Sin embargo, también puede ocurrir que la reducción en los costos redunde únicamente a favor de la empresa fusionada o, peor aun, que la fusión responda a consideraciones ajenas a la búsqueda de la eficiencia, como por ejemplo la protección de los activos frente a los riesgos de obsolescencia tecnológica.

Uno de los resultados más importantes de un régimen de competencia efectiva es la generación de eficiencias dinámicas asociadas con la entrada de empresas innovadoras de menor tamaño, que utilizan nuevas tecnologías u ofrecen nuevos servicios. En ciertos casos estas empresas pueden percibirse como una amenaza por la empresa establecida. Un caso ilustrativo en la historia de la industria de las telecomunicaciones de los EEUU se verifica mediante el ingreso de MCI y Sprint al mercado de servicios de larga distancia, lo que provocó fuertes resistencias por parte de AT&T⁴⁹. Un ejemplo más reciente es la aparición de empresas proveedoras de servicios de la Internet. En ausencia de sistemas efectivos de promoción de la competencia y, en particular, de normas que regulen las concentraciones, las empresas establecidas pueden llevar a cabo estrategias dirigidas a frenar la entrada o a debilitar y eventualmente adquirir los activos de estas

⁴⁶ BOZA, Beatriz. Op.Cit. p. 159.

⁴⁷ WARNER, Mark. «Private and Public Impediments to Market Presence: Exploring the Investment-Competition Nexus». Ponencia presentada en el Seminario «Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina». Lima, INDECOPI, 1996.

⁴⁸ KHEMANI, R. Shyam. «Merger Policies in Small vs. Large Economies». R.S. Khemani y W.T. Stanbury. Ed. Canadian Competition Law and Policy at the Centenary. Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1991. pp. 205 y ss.

⁴⁹ Por ejemplo, «MCI gastó 10 millones de dólares en el proceso legal y regulatorio, y esperó 7 años para obtener permiso para construir un sistema de microondas, el cual costó 2 millones de dólares y se construyó en siete meses. La empresa preexistente, AT&T, que contaba con un equipo de economistas y abogados expertos en asuntos regulatorios, argumentaba hábilmente que no había necesidad del nuevo servicio y que MCI sólo pretendía ingresar al segmento rentable del mercado, el cual, según AT&T, le permitía subsidiar servicios menos rentables». TIROLE, Jean. «The Theory of Industrial Organization». Cambridge, The MIT Press, 1994. p. 305.

empresas, lo cual puede generar consecuencias negativas en el proceso de innovación y en el desarrollo de la industria.

En cualquier caso, el control *ex ante* de las concentraciones ofrece la oportunidad de examinar cada operación en sí misma y en su propio contexto, autorizando aquellas que se justifican por consideraciones de eficiencia y bienestar, y evitando las fusiones que carecen de esta justificación.

Al igual que en otros países, la neutralidad tecnológica es uno de los principios centrales que orienta las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones en el Perú. En el caso de la telefonía rural, la enorme variedad de configuraciones geográficas y topológicas que caracteriza al territorio del país permite prever la adopción de distintas soluciones tecnológicas en cada zona, así como la adecuación de los servicios ofrecidos a las peculiaridades y necesidades específicas de cada localidad. El principio de neutralidad supone precisamente la adopción de mecanismos que faciliten este proceso de adecuación y la coexistencia de distintas soluciones tecnológicas. En la medida que las empresas establecidas tiendan a especializarse y a estandarizar sus soluciones tecnológicas, entre otras razones con objeto de facilitar la generación de economías de escala en la producción de equipos y en la implementación de instalaciones, la ausencia de control de concentraciones podría reducir las posibilidades de experimentación de nuevas tecnologías y como consecuencia retrasar el desarrollo de la telefonía rural.

De otro lado la regulación es un proceso en el cual juegan un papel destacado las relaciones políticas, definidas como el conjunto de interacciones entre los distintos agentes, orientadas a modificar o estabilizar las reglas de juego. La fortaleza de un organismo regulador depende también, en alguna medida, de la estructura de la industria. Si la industria es competitiva, los intereses de las empresas privadas que compiten en un mismo mercado tienden a neutralizarse entre sí. Ello facilita la tarea del organismo regulador. Por el contrario, el aumento en el nivel de concentración puede elevar la capacidad de las empresas de influir en el proceso político y afectar la autonomía del organismo regulador.

Finalmente, resulta del caso advertir que las industrias de redes como las telecomunicaciones tienen características estructurales específicas que limitan la entrada de nuevas empresas al mercado, y en esa

medida no se encuentran sometidas a la disciplina de la competencia potencial como en el modelo de los mercados desafiables, ni a la disciplina de las importaciones competitivas que caracterizan a otros mercados⁵⁰. En efecto, las instalaciones de planta externa de las empresas involucran costos hundidos, no recuperables en el corto plazo, y de otro lado algunos de los servicios provistos -incluyendo la telefonía fija local- no pueden importarse del exterior. Por esta razón las industrias de redes deben estar sujetas a regulaciones que limiten la concentración del poder de mercado.

4. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, COMPETENCIA Y BIENESTAR

El problema central de las concentraciones empresariales consiste en que, bajo determinadas condiciones, pueden reducir o aun eliminar la competencia. Cuando la rivalidad entre empresas es efectiva, es decir, cuando existe un número suficiente de empresas que compiten en condiciones de paridad, ejerciendo presión mutua en el mercado; el resultado es mayor eficiencia, conducta innovadora, menores precios y mejor calidad de los bienes y servicios producidos. Por el contrario, el monopolio tiende a provocar los resultados opuestos: debilita la eficiencia y los incentivos a la innovación, reduce las posibilidades de elección, eleva los precios y, en ciertos casos, afecta también la calidad de los productos. Adicionalmente genera una redistribución de la riqueza desde los consumidores hacia los propietarios de las empresas monopólicas⁵¹.

En la mayoría de los casos, las fusiones entre empresas tienen un impacto poco significativo en el grado de concentración y no afectan las condiciones de competencia. Si se entiende a la competencia como rivalidad y presión mutua entre empresas con capacidades y recursos equiparables; un proceso de concentración que configura un mercado con pocas empresas de cierta envergadura, que rivalizan entre sí, puede ser más competitivo y generar más bienestar que un mercado atomizado y fragmentado, constituido por muchas empresas pequeñas e idénticas, como el descrito por el modelo de competencia perfecta de libro de texto. Por lo tanto una formulación adecuada de la política de control de las concentraciones debe sustentarse en una comprensión rigurosa del proceso de competencia. Para ello es preciso examinar en qué medida existen o no barreras u obstáculos al ingreso

⁵⁰ Los mercados perfectamente desafiables (*perfectly contestable markets*) se definen por tres características: (a) las empresas que entran al mercado no tienen desventaja alguna en relación con las empresas establecidas; (b) no existen costos hundidos, de manera que la entrada y salida del mercado es libre; y (c) las empresas establecidas no reaccionan frente a la entrada de nuevas empresas, o lo hacen con retardo una vez que la entrada ya ha tenido lugar. Al respecto ver: VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. «Economics of Regulation and Antitrust». Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 163.

⁵¹ SHEPHERD, William G. «The Economics of Industrial Organization». New Jersey, Prentice Hall, 1997. Cap. 1.

de nuevas firmas al mercado para que compitan con las empresas establecidas. También resulta indispensable determinar si el bien producido por las empresas involucradas en la concentración puede ser fácilmente importado o tiene sustitutos cercanos producidos por otras empresas.

Aun si existen barreras elevadas al ingreso al mercado y el bien no tiene sustitutos cercanos ni puede ser importado, la concentración podría generar efectos positivos en la eficiencia y en la rentabilidad de las empresas cuya magnitud podría contrarrestar, bajo ciertas condiciones, los efectos negativos en los consumidores asociados a un eventual incremento de los precios. En realidad, el análisis del impacto de las concentraciones en los precios es solamente el primer paso en el análisis más general de su impacto en el funcionamiento del mercado, en las condiciones de competencia y en el bienestar generado. Por ende es necesario considerar otros aspectos como las ganancias de eficiencia que pueden resultar de la fusión, así como también las posibilidades de que la fusión resulte o no exitosa como estrategia de re estructuración o re financiamiento de las empresas involucradas, evitando la salida de los activos del mercado⁵².

En relación con las operaciones de control o concentración empresarial, las fusiones horizontales probablemente sean las de mayor impacto en la competencia y por tanto las que generan mayor preocupación. En sentido contrario, las fusiones verticales pueden justificarse por consideraciones de eficiencia de manera mucho más clara y, en los hechos, son las que menos problemas han generado⁵³.

Las fusiones horizontales son aquellas que involucran a empresas que operan en el mismo mercado y realizan la misma actividad en una estructura industrial determinada. El indicador de concentración horizontal más utilizado es el índice de Hirschman-Herfindahl (H), el cual se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones porcentuales de las empresas en el mercado.

De esta manera, si en un mercado tenemos «n» empresas ($i = 1, 2, 3, \dots, n$), y cada una de ellas tiene una participación porcentual definida por entonces la expresión del índice «H» es la siguiente:

$$H \equiv \sum_{i=1}^n s_i^2$$

La cuestión central a examinar es el impacto que un aumento en la concentración tiene en el precio y en el bienestar de la sociedad. Cuando los mercados operan en condiciones de competencia perfecta, las empresas son precio aceptantes y, por definición, sus decisiones no tienen impacto alguno en los precios (se asume que son demasiado pequeñas, en relación al tamaño absoluto del mercado, como para afectar los precios). Pero si el nivel de concentración resulta elevado, el tamaño relativo de las empresas es suficientemente alto como para que sus decisiones afecten el precio.

Si se concentra la atención en una empresa individual y asumimos que la curva de demanda tiene pendiente negativa (es decir la cantidad demandada esta inversamente correlacionada con el precio) el único mecanismo mediante el cual la empresa puede inducir un aumento en el precio es contrayendo su producción ofertada (eso desplaza hacia arriba y a la izquierda la curva de oferta). Resulta evidente que cuanto menor es la participación de esta empresa en el mercado, mayor es la magnitud de la contracción en el nivel ofertado que esta empresa debe soportar a fin de inducir un incremento determinado del precio, y al mismo tiempo menor es la probabilidad de que esta contracción resulte rentable para ella. Por lo tanto, un aumento en la concentración eleva la posibilidad de que a las empresas les resulte rentable inducir aumentos en los precios contrayendo su producción ofertada.

De otro lado, si tomamos como referencia a un grupo de empresas deviene imperativo adoptar supuestos adicionales sobre sus costos y sobre las interacciones entre ellas. Supongamos que hay «n» empresas del mismo tamaño. Bajo estas condiciones, el índice de concentración «H» es igual a:

$$H \equiv \sum_{i=1}^n s_i^2 = \sum_{i=1}^n \frac{1}{n^2} = \frac{1}{n}$$

Si se supone, además, que las empresas enfrentan una demanda del mercado definida por la función « $P(Q) = 1 - Q$ » y operan con costos totales y marginales idénticos, de acuerdo a la función», donde es la cantidad total producida por todas las firmas es la cantidad producida por cada una, y «c» es el costo marginal.

Por último, si se asume que las empresas interactúan de acuerdo con los supuestos del modelo de Cournot

⁵² Ver al respecto «Horizontal Merger Guidelines». U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines>

⁵³ President's Council of Economic Advisers. «Economic Organization and Competition Policy». En: Yale Journal on Regulation. p. 541, 2002. Siguiendo los postulados de Ronald Coase y a propósito de los ajustes organizacionales de las empresas, se destaca que las fusiones verticales constituyen un mecanismo eficiente para remover las distorsiones en los precios que se generan como consecuencia de agregar su propio margen de ganancia en las transacciones de diversas empresas en la cadena de producción y comercialización. En efecto, la eliminación de los dobles márgenes de ganancia puede conllevar a una reducción en los precios finales. Ver también al respecto TIROLE. Op. Cit. pp. 174-175.

-es decir si cada una de ellas selecciona el nivel de producción que maximiza sus ganancias asumiendo que las empresas rivales mantendrán su nivel de producción- el resultado será una solución de equilibrio simétrico. Dado que « $Q = nq$ » se obtiene que el precio de equilibrio y la cantidad producida por cada empresa quedan definidas, respectivamente, por:

$$q = \frac{1-c}{n+1} \quad p = 1 - nq = c + \frac{1-c}{n+1}$$

Asimismo, las ganancias que obtiene cada empresa pueden expresarse con la siguiente ecuación:

$$\pi = \frac{(1-c)^2}{(n+1)^2}$$

En este modelo estático relativamente simplificado, cuando el número de empresas « n » tiende al infinito, el precio tiende a ser igual al costo marginal⁵⁴. Este es precisamente el resultado que se obtiene en competencia perfecta. En este modelo y bajo los supuestos señalados el precio está negativamente correlacionado con el número de empresas. Por lo tanto, cuanto mayor es el grado de concentración, es decir cuanto menor es el número de empresas, mayor es el precio y menor es la cantidad producida. Asimismo, a medida que el número de empresas aumenta las ganancias tienden a cero. Bajo los supuestos de este modelo, en particular cuando las empresas operan con funciones de costos idénticas, el aumento en la concentración también reduce el nivel de bienestar social (definido como la suma del excedente del productor y del consumidor).

Es posible extender fácilmente este razonamiento a un contexto dinámico, a fin de considerar las interacciones estratégicas entre empresas cuando ellas tienen lugar de manera recurrente. Consideremos ahora una situación hipotética, en la cual las empresas interactúan de acuerdo a los supuestos del modelo de oligopolio de Bertrand: las empresas producen un bien idéntico y fijan el precio que maximiza sus ganancias, dado el precio fijado por las empresas rivales. Una de las soluciones de equilibrio en este modelo corresponde con la colusión tácita o no explícita, con un precio mayor al costo marginal.

La colusión tácita se sostiene por el temor a las represalias que las empresas rivales impondrían a la empresa que reduce unilateralmente el precio. Estas represalias se expresan en una guerra de precios. Si la

tasa de descuento temporal es suficientemente baja como para que las ganancias futuras tengan una magnitud significativa, la magnitud de las ganancias que una empresa individual pierde al disminuir unilateralmente el precio, como resultado de las represalias de las empresas rivales, es mayor cuanto menor es el número de empresas, y viceversa. Por ello la colusión tácita puede sostenerse con mayor facilidad con un menor número de empresas⁵⁵. Esto último, también cabe destacar, depende precisamente de la magnitud de las sanciones que las empresas rivales pueden imponer a la empresa que reduce el precio con respecto a su nivel colusorio.

Al respecto es del caso advertir que algunos de los cambios generados por las reformas estructurales que se pusieron en marcha en el Perú durante la década pasada, pueden haber elevado las posibilidades de colusión entre las empresas. En efecto, la reducción del ritmo inflacionario permite una mayor visibilidad de los precios y en esa medida facilita el funcionamiento del mecanismo central que sustenta la colusión (la amenaza de represalias entre las empresas rivales). De otro lado, la reducción gradual en las tasas de descuento temporal ha elevado la ponderación de los ingresos futuros en el cálculo del valor presente y en la evaluación de las estrategias de precios, elevando el costo de desviarse de los acuerdos oligopólicos. Las posibilidades de colusión también habrían aumentado en aquellas industrias afectadas por la renovación de maquinaria y equipos, en la medida en que dicha renovación ha dado lugar a la adopción de estándares comunes y a la reducción de las asimetrías de costos, facilitando la coordinación en torno a un precio de equilibrio⁵⁶.

De otro lado, la teoría de la acción colectiva también sugiere la existencia de una relación positiva entre el grado de concentración y el precio de equilibrio. En efecto, en la medida en que la concentración del mercado reduce el número de agentes de decisión, las dificultades y los costos de coordinar y llegar a acuerdos que benefician a todo el grupo -el ejercicio colectivo del poder de mercado- disminuyen cuando se eleva la concentración⁵⁷.

Si se modifican los supuestos del modelo presentado, en particular si se asume que las empresas no son igualmente eficientes (operan con funciones de costo distintas), o si existen economías de escala, no hay razón para suponer que un aumento en la concentración necesariamente reduce el bienestar. En efecto, bajo los supuestos del modelo de Cournot, cuando las empresas

⁵⁴ TIROLE, Jean. Op.Cit. p. 220.

⁵⁵ Ibid. p. 247.

⁵⁶ TÁVARA, José Ignacio. Op.Cit. pp. 463-467.

⁵⁷ OLSON, Mancur. "The Logic of Collective Action - Public Goods and the Theory of Groups". Cambridge: Harvard University Press, 1965.

más grandes operan con menores costos marginales, el bienestar puede aumentar si una producción total determinada es redistribuida hacia estas firmas grandes desde empresas pequeñas menos eficientes, aun cuando esta redistribución eleve la concentración⁵⁸.

Sin embargo, en términos generales las operaciones de fusión de empresas que elevan la concentración provocan un incremento en el precio. La excepción está dada cuando las empresas que se fusionan generan sinergias entre ellas, aun cuando las mismas deban alcanzar niveles elevados para que la fusión efectivamente provoque una disminución en el precio. Las sinergias se presentan cuando las empresas que se fusionan pueden recombinar sus activos para mejorar su capacidad de producción conjunta⁵⁹.

Algunos analistas sostienen que el objetivo central de las políticas de competencia consiste en maximizar el excedente de los consumidores y no el bienestar (que incluye, además, las ganancias brutas identificadas con el excedente de los productores)⁶⁰. Sin embargo, pocos economistas están dispuestos a ignorar las ganancias en el análisis del impacto en las fusiones. El argumento es que si bien la propiedad directa del *stock* de capital está concentrada en los sectores más ricos, muchas personas son también propietarias de las empresas, indirectamente, vía su participación en los fondos de pensiones.

Este argumento no parece tener tanto sustento en países como el Perú, en los cuales la riqueza constituida por los activos de las empresas formales está muy concentrada y el accionariado difundido no ha alcanzado la importancia que le atribuyen sus promotores. El tamaño del denominado «sector informal» en el Perú es aún elevado, y los fondos privados de pensiones tienen pocos años de existencia y una magnitud aún limitada, como resultado, además, de una base relativamente reducida de trabajadores formales afiliados. Bajo estas condiciones, y a medida que la equidad sea considerada un criterio relevante en el diseño de las políticas de competencia, la prohibición de las concentraciones cuando ellas provocan un aumento en los precios y una reducción del excedente del consumidor, aun cuando también eleven las ganancias y el excedente del productor en una magnitud mayor, puede constituir una opción razonable.

En síntesis, un aumento en la concentración eleva los precios y reduce tanto el excedente del consumidor como el bienestar en general, siempre que dicho aumento en la concentración no esté acompañado de sinergias y economías de escala que provoquen un aumento de ganancias de una magnitud suficiente, como para contrarrestar y compensar la contracción del excedente del consumidor.

5. CONCLUSIONES Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

La normativa peruana, a diferencia de la mayoría de países del mundo que cuentan con normas *antitrust*, no contiene disposiciones específicas sobre el control de concentraciones empresariales. En sus estadios iniciales, tanto en EEUU como en la Unión Europea el control de las concentraciones no estuvo expresamente contemplado en la legislación, aun cuando se adoptó posteriormente.

En el Perú ocurre algo similar. Nuestra normativa, salvo en el sector eléctrico, no cuenta con disposiciones específicas sobre control de fusiones y concentraciones. Empero, tenemos una peculiaridad, ha predominado una posición claramente opuesta al control de las concentraciones. Ello ha sido en términos absolutos y con vocación de permanencia.

En general, la mayoría de las fusiones no presentan mayores problemas, pues mejoran o son neutrales en relación con las condiciones de competencia. La política y la legislación sobre control de fusiones deben diseñarse de tal forma que se eviten demoras innecesarias en la autorización de este tipo de fusiones. Estos retrasos imponen barreras arbitrarias a la realización de transacciones que, en última instancia, contribuyen a elevar la eficiencia, facilitar el desarrollo de los mercados y mejorar el bienestar de la sociedad.

Sin embargo, en algunos casos las fusiones pueden afectar negativamente las condiciones de competencia en el mercado. En ausencia de mecanismos de evaluación y control previo, estas fusiones reducen el bienestar de la sociedad. En realidad, es muy difícil y costoso revertir una fusión una vez que ésta ya se ha producido, tanto como «separar la yema de la clara en los huevos revueltos».

⁵⁸ FARRELL, Joseph y Carl SHAPIRO. «Horizontal Mergers: An equilibrium analysis». The American Economic Review. Marzo 1990.

⁵⁹ Puede ocurrir que la empresa fusionada sea capaz de asignar mejor la producción entre sus instalaciones (racionalización). Pero si las posibilidades de producción de la empresa fusionada no son diferentes de aquellas que tenían las empresas antes de fusionarse, entonces no existen sinergias sino simplemente una reasignación del capital o capacidad instalada, que no altera el *stock* total de capital disponible. Ver al respecto FARRELL y SHAPIRO. Op. Cit.

⁶⁰ Tanto en los EEUU como en Europa, el objetivo de las agencias responsables del control de las concentraciones es el bienestar del consumidor. Por ejemplo, la legislación Europea establece que la autoridad competente (*Merger task force*) solamente debe preocuparse por las restricciones a la competencia y que las ganancias de eficiencia constituyen un elemento a considerar sólo cuando los consumidores no resultan afectados. En la legislación de los EEUU el bienestar de los consumidores también tiene primacía. Algunos autores observan que es posible formular un argumento racional para sustentar esta opción, apelando a las «fallas en la regulación». Ver al respecto RÖLLER, Lars-HENDRIK y Christian WEY. «Merger Control in the New Economy». Artículo presentado en el Kiel Workshop on the Microeconomics of the New Economy. Kiel, 21-22 de setiembre de 2001.

La legislación sobre control de las fusiones debe por lo tanto distinguir, con la mayor claridad posible, las fusiones que pueden deteriorar las condiciones de competencia y el bienestar, de aquellas que no son motivo de preocupación. En este último caso las fusiones deben proceder sin retraso y sin obstáculos.

¿En qué casos y bajo qué circunstancias existe la obligación de notificar y solicitar autorización para una fusión? La legislación debe establecer con claridad los umbrales a partir de los cuales la notificación es obligatoria, así como también los plazos para presentar la notificación. Se trata de reducir al mínimo la lentitud burocrática, así como de facilitar la entrega de la información relevante que las autoridades necesitan para tomar una decisión. Los procedimientos deben ser transparentes, equitativos y amigables. De otro lado, la legislación puede identificar también el tipo de remedios o condiciones que la autoridad puede exigir para autorizar una fusión, cuando esta fusión pueda deteriorar las condiciones de competencia en el mercado.

No se trata entonces de negarse por principio al control de las concentraciones empresariales, ni tampoco de irse al otro extremo de pretender regular y controlar todas las operaciones de concentración. Se trata de "estabilizar el péndulo", adoptando un marco normativo razonable y consistente, adecuado al nuevo contexto económico a escala global.

Finalmente, es oportuno destacar que si bien la oposición al control de las concentraciones empresariales que se observa en el Perú representa un caso único que no tiene sustento en la doctrina ni en la teoría, resulta claramente funcional a los intereses de los grandes grupos económicos. Esta oposición ha dado lugar a un vacío que afecta la coherencia del marco normativo de la libre competencia, comprometiendo las posibilidades de desarrollo y bienestar, con equidad y gobernabilidad. Por ello, resulta indispensable aprender de las valiosas lecciones que nos ofrecen la historia y la jurisprudencia del *antitrust*.

ANEXO

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Andrade, Gregor, Mark Mitchell y Erik Stafford «New evidence and Perspectives on Mergers». *Journal of Economic Literature*, Vol. 15 (Spring 2001: 103-120).

Armstrong, M., S. Cowan y J. Vickers. "Regulatory Reform - Economic Analysis and British Experience". Cambridge: The MIT Press, 1994.

Bork, Robert. «Legislative History and the Policy of the Sherman Act». *Journal of Law and Economics* 7, 1966.

Bower J. «Not All M&As are Alike - and That Matters» *Harvard Business Review*, (March 2001: 93- 101).

Caves R.E. y M. Porter. «From Entry Barriers to Mobility Barriers». *Quarterly Journal of Economics*. (Mayo 1977).

Dewatripoint, Mathias y Patrick Legros. «Mergers in Emerging Markets with Network Externalities: The Case of Telecoms». Discussion Paper FS IV 00-23, Université Libre de Bruxelles, 2000.

Gilbert, Richard y Michael Katz. «An Economist Guide to U.S. vs Microsoft». *Journal of Economic Perspectives* Vol. 15, No. 2 (2001: 25-44).

Hamner, Kenneth. «The globalization of law: international merger control and competition law in the United states, the European Union, Latin America and China». *Journal of Transnational Law & Policy* (Spring 2002: 385-405), Vol.11, No.2.

International Telecommunications Union. «Effective Regulation. Trends in Telecommunication Reform 2002». Geneva: ITU, 2002.

Laffont, Jean Jacques y Jean Tirole. "Competition in Telecommunications". Cambridge: The MIT Press, 2000.

Le Blanc, Gilles y Howard Shelanski. «Merger Control and Remedies Policy in Telecommunications Mergers in the E.U and U.S». *Ecole des Mines de Paris*, <http://intel.si.umich.edu/tprc/papers/2002/122/TPRCTelecomMergers.pdf>

MacCraw, Thomas. "Prophets of Regulation". Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1984.

Pautler, Paul. "Evidence on mergers and acquisitions". Mimeo (2001).

Perry, Martin. «Vertical Integration: Determinants and Effects». En Schmalensee y Willig Eds. *Handbook of Industrial Organization*. Amsterdam: North Holland, 1989.

Pittman, Russel. "Competition law and policy in the United States". Mimeo (1998).

Shleifer, Andrei y Robert Vishny. «Stock Market Driven Acquisitions». Working Paper, Harvard University (2002).

Stephen, Martín (Ed.). "Competition policies in Europe". North-Holland (1998).

Van Fleet, Allan. «Mergers and Acquisitions in Mexico». *Antitrust Spring* 2001: 39-44.

ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCIA
ABOGADOS

MIRANDA & AMADO
ABOGADOS

CONSTRUYENDO UNA ESTRATEGIA COMÚN: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

Alejandro Falla *
Eduardo Quintana **

La realidad puede en muchos casos ir mas lejos que la ficción, esta es una frase que puede definir la impotencia de muchos países ante la imposibilidad de sancionar diversos actos que se encuentran más allá de su jurisdicción, pero que sin embargo los afectan de sobre manera.

Es debido a esta imposibilidad que se vienen gestando -hace varios años- organismos supranacionales que puedan dejar atrás el fantasma de la impunidad, un ejemplo de ello es la Comunidad Andina, en la cual la integración de los mercados de la región tiene como finalidad desarrollar el mercado andino, evitar que se cometan perjuicios a éste y, en caso se presentaran, estar en la posibilidad de sancionarlos.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Regulación por la London School of Economics and Political Science. Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicadas - IDEAS. Profesor de la Maestría de Derecho y Empresa y de la Maestría de Regulación de Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC y de la Universidad de Piura.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido abogado de la Gerencia de Relaciones Empresariales y Secretario Técnico del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

Los procesos de integración de los mercados han llevado consigo la aparición de una diversidad de nuevos problemas. Uno de ellos es precisamente el referido a los comportamientos anticompetitivos de los agentes del mercado, quienes suelen desarrollar conductas que no sólo distorsionan la competencia en el mercado, sino eventualmente impiden u obstruyen el proceso mismo de integración.

La eliminación de las prácticas anticompetitivas en el marco de los procesos de integración, si bien requiere de un marco institucional a nivel de los países miembros que soporte el proceso de competencia al interior de los mercados nacionales, también requiere de un marco institucional a nivel supra nacional que permita perseguir y sancionar aquellas conductas que afectan directamente el proceso de integración y que, por distintas circunstancias, no pueden ser “capturados” por el marco institucional propio de los países miembros.

El marco institucional de defensa de la competencia a nivel Andino –básicamente recogido en la Decisión 285- ha revelado poseer innumerables debilidades y falencias. En los hechos se ha registrado una escasa utilización de los mecanismos institucionales existentes por parte de los agentes afectados por las prácticas anticompetitivas.

Resulta imposible determinar *a priori* cuanto ha afectado al desarrollo de la competencia a nivel andino y al desarrollo del proceso de integración mismo, la existencia de un marco institucional débil en defensa de la competencia. Lo único cierto es que, a diferencia de lo sucedido en otros procesos de integración, el derecho de competencia andino no constituye un instrumento que haya contribuido al logro del objetivo de la integración a través de la eliminación de aquellas conductas anticompetitivas orientadas a segmentar los mercados.

A continuación se realiza una breve descripción del derecho de la competencia comunitario, así como una reseña de los casos más importantes que en ésta materia han sido resueltos por la Secretaría de la Junta. Finalmente, se hace una revisión del proceso dirigido a la reforma de la Decisión 285 y de los acuerdos alcanzados a nivel de los expertos gubernamentales.

1. PRINCIPALES ASPECTOS DE UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA REGIONAL

El adecuado funcionamiento de una política de competencia depende, en gran medida, del marco institucional que la sustenta. Por ello, el diseño de las

normas legales que forman parte de dicho marco institucional es crucial para el éxito de la política de competencia, en especial, cuando ésta no sólo requiere armonizar intereses disímiles sino también realidades económicas y sociales distintas, como sucede con las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina de Naciones.

Sin pretender que la siguiente descripción sea exhaustiva, a continuación se desarrollan los principales aspectos que debería abordar un sistema de defensa de la competencia de ámbito regional, para efectos de analizar posteriormente si las normas comunitarias andinas los cubren adecuadamente.

1.1. Objetivo

Un aspecto básico que debe definirse al establecer el sistema de defensa de la competencia es el objetivo u objetivos que se persiguen a través del mismo. Existe acuerdo en que la política de competencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento para lograr otros objetivos de relevancia para la sociedad. Sin embargo, la experiencia internacional indica que no existe consenso sobre cuáles deben ser estos objetivos.

En general se entiende que la política de competencia busca proteger el proceso competitivo mismo, eliminando o evitando las restricciones que tiendan a obstaculizar su desarrollo. Bajo esta concepción, la competencia es un mecanismo para lograr una asignación eficiente de recursos, dirigiéndolos de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Sin embargo, también se registran otros objetivos complementarios como la protección de la pequeña y mediana empresa frente a las de mayor envergadura, el mantenimiento de la justicia y equidad en el mercado, el mantenimiento del sistema de libre empresa, entre otros.

Asimismo, en el ámbito de las políticas de defensa de la competencia a nivel regional también se considera como objetivo primordial el fortalecimiento de la integración económica de los mercados – países – involucrados¹. Así sucede, por ejemplo, con la Comunidad Europea, donde la política de competencia funciona como mecanismo para impulsar la integración económica al facilitar la libre circulación de personas, bienes y capitales en el mercado común; para evitar que los particulares restablezcan barreras para impedir la entrada de agentes económicos en sus respectivos mercados

nacionales; y para promover la eficiencia, la innovación y los precios más bajos².

Como resulta evidente luego de la enumeración anterior, en determinadas circunstancias pueden existir conflictos entre los objetivos de la política de competencia. En tal caso, debe tenerse en cuenta que entre los fines más comúnmente aceptados se encuentra el lograr la eficiencia económica. Sin embargo, debe agregarse que, incluso entre los que aceptan como objetivo principal el de la eficiencia, existe discusión respecto de si la misma implica únicamente el bienestar del consumidor o el bienestar económico general, aunque puede afirmarse que normalmente la política de competencia hace mayor énfasis en el primero³.

1.2. Instrumentos

Un segundo aspecto que debe considerarse en el diseño de las normas de libre competencia son los instrumentos de política que pueden aplicarse a nivel regional. Los instrumentos regularmente utilizados dentro de una política de competencia suelen ser de dos tipos: aquellos

que implican la sanción -algunas veces de carácter penal- de ciertas conductas (acuerdos entre competidores, ciertos acuerdos entre empresas no competidoras y ciertas conductas desarrolladas por empresas con posición de dominio en el mercado)⁴ y aquellos que implican un control sobre la estructura de los mercados⁵. El debate sobre el alcance que deben tener dichos instrumentos dentro de la política de competencia se da a distinto nivel.

Por un lado, la condena de las prácticas colusorias, tales como la concertación de precios entre competidores, no ocasiona mayor discusión, debido a la mala asignación de recursos que generan, por lo que se asume el criterio de la ilegalidad 'per se'⁶. Sin embargo, conductas empresariales como las restricciones verticales⁷ o el abuso de posición de dominio⁸ dan lugar a mayores debates sobre los criterios a considerar para su prohibición, en tanto que no sólo pueden generar una restricción de la competencia sino también diversas eficiencias. Por ello, la regla generalmente aceptada es la evaluación caso por caso, considerando los efectos de la práctica de acuerdo a la sana crítica⁹, lo que se conoce como el criterio de la 'regla de la razón'.

² BELLAMY, Ch. y G. CHILD. "Derecho de la Competencia en el Mercado Común". Madrid: Editorial Civitas S.A. 1992. pp. 38-40. KORAH, Valentine. "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice". Great Britain: Hart Publishing. 1999. pp. 1 y 10. La importancia que adquiere la política de competencia dentro del conjunto de medidas de nivel regional de la Comunidad Europea se refleja en la consideración que tiene en las normas comunitarias de mayor jerarquía, por ejemplo en el Tratado de Roma, norma fundamental de la Comunidad Económica Europea. Al respecto, el Tratado de Roma no sólo contempla como principio básico el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común (artículo 3 inciso f), sino que además contiene una sección dedicada por completo al desarrollo de los aspectos que cubre la política de competencia, prohibiendo expresamente, entre otros, las prácticas colusorias (artículo 85), los actos de abuso de posición de dominio (artículo 86) y las ayudas estatales (artículos 92-94). La numeración de los artículos citados en la versión actual del Tratado de Roma, según el Tratado de Amsterdam (1999), es la siguiente: artículos 3 inciso g), 81, 82 y 87-89, respectivamente.

³ Al respecto, Khemani ha señalado lo siguiente: "Consumer welfare increases when firms expand output and consumers pay lower prices. Producer welfare increases when firms can earn higher profits by charging higher prices. A total welfare approach entails evaluating the actual and potential net gains to both consumers and producers. For example, reduced output may increase prices, firm profits, and producer welfare while lowering consumer welfare. However, total economic welfare including consumer welfare may increase if higher firm profits are reinvested to gain dynamic efficiencies in terms of better production technology and/or improved product quality and service which lead to increased output and consumption. A stringent consumer welfare maximization approach to competition may foster static efficiencies at the cost of dynamic efficiencies". KHEMANI, Shyam. "The role and Importance of Competition Advocacy in Promoting Competition". Emerging Market Economy Forum: Workshop on Competition Policy and Enforcement. Argentina. 1996. p. 3.

⁴ Sistema para sancionar - ex post - prácticas que restrinjan la competencia cuando éstas se han producido en el mercado y pueden evaluarse sus efectos perjudiciales sobre el mismo.

⁵ Su finalidad es prevenir - ex ante - la formación de empresas, normalmente a través de las fusiones o adquisiciones, con un poder de mercado tal que eventualmente les permita incurrir a futuro en prácticas monopolísticas.

⁶ Colusión. "La Colusión se refiere a la combinación, la concertación o los acuerdos entre vendedores para elevar o fijar los precios y reducir la producción con el fin de aumentar la utilidad. A diferencia del término cartel, la colusión no necesariamente requiere de un acuerdo formal entre los miembros, sea éste público o privado. No obstante, es necesario anotar que los efectos económicos de la colusión y del cartel son los mismos y a veces se utilizan los términos indistintamente. La colusión entre empresas para aumentar o fijar los precios y reducir la producción es considerada por la mayor parte de las autoridades como la violación única más grave de las leyes sobre competencia". KHEMANI, R.S. y SHAPIRO, D. M. "Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes de Competencia". Washington, D.C., USA. Banco Mundial y OECD, 1996. p. 7.

⁷ Restricciones verticales. "Se refiere a ciertos tipos de prácticas por parte de los fabricantes o proveedores que se refieren a la reventa de sus productos. Las prácticas habituales adoptadas a este respecto son las restricciones al mantenimiento del precio de reventa (MPR), la distribución exclusiva, el territorio exclusivo o las restricciones al mercado geográfico. Bajo la distribución exclusiva y/o territorio exclusivo, un solo distribuidor es el único que obtiene los derechos de un fabricante para comercializar el producto. La literatura económica refleja que hay un amplio debate sobre si esto confiere poder de monopolio al distribuidor". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 55.

⁸ Abuso de posición dominante. "Prácticas comerciales anticompetitivas en las cuales se puede comprometer una empresa dominante con el objeto de mantener o mejorar su posición en el mercado. Estas prácticas comerciales de la empresa, aunque no exentas de controversia, se pueden considerar como la 'explotación abusiva e impropia' del control monopolista de un mercado, encaminada a restringir la competencia (...) las prácticas comerciales impugnadas en casos reales en diversos países, aunque no siempre con resultados judiciales positivos, incluyen las siguientes: precios irracionales o excesivos, discriminación de precios, precios irrisorios, presión sobre los precios por parte de las empresas integradas, negativa a distribuir/vender, ventas condicionadas o agrupación de productos, y la apropiación excluyente de recursos". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 1.

⁹ Sana Crítica. "Un enfoque jurídico utilizado por las autoridades o tribunales de la competencia mediante el cual se intenta evaluar los rasgos pro-competitivos de una práctica comercial restrictiva contra sus efectos anticompetitivos, con el objeto de decidir si tal práctica debe prohibirse o no. Probablemente se descubra, después de realizar un análisis, que algunas restricciones del mercado que *prima facie* dan lugar a asuntos relacionados con la competencia tienen beneficios válidos que aumentan la eficiencia. Por ejemplo, un fabricante puede restringir la oferta de un producto en diferentes mercados geográficos sólo a los minoristas existentes para que puedan obtener mayores utilidades y tener el incentivo de hacer publicidad del producto y prestar mejor servicio a los clientes. Esto puede tener el efecto de aumentar la demanda del producto del fabricante aun más que el incremento en la cantidad demandada a un precio inferior. Lo contrario de la sana crítica es declarar algunas prácticas comerciales ilegales *per se*, o sea, siempre ilícitas. En muchas jurisdicciones los acuerdos de fijación de precios y el mantenimiento del precio de reventa son *per se* ilícitos." KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 55.

De otro lado, en cuanto a los instrumentos del control de estructuras, se discute si la concentración del mercado¹⁰ es conveniente o no para el desarrollo del proceso competitivo, en particular cuando la misma es consecuencia de fusiones u otros actos horizontales y verticales¹¹. Existen dos aproximaciones al problema de la concentración del mercado. La primera de ellas se sustenta en el sistema de prohibición absoluta, a través del cual se establece que una empresa no puede alcanzar determinada participación de mercado a través de operaciones de fusión, adquisición u otras de naturaleza similar. La segunda aproximación es una prohibición relativa, según la cual se sujeta dichas operaciones al control y autorización del Estado en base al análisis costo-beneficio de las mismas, lo que permite analizar las eficiencias que podrían generar¹².

Debe agregarse que entre los temas de la política de competencia que mayor énfasis han adquirido desde el punto de vista de su aplicación a nivel internacional, es decir, en contextos de mercados ampliados, se encuentran las prácticas colusorias y la autorización de fusiones y adquisiciones de empresas. Ello se debe a que dicho tipo de prácticas u operaciones de concentración empresarial son las que mayor impacto tienen en el comercio¹³.

1.3. Ámbito de aplicación

El tercer aspecto relevante para el diseño de un sistema normativo de defensa de la competencia de nivel regional es el referente a su ámbito de aplicación. Es decir, la definición de los sujetos comprendidos y las prácticas prohibidas por tales normas.

En cuanto a los sujetos comprendidos, las normas pueden ser de aplicación sólo a las empresas, privadas y/o estatales, o también a los propios Estados. Sobre esto último, debe tenerse en cuenta que en varios

casos son los propios Estados quienes generan las mayores restricciones a la competencia regional, ya sea imponiendo barreras de acceso en el mercado local a empresas de otros países de la región o beneficiando directa o indirectamente a las empresas nacionales.

Respecto de las prácticas prohibidas, las normas de competencia regional deben dirigirse a combatir aquellas conductas que involucren a dos o más países de la región, en tanto que aquellas que involucren un sólo país quedan sujetas a las leyes nacionales. Sin embargo, definir en qué supuestos se encuentran involucrados dos o más países puede resultar bastante complicado. Una concepción amplia considerará que existen dos países involucrados si la práctica se origina en uno y tiene efectos en otro país de la región. Una concepción más restringida considerará que existen dos países involucrados solamente si la práctica ocasiona efectos en dos o más países de la región. Al respecto, no debe olvidarse que una adecuada definición del ámbito de aplicación no sólo debe preocuparse por que los supuestos cubiertos sean distintos a los previstos por las leyes internas de cada país, sino especialmente por que sean aquellos que no pueden ser enfrentados a través de estas últimas.

1.4. Entidad o entidades encargadas de su aplicación

Finalmente, un cuarto aspecto de relevancia, está referido a las facultades de las instancias regionales para la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Si bien se trata de un tema práctico, no deja de ser importante definir con certeza las funciones que corresponden a los órganos regionales de defensa de la competencia y la relación que mantienen con las agencias de competencia nacionales.

¹⁰ Concentración. "La concentración es en qué medida un número reducido de empresas o compañías representan una gran parte de la actividad económica, como las ventas totales, las propiedades o el empleo. Existen por lo menos cuatro conceptos claramente definidos dentro del término concentración: (...). Concentración de la Industria o el Mercado (definida a veces como concentración del vendedor) que mide la posición relativa de las empresas grandes en el suministro de productos o servicios específicos como automóviles o préstamos hipotecarios. La tesis que subyace a la medición de la industria o la concentración del mercado es la teoría económica de la organización industrial que sugiere que, entre otras cosas, una alta concentración del mercado conduce a que las empresas se comprometan en actividades monopolistas, lo cual origina una mala asignación de recursos y un mal rendimiento económico. Dentro de este contexto, la concentración del mercado se utiliza como posible indicio de poder sobre el mercado". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 13.

¹¹ Fusión Horizontal. "Fusión entre compañías que producen y venden los mismos productos, v.g., entre compañías competidoras. Si su tamaño es grande, las fusiones horizontales pueden reducir la competencia en un mercado y las autoridades encargadas de la competencia suelen supervisarlas. Las fusiones horizontales pueden verse como una integración horizontal de compañías en un mercado o entre mercados". Fusión vertical. "Una fusión entre compañías que operan en diferentes etapas de producción, o sea, desde materia primas hasta productos terminados y su distribución. Un ejemplo sería una siderúrgica que se fusiona con una empresa productora de hierro. Las fusiones verticales generalmente aumentan la eficiencia económica, aunque algunas veces pueden tener un efecto anticompetitivo". KHEMANI y SHAPIRO. Op. Cit., p. 32.

¹² Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) – The World Bank. A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. United States of America, 1998. pp. 5-7.

¹³ Un equipo especial de investigación liderado por Eleanor Fox determinó que entre los aspectos de la política de competencia que mayor importancia tendrían en el futuro, por sus implicancias y efectos sobre el comercio, eran el *enforcement* internacional anticárteles y la investigación de operaciones de concentración empresarial con efectos sobre distintos países. Ello se debe a que este tipo de conductas o actos representan un serio peligro para el mercado y requieren de una estrecha colaboración entre las agencias de competencia nacionales, así como de convenios de cooperación internacional para hacer efectivos los pronunciamientos, prohibiciones y eventuales sanciones que pudieran imponerse en los procedimientos correspondientes. U.S. Department of Justice, Antitrust Division. International Competition Policy Advisor Committee, Final Report 2000. Washington, 2001. Al respecto, puede señalarse que si las prácticas colusorias y las autorizaciones de fusiones y adquisiciones internacionales de empresas constituyen aspectos de tanta importancia para efectos de la cooperación internacional entre agencias de competencia nacionales, con mayor razón lo son para efectos de establecer un sistema de defensa de la competencia de nivel regional o comunitario.

La definición expresa y detallada de las funciones de cada uno de dichos órganos y de sus ámbitos de acción, en lo que toca a la aplicación de las normas de libre competencia, garantiza que las labores de los órganos regionales y nacionales sean complementarias. De lo contrario, podrían generarse diversos riesgos, ya sea por fricciones en el funcionamiento del sistema, retraso de las investigaciones por duplicidad de funciones, o problemas por el exceso de injerencia de las autoridades regionales sobre los casos de índole nacional¹⁴.

En tal sentido, deben otorgarse las facultades de investigación requeridas para analizar conductas de la complejidad de las prácticas restrictivas de la competencia, tanto para el inicio de las investigaciones como para la obtención de la información y pruebas requeridas. Asimismo, es fundamental dotar a los órganos regionales de las facultades coercitivas y punitivas suficientes para la ejecución de las decisiones que se emitan al final de procedimiento. De lo contrario, el sistema de defensa de la competencia a nivel regional resultaría inoperante.

2. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

El establecimiento de normas destinadas a evitar las prácticas que distorsionan la competencia a nivel de la Comunidad Andina se encuentra relacionado con uno de los principales objetivos del Acuerdo de Cartagena. Dicho objetivo es la formación de un mercado común latinoamericano, cuyo fin último es procurar la mejora del nivel de vida de los habitantes de la subregión¹⁵.

Este objetivo general del Acuerdo de Cartagena ha sido reiterado y desarrollado mediante sucesivas declaraciones de los Jefes de Estado de la Comunidad Andina, en el sentido de proponerse que el establecimiento del mercado común se dé a más tardar en el año 2005, lo que supone crear las condiciones necesarias para la libre circulación de personas, bienes y capitales en la subregión¹⁶.

El establecimiento de un mercado común supone la formación de un espacio económico ampliado en el territorio de los países miembros, en el cual circulen, libremente y sin restricciones, las personas y los bienes en condiciones análogas a las que regirían en un mercado nacional. Por ello, resulta necesario establecer instrumentos y políticas destinadas a evitar que las empresas y/o entidades públicas y/o privadas generen distorsiones a la competencia en dicho espacio económico ampliado¹⁷.

En tal virtud, el Acuerdo de Cartagena contempla en su sección denominada "competencia comercial" una amplia definición de lo que constituyen prácticas que pueden distorsionar la competencia en la región andina. En efecto, el artículo 105 del Acuerdo dispone lo siguiente: "Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como *dumping*, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones".

Como se advierte, la concepción contenida en el Acuerdo no distingue entre las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia y las medidas contra prácticas desleales del comercio, tales como el *dumping*.

En otros contextos, como el de la Comunidad Europea, las normas de *dumping* sólo se emplearon transitoriamente en las relaciones entre los Estados Miembros originales del Tratado de Roma, hasta la formación de la unión aduanera, y luego entre ellos y los nuevos Estados Miembros de la Comunidad. Se ha señalado que el uso más apropiado de las normas de *dumping* en un proceso de integración no es para el comercio entre los países miembros del acuerdo de integración sino para las relaciones con terceros países.

¹⁴ Sobre el particular, puede mencionarse, sólo a manera de ejemplo, que las relaciones entre la Comisión de la Comunidad Europea y las agencias de competencia nacionales europeas vienen siendo revisadas desde 1997, debido a los problemas ocurridos en la investigación de infracciones a las normas de libre competencia (duplicidad de funciones, ejecución de las resoluciones finales dependiente siempre de las agencias nacionales). Ver: Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE, DO C313, del 05 de octubre de 1997.

¹⁵ Acuerdo de Cartagena:

Artículo 1. "El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión".

¹⁶ Tal es el sentido de las Actas de Quito (setiembre de 1995), Sucre (abril de 1997), Guayaquil (abril de 1998) y Cartagena (mayo de 1999). Citadas por CASTRO BERNIERI, Jorge. "La Regulación de la Competencia en la Comunidad Andina". En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Madrid: Ediciones Informatizadas, Nº 207, 2000. p. 49.

¹⁷ Ibid., pp. 49-50. Castro Bernieri agrega también que el proceso de formación de un mercado común expone recíprocamente a los sectores productivos de los países miembros y a las empresas nacionales que funcionaban como un monopolio a una mayor competencia, por lo que es necesario crear las disposiciones legales requeridas para enfrentar las posibles restricciones a la competencia que trataran de imponerse.

Sin embargo, las normas de *dumping* se han utilizado en la CAN para el comercio intrasubregional andino sin darles un carácter transitorio¹⁸. De esta forma, las normas andinas sobre *dumping* protegen la industria nacional de los Países Miembros de la CAN y no directamente la competencia en el mercado ampliado. Es discutible entonces que se las incluya como parte de la política de competencia de la CAN¹⁹. Más aún si resulta menos costoso para los agentes involucrados en el libre comercio atacar las prácticas predatorias o de discriminación de precios que puedan generarse entre los países miembros de un acuerdo integración mediante normas de libre competencia en vez de hacerlo a través de normas *antidumping*²⁰.

De otro lado, si bien se reconoce que la creación de un mercado común supone la necesidad de reafirmar las normas que garantizan la libre competencia, también se ha planteado que la política de competencia debe adecuarse a las diferentes etapas en que se encuentre el proceso de integración. En tal sentido, el énfasis de la política de competencia sería diferente según el mercado ampliado se encuentre en la etapa de unión aduanera, con la aplicación de un arancel externo común, o en la etapa del mercado único, con la eliminación de los obstáculos físicos, técnicos y fiscales al comercio.

De acuerdo con esta opinión, durante la etapa de unión aduanera se eliminan las barreras arancelarias pero subsisten los obstáculos no arancelarios al comercio, además no se garantiza la libre circulación de recursos productivos primarios tales como la mano de obra y el capital. Por ello, las medidas comunitarias deben centrarse en atacar las ayudas estatales o las subvenciones que conceden los gobiernos a sus empresas nacionales, mientras que las normas de competencia deberían evitar que los comportamientos de las empresas segmenten el mercado. Sin embargo, en el mercado único el papel de las normas de libre competencia cobra mayor importancia, en especial en lo relativo al control de estructuras para evitar la concentración del mercado y las posiciones dominantes, así como en lo referente a la investigación de las restricciones verticales que pueden limitar sensiblemente

la competencia desde un punto de vista de un mercado común, por ejemplo, a través de la distribución exclusiva o la asignación de territorios exclusivos²¹.

Es dentro de dicha concepción sobre las normas de *dumping* y el distinto énfasis que se plantea para las políticas de competencia, que podría comprenderse la amplia definición contenida en el Acuerdo de Cartagena. No obstante, la falta de una distinción clara entre las prácticas desleales del comercio y las conductas restrictivas de la competencia, ha llevado a la confusión de los alcances de la política de competencia de la CAN. Esta confusión ha quedado plasmada en todas las decisiones que se han emitido hasta la fecha para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia dentro de la Subregión e incluso ha permitido la preeminencia de las normas de *dumping* por sobre aquellas destinadas a evitar las prácticas restrictivas de la competencia.

La primera de ellas fue la Decisión 45, adoptada por la Comunidad Andina en diciembre 1971 al amparo del artículo 105 del Acuerdo de Cartagena. Esta Decisión prohibía el *dumping*, las subvenciones, las restricciones a las exportaciones y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Esta decisión estaba principalmente orientada a evitar las prácticas desleales del comercio y contenía disposiciones de carácter general que estaban destinadas a acumular experiencia para luego ampliar y precisar sus alcances a medida que el proceso de integración así lo requiriera²².

Dieciséis años después, es decir, en diciembre de 1987, se emitió la Decisión 230 en sustitución de la Decisión 45. Las motivaciones de esta nueva Decisión fueron, entre otras, las siguientes: (i) perfeccionar los procedimientos de aplicación, haciéndolos más eficaces; (ii) establecer como requisito para la aplicación de medidas correctivas, la existencia de una relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio o amenaza de perjuicio; y, finalmente, (iii) incluir las prácticas cometidas desde el territorio de un tercer país o de un País Miembro²³.

El énfasis de esta Decisión se centró también en las prácticas desleales del comercio, puesto que contempló

¹⁸ CÁRDENAS, Manuel José. "Legislación sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena". En: Integración Latinoamericana. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, No. 196, diciembre de 1993. pp. 25 y 35.

¹⁹ Se ha discutido a nivel teórico si las normas de *dumping* pueden o deben ser reemplazadas por las normas de libre competencia. Ver, por ejemplo: MESSERLIN, Patrick. "Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?". En: World Competition Law and Economics Review. Vol. 18, No. 3, Marzo, 1995. pp. 37-54. MIRANDA, Jorge. "Should Antidumping Laws be Dumped?". En: Law and Policy in International Business. Georgetown: Georgetown University Law Center, Vol. 28, No. 1, otoño, 1996. pp. 255-288. MORGAN, Clarisse. "Competition Policy and Anti-dumping, Is it Time for a Reality Check?". En: Journal of World Trade. Geneva, Vol. 30, No. 5, Octubre, 1996. pp. 61-88. Para el Perú puede verse: SOTOMAYOR, Abdías. "El Modelo de la Comunidad Andina: Análisis y Propuestas". En: Themis, No. 42, pp. 96-100.

²⁰ TINEO, Luis. "Acceso a los Mercados e Integración Económica en América Latina: Consideraciones de Política de Competencia". En: Themis, No. 36, p. 25.

²¹ DEACON, D. y F. CABALLERO SANZ. "Integración Económica y Política de Defensa de la Competencia". Citado por CÁRDENAS. Op. Cit., p. 24.

²² ORTIZ, Graciela. "La Normativa Comunitaria en Materia de Libre Competencia en la Comunidad Andina", En: Themis No. 42, p. 157. Al amparo de la Decisión 45, el Gobierno de Colombia presentó en 1975 una solicitud para la aplicación de medidas contra las supuestas manipulaciones de precios realizadas por la empresa chilena Laja Crown S.A. Dicha solicitud fue denegada en setiembre de ese mismo año por la Junta del Acuerdo de Cartagena.

²³ Considerandos de la Decisión 230.

de forma expresa como prácticas que distorsionaban la competencia solamente el *dumping*, las manipulaciones indebidas de precios y las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas²⁴. Adicionalmente, como ya se ha mencionado, esta norma comunitaria introdujo el concepto de la relación de causalidad entre la práctica y el efecto perjudicial derivado de la misma, como elemento necesario para considerar dicha práctica como prohibida y sancionable²⁵. La Decisión 230 no tuvo aplicación en lo que a prácticas restrictivas de la competencia se refiere, en parte, debido a que estaba pensada para otro tipo de conductas, como lo demuestra el hecho de haberse incluido el concepto de relación de causalidad, que es propio de la normativa referente a *dumping*, mas no a otras ramas como el Derecho de la Competencia.

Como consecuencia de la amplitud con que el Acuerdo de Cartagena define las prácticas que pueden distorsionar la competencia, la Comunidad Andina no estableció en su verdadera dimensión los alcances de la política de competencia regional. Asimismo, tampoco ha definido correctamente los alcances de las normas para proteger la libre competencia, ni menos aun les ha dado la prioridad que tienen, por ejemplo, en la Comunidad Europea. Previamente ya se ha llamado la atención sobre estas limitaciones y la debilidad que ello significa para los ideales de integración y formación de un mercado común que tiene la Comunidad Andina²⁶.

En un intento de perfeccionar las normas referentes a prácticas que pueden distorsionar la competencia en la Subregión, en 1991 se emitieron tres Decisiones en las que se distinguió las diferentes conductas que constituyen prácticas desleales de comercio y prácticas

restrictivas de la competencia. En primer lugar, la Decisión 283, que regula las distorsiones que generan las prácticas de *dumping* y subsidios. En segundo lugar, la Decisión 284, relacionada con los problemas generados por las restricciones a las exportaciones. Finalmente, la Decisión 285, que establece las normas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia generadas por prácticas restrictivas de la competencia.

3. NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

La Decisión 285 define el sistema de defensa de la competencia al interior de la Comunidad Andina, desarrollando por primera vez en detalle las prácticas que restringen la competencia subregional, sin asimilarlas directamente con el *dumping*, aunque manteniendo algunas referencias esporádicas a las prácticas que perturban el abastecimiento de materias primas.

3.1. El sistema de defensa de la competencia andino

La Decisión 285 establece como prácticas restrictivas de la competencia, por un lado, los comportamientos colusorios entre empresas (acuerdos, actuaciones paralelas y prácticas concertadas), de tipo horizontal o vertical, y de otro lado, el abuso de posición de dominio, sea ésta última individual o conjunta²⁷. Entre las figuras expresamente prohibidas, la Decisión contempla cuatro supuestos específicos que se repiten como modalidades de comportamientos colusorios y de actos de abuso de posición de dominio y, además, una cláusula general definida muy escuetamente:

²⁴ Decisión 230:

Artículo 1. "Se consideran prácticas que distorsionan la competencia, entre otras, las siguientes: a) *Dumping*; b) Manipulaciones indebidas de los precios; c) Maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas; y d) Otras de efectos equivalentes".

²⁵ Decisión 230:

Artículo 7. "Para su pronunciamiento, la Junta deberá tener en cuenta la existencia de pruebas respecto a: a) La existencia de las prácticas que distorsionan la competencia señaladas en el artículo 1 de la presente Decisión; b) La existencia de un perjuicio grave o amenaza de un perjuicio grave, derivado de dichas prácticas en los términos del artículo 2; y, c) La relación de causa a efecto entre las prácticas y el perjuicio grave o la amenaza de perjuicio grave".

²⁶ Al respecto, Jatar y Tineo señalan lo siguiente: "The open regionalism approach adopted by the Andean Group free trade area - later transformed into customs union - envisaged the rebirth of a truly integrated market. Regional tariff and non-tariff barriers were progressively reduced. Policy harmonization on rules of origin, transportation, export subsidies, antidumping and countervailing duties, intellectual property rights, standards and investment, among others, supplemented the extended trade liberalization effort. Consistent with the market-oriented endeavors developed at the national level, the Andean Group project was oriented to promote firms' growth on the basis of international competitiveness and efficiency. Nonetheless, competition policy is still a missing link of the integration project. This absence is surprising as the Andean Group project has tried to be a mirror image of the European Union in every aspect. Actually, there is no policy that had proven to be more successful for Europe's market integration than competition policy. The European Union competition policy has focused on business restrictive agreements aimed at keeping segmented the supposed-to-be single market. Unfortunately, the Andean Group has not seen this broad picture. The only attempt to address competition issues has fallen short and has been useless. The Cartagena Agreement of 1969 does not contain rules on competition like Articles 85 and 86 of the Treaty of Rome". JATAR, A. y L. TINEO. "Competition Policy in the Andean Countries, the Ups and Downs of a Policy in Search of its Place" Conference U.S./Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices. Washington, 1997. p. 17.

²⁷ Decisión 285:

Artículo 3. "Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior, podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas. A efectos de la presente Decisión también se considera como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado (...)".

- La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, que resulte discriminatoria en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales.
- La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, así como las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir.
- La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- Otros de efecto equivalente.

Adicionalmente, la Decisión 285 prevé como modalidad específica de actuaciones colusorias el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas. Asimismo, contempla como modalidad específica de abuso de posición de dominio la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, como por ejemplo, el no abastecer insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final²⁸.

El ámbito de aplicación de la Decisión 285 son aquellas prácticas que tengan su origen en la Subregión o en las que participe una empresa que desarrolla su actividad económica en un país andino. Adicionalmente, se señala que las prácticas que no tengan efectos en la subregión quedarán sujetas a la legislación nacional. Aparentemente, el criterio adoptado por la norma andina es el origen de la

práctica unido al efecto regional. Es decir, aquellas prácticas derivadas de la actuación de empresas situadas en uno o más países andinos o de la actuación de empresas no situadas en la Subregión pero que afectan la Subregión²⁹.

Al igual que su antecesora, la Decisión 285 mantiene los mismos criterios de análisis, es decir, exige que se demuestre la existencia de la práctica restrictiva, el perjuicio o amenaza de perjuicio y una relación de causa y efecto entre la práctica y el perjuicio³⁰. Adicionalmente, se prevén algunos elementos de juicio que pueden tenerse en cuenta para la evaluación del perjuicio y de la relación de causalidad, tales como la evolución del volumen de comercio de los productos involucrados, las diferencias de precios existentes y los efectos sobre la producción y las exportaciones³¹.

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se aplican las reglas de competencia establecidas, son dos las instancias competentes en esta materia. Por un lado, la Secretaría General de la CAN – anteriormente Junta del Acuerdo de Cartagena – que actúa como primera instancia, iniciando la investigación si se presentan las pruebas y supuestos correspondientes y pronunciándose al final sobre la existencia de la práctica denunciada y la procedencia de medidas correctivas. Como segunda instancia actúa el Tribunal Andino de Justicia, ante quien se elevan las apelaciones contra las resoluciones de la Secretaría General.

Los procedimientos de investigación se inician a pedido de los Países Miembros o de empresas con legítimo interés. El plazo para que se emita un pronunciamiento definitivo es de dos meses prorrogable por dos meses adicionales, en los cuales la Secretaría General debe realizar las indagaciones que corresponda, contando para ello con el apoyo de los Países Miembros³².

Finalmente, de encontrar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, las medidas que pueden adoptarse son una declaración de prohibición y,

²⁸ Artículos 4 y 5 de la Decisión 285.

²⁹ Decisión 285:

Artículo 2. "Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro. Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión. Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva (...)."

³⁰ Artículo 12 de la Decisión 285.

³¹ Decisión 285:

Artículo 13. "La determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio y de la relación de causalidad con las prácticas restrictivas de la libre competencia, podrá basarse, entre otros, en el examen de: a) El volumen de comercio de los productos objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se ha modificado de manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado; b) Los precios de los productos o servicios objeto de las prácticas, en particular para determinar si son considerablemente diferentes a los precios de los productos o servicios similares en ausencia de las prácticas; y, c) Los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas, según se deduzca de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, distribución, participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios".

³² Artículos 6, 8, 10 y 11 de la Decisión 285.

adicionalmente, medidas correctivas para eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Estas últimas medidas podrán consistir en la autorización para que los Países Miembros donde la práctica tuvo efectos apliquen aranceles preferenciales –en relación con los compromisos arancelarios subregionales– a las importaciones de los productos afectados por la conducta prohibida. En cumplimiento de los pronunciamientos de la Secretaría General, los Países Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia³³.

3.2. Consideraciones sobre el sistema de defensa de la competencia andino

A pesar de los esfuerzos por establecer un sistema de defensa de la competencia y distinguirlo de las normas contra las prácticas desleales del comercio, la Decisión 285 mantiene aún confusiones al respecto y muestra diversas inconsistencias. Estos problemas se analizarán en función a los aspectos que debe incluir una política de competencia de nivel regional que han sido previamente desarrollados.

a) Regulación centrada más en el bienestar del productor que en la defensa de la competencia

Un primer aspecto que debe ser objeto de comentario son las confusiones de la Decisión 285 con las normas que regulan las prácticas de *dumping*, en particular en cuanto al objetivo perseguido por aquella norma comunitaria. De acuerdo con su propio texto, los principales objetivos de la Decisión 285 serían prevenir o corregir los perjuicios que las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener sobre la producción o las exportaciones y también evitar el retraso sensible para la creación de una producción nacional³⁴. Tales objetivos son, por lo general, inherentes a las normas que prohíben las prácticas de *dumping* y no a aquellas relacionadas con la libre competencia³⁵.

En tal sentido, una interpretación estricta de los términos de la Decisión 285 podría llevar a concluir

que su principal objetivo “no es el bienestar del consumidor”, que es comúnmente uno de los principales objetivos de toda norma de libre competencia, sino mas bien “el bienestar del productor”. Más aún si se tiene en cuenta que la Decisión 285 incluye como elementos de juicio para determinar si existe perjuicio o amenaza de perjuicio aspectos tales como la evolución del volumen de comercio de los productos involucrados, las diferencias de precios existentes y los efectos sobre la producción y las exportaciones³⁶. Este hecho fortalece la idea de que las normas de libre competencia de la CAN estarían inspiradas más por el deseo de buscar la protección de la industria de los Países Miembros, que por la búsqueda de la eficiencia en beneficio del consumidor.

Pero además, el objetivo de bienestar del productor no se encuentra expresamente vinculado con el bienestar económico total, como en todo caso debiera esperarse considerando que el establecimiento del mercado común, según el Acuerdo de Cartagena, busca como fin último mejorar el nivel de vida de los habitantes de la Subregión. Más aún, tampoco se encuentra definida como objetivo de la Decisión 285 la integración económica andina, lo cual resultaría conveniente para vincularla así, al menos indirectamente, con el objetivo del bienestar económico total.

b) Control de conductas: ausencias e inconsistencias

En cuanto a los instrumentos de política de competencia contenidos en la Decisión 285, según lo que se ha mencionado, los mismos se limitan a establecer medidas de control de conductas, en especial relacionadas con actos de abuso de posición de dominio y comportamientos colusorios. Existen serias críticas por la ausencia de medidas sobre control de estructuras en el sistema andino de defensa de la competencia. En particular, se señala que en la etapa de implementación del mercado común es vital el establecimiento de reglas sobre la concentración de empresas a fin de evitar posiciones dominantes en el mercado³⁷. Asimismo, se sostiene que es un error no

³³ Decisión 285:

Artículo 16. “La Junta se pronunciará con una declaración de prohibición cuando determine la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia que genere amenaza de perjuicio o perjuicio. Podrá asimismo determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para que cesen sus efectos. Las medidas correctivas podrán consistir en la autorización para que los países donde realicen su actividad económica las empresas afectadas puedan aplicar aranceles preferenciales en relación con los compromisos arancelarios subregionales, para los casos de importaciones de los productos afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia”.

³⁴ El artículo 2 de la Decisión 285 previamente citado establece lo siguiente: “Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia (...) Para los efectos de la presente Decisión, se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción”.

³⁵ Muestra de ello es que el artículo 2 de la Decisión 283, que regula las prácticas de *dumping* y subsidios, también contempla esos mismos objetivos.

³⁶ Este tipo de elementos de juicio son propios de procedimientos de *dumping* o de restricciones a las exportaciones y/o importaciones. Baste mencionar que tanto la Decisión 283 (artículo 17), que regula las prácticas de *dumping*, como la Decisión 284 (artículo 11), que regula las restricciones a las exportaciones, contemplan con variantes menores los tres aspectos de análisis antes mencionados.

³⁷ CÁRDENAS. Op. Cit., p. 24.

haber incluido en la Decisión 285 disposiciones sobre control de concentraciones económicas, ya que se considera que, con esta ausencia, el sistema andino de defensa de la competencia ha olvidado una de las prácticas que más afectan la competencia en mercados integrados³⁸.

De otro lado, en cuanto a los criterios contemplados para analizar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, debe señalarse que la Decisión 285 mantiene la exigencia de demostrar la relación de causalidad entre la práctica y el perjuicio ocasionado o la amenaza de perjuicio, criterio de análisis propio de las normas *antidumping* pero extraño a las normas que prohíben las actuaciones colusorias y el abuso de posición de dominio³⁹. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia en el ámbito internacional señalan que la investigación de prácticas restrictivas de la competencia tiene sus propios criterios de análisis ('regla de la razón' e 'ilegalidad *per se*'), por lo que demostrar una relación de causalidad resultaría innecesario, tanto si se investiga un caso de abuso de posición de dominio como si se trata de una práctica concertada. Mas aún, dicha exigencia podría constituirse en un estándar de prueba demasiado elevado en casos como las investigaciones por concertación de precios, que comúnmente se analizan como ilegales *per se*, presumiéndose sus efectos dañinos y bastando que se demuestre la existencia de la concertación para considerarla prohibida y sancionable.

Adicionalmente, también existen algunas inconsistencias en el diseño de las disposiciones de control de conductas contenidas en la Decisión 285, en particular referidas a la tipificación de las conductas prohibidas. Algunas prohibiciones tienen una tipificación ambigua, siendo el caso más notorio el de la prohibición de la manipulación indebida o fijación de precios u otras condiciones que resulte discriminatoria en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales (literal a de los artículos 4 y 5). Aparentemente, esta disposición sanciona un caso de precios discriminatorios. Sin embargo, la Decisión 285 no contiene ninguna otra prohibición expresa respecto de prácticas relacionadas con precios. Sin embargo, una de las conductas típicas y de mayor gravedad que reconoce el Derecho de la Competencia es la concertación de precios entre competidores. De no interpretarse que la mencionada disposición se refiere a la concertación de precios, se concluiría que la Decisión 285 olvidó tipificar expresamente una conducta prohibida por excelencia. No obstante, dicha interpretación podría ser rebatida argumentando que

la norma se refiere a que dichos precios resulten discriminatorios en comparación con las condiciones aplicables a operaciones comerciales normales. De ello se deduce que, la ambigüedad de la tipificación de esta conducta puede generar serios problemas de aplicación en la práctica.

También respecto de la tipificación, se puede señalar la duplicidad de supuestos expresamente prohibidos. Esta duplicidad se verifica en las cuatro modalidades de comportamientos colusorios prohibidos que han sido descritos y que también se encuentran previstos como casos de abuso de posición de dominio. Pero se hace más notoria si se comparan los literales a) y d) de los artículos 4 y 5 de la Decisión 285. Como ya se ha señalado, el primero prohíbe la manipulación indebida o fijación de precios u otras condiciones que resulte discriminatoria, mientras que el segundo se refiere en general a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Siendo la finalidad en ambos casos prohibir un trato discriminatorio, hubiera bastado la tipificación genérica, sin necesidad de incluir una prohibición específica relacionada con la discriminación de precios.

c) Imprecisiones en la delimitación de su ámbito de aplicación

La Decisión 285 ha definido su ámbito de aplicación en función a que la práctica tenga su origen en la Subregión o en ella participe una empresa que desarrolla actividades en un país miembro y siempre que tenga efectos en la Subregión.

Un problema inmediato de un ámbito de aplicación así definido se relaciona con las imprecisiones que del mismo pueden derivarse. En especial, debido a que no queda claro si la norma comunitaria se rige por el criterio del origen de la práctica unido al de sus efectos o únicamente por el criterio de los efectos. Es decir, si basta que el infractor y el afectado por la práctica operen en distintos países andinos para que dicha norma sea aplicable, o si se requiere que dicha práctica tenga efectos en más de un país andino. Adicionalmente, también pueden surgir problemas derivados de identificar lo que implica que una empresa desarrolle actividades en un país miembro.

Dependiendo de la amplitud del ámbito de aplicación de la Decisión 285, otro tipo de problemas que pueden derivarse son los relacionados con el centralismo que podría originarse en la elevada ingerencia de las autoridades regionales en distintos tipos de prácticas

³⁸ JATAR y TINEO. Op. Cit., p. 18.

³⁹ Otros autores ya han señalado este problema: JATAR y TINEO. Op. Cit., p. 18 y ORTIZ. Op. Cit., p. 157. Cabe agregar que el artículo 16 de la Decisión 283 también contempla la relación de causalidad como un requisito para considerar ilegal la conducta investigada.

con efectos en un solo país miembro y que ha sido duramente criticado en otros contextos como el de la Comunidad Europea.

d) Facultades limitadas de los órganos comunitarios

Existen diversos puntos débiles en la estructura de aplicación de las normas andinas de defensa de la competencia, relacionados con las facultades de los órganos comunitarios para investigar prácticas restrictivas de la competencia y para dar cumplimiento a las órdenes de cese.

Una de las cuestiones críticas en cuanto a la investigación de prácticas anticompetitivas se refiere es la relacionada con el inicio de los procedimientos. La Decisión 285 sólo contempla la posibilidad de inicio del procedimiento a pedido de parte (ya sea por solicitud de un País Miembro o de empresas con legítimo interés), mas no el inicio por decisión de los órganos comunitarios. Esta limitación se derivaría del artículo 105 del acuerdo de Cartagena, que señala que la Secretaría General velará por el cumplimiento de las normas de libre competencia en los casos particulares que se denuncien⁴⁰. La imposibilidad de iniciar investigaciones de oficio limita la capacidad de acción de las instancias comunitarias que por sus propias funciones y características son quienes podrían estar en mejor posición para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia con efectos de mayor gravedad y alcance sobre el mercado comunitario⁴¹.

Adicionalmente, otro aspecto que debilita la posición de los órganos comunitarios de defensa de la competencia son las facultades de investigación con que cuentan. Al respecto, las características de las prácticas anticompetitivas obligan a recurrir a pruebas de gran complejidad, ya sea por la dificultad para conseguir pruebas de cargo -como sucede por ejemplo con los indicios incriminatorios en el caso de concertaciones de precios-, o por la sensibilidad de la información requerida, tal es el caso de las estructuras de costos para determinar la existencia de precios predatorios. Sin embargo, las facultades de investigación de los órganos comunitarios se encuentran reguladas de manera sumamente genérica y en función al apoyo de los organismos de enlace que cada País Miembro designe⁴². En tal sentido, se puede afirmar que las facultades de investigación de

los órganos comunitarios no se encuentran debidamente desarrolladas y ello también les resta capacidad de acción oportuna y suficiente.

En cuanto a las facultades para hacer cumplir sus pronunciamientos, nuevamente se encuentra que el sistema establecido por la Decisión 285 resulta insuficiente, dado que no otorga facultades coercitivas ni punitivas a los órganos comunitarios de defensa de la competencia. Entre las opciones legislativas más exitosas y comúnmente utilizadas para que las agencias de competencia puedan exigir el cumplimiento de sus pronunciamientos es reconocer su facultad para imponer sanciones pecuniarias a los infractores. Sin embargo, la Decisión 285 no prevé tal facultad.

Finalmente, merece un comentario aparte el mecanismo contemplado por la Decisión 285 para corregir -supuestamente- los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia. Tal mecanismo son las denominadas “medidas correctivas”, que no es otra cosa que la autorización para que los Países Miembros donde tuvo efecto la práctica apliquen a las importaciones de los productos involucrados aranceles preferenciales distintos a los establecidos en los compromisos arancelarios subregionales.

Al respecto, como han sostenido algunos autores, las medidas correctivas parecerían más acertadas para un esquema proteccionista y no para uno abierto, que tiende precisamente a la eliminación de las preferencias a nivel nacional y subregional, como es el caso de la CAN⁴³. Adicionalmente, este tipo de medidas tiene carácter compensatorio en vez de ser un mecanismo para promover la competencia. En el extremo podría generar el establecimiento de nuevas restricciones a la libre circulación de bienes y, en definitiva, tener un efecto perjudicial sobre el consumidor del mercado en el que se aplican los aranceles preferenciales. En tal sentido, puede afirmarse que las medidas correctivas están orientadas a proteger los intereses particulares de la industria afectada y no el proceso de competencia.

Todas las confusiones e inconsistencias señaladas han llevado a afirmar que la Decisión 285 ha fracasado en promover la competencia en el mercado andino⁴⁴. A pesar de la dureza de tal afirmación, la precariedad del

⁴⁰ CÁRDENAS. Op. Cit., p.26.

⁴¹ Jatar y Tineo han señalado con acierto que la posibilidad de seleccionar y abrir investigaciones de oficio es el mayor poder que se tiene para vigilar por el cumplimiento de las normas de libre competencia y que sin esa facultad los órganos comunitarios andinos actúan como árbitros de conflictos privados más que como protectores de la competencia. Op. Cit., p. 19.

⁴² Decisión 285:

Artículo 8. “Durante la investigación, la Junta podrá pedir y acopiar pruebas e informaciones de los organismos de enlace y, por su intermedio o directamente, de los productores, exportadores, importadores, distribuidores o consumidores que tengan interés legítimo en la investigación. Asimismo, ellos podrán suministrar informaciones, o en su caso, presentar alegatos a la Junta. En los casos en que la Junta pida, acopie o reciba pruebas e informaciones directamente, deberá comunicarlo a los organismos de enlace respectivos”.

⁴³ JATAR y TINEO. Op.Cit., p. 19.

⁴⁴ Ibid. p. 18.

sistema andino de defensa de la competencia parecería verse confirmada por la casi inexistente aplicación de las normas antes señaladas. En efecto, el número de conflictos en materia de libre competencia llevados a conocimiento de las instancias comunitarias ha sido muy escaso y en ninguno de ellos se demostró la existencia de la práctica denunciada.

4. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA DE LA CAN

Durante sus diez años de vigencia, sólo se han presentado cuatro solicitudes para el inicio de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia al amparo de la Decisión 285. Dos de estas solicitudes fueron acogidas, iniciándose la investigación correspondiente, mientras que las otras dos fueron desechadas.

4.1. Investigaciones realizadas

a) Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN

En 1992, el Gobierno de Colombia solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena iniciar una investigación por supuesto abuso de posición de dominio cometido por la empresa Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN) por negarse a suministrar orto-xileno a las empresas colombianas ANDERCOL S.A. y CARBOQUÍMICA S.A. fabricantes de anhídrido ftálico y sus derivados. La norma invocada y presuntamente infringida por la denunciada era el artículo 5, literales a) y c), de la Decisión 285.

Los hechos que sustentaron la denuncia fueron que las dos empresas colombianas antes mencionadas solicitaron a PEQUIVEN cotizaciones para la venta de orto-xileno. En respuesta, obtuvieron ofertas con precios discriminatorios, en tanto que eran superiores a los precios que ofrecía dicha empresa a los compradores venezolanos.

La Junta consideró que la política de precios aplicada por PEQUIVEN y que había dado origen a la diferencia de precios entre las ventas locales y las de los excedentes exportables que demandaban las empresas colombianas, no respondía a la estrategia empresarial de PEQUIVEN sino a la voluntad política del Gobierno de Venezuela de promover la industrialización del sector petroquímico a través de la venta del producto involucrado a menores precios.

En tal virtud, la Junta concluyó que de la documentación presentada no se desprendían indicios sobre la existencia de un abuso de posición de dominio, declarando no a lugar el inicio de la investigación solicitada por el Gobierno de Colombia⁴⁵.

b) IMEZUCAR contra CIAMSA

En 1995 la empresa venezolana Sociedad Mercantil Importadora y Exportadora de Azúcar S.A. (IMEZUCAR) solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena el inicio de una investigación contra las centrales azucareras venezolanas y las centrales colombianas agrupadas en la Asociación de Comercialización Internacional de Azúcares y Mieles S.A. (CIAMSA), por supuestas prácticas concertadas y abuso de posición de dominio conjunta constituidos por la fijación de precios de los azúcares de caña blancos o refinados, la imposición de destinos al producto vendido, la limitación de las exportaciones, la negativa injustificada de venta a la denunciante.

Los hechos materia de la denuncia fueron que CIAMSA había incluido en sus contratos una cláusula que restringía la posibilidad de que el azúcar que ella exportaba fuera vendida a Venezuela. Asimismo, que tanto CIAMSA como los ingenios azucareros se habían negado a vender el producto a IMEZUCAR; y, finalmente, que existía un diferencial entre el precio de exportación del azúcar crudo de CIAMSA y el precio interno del azúcar refinado en Venezuela.

La Junta acordó iniciar la investigación pero únicamente por presuntas actuaciones concertadas entre las denunciadas⁴⁶.

Tomando en cuenta toda la prueba actuada durante el proceso, la Junta consideró que no existían evidencias de un comportamiento concertado de las denunciadas.

En primer lugar, señaló que la agrupación de los ingenios y centrales colombianas en una relación mercantil a través de la creación de una empresa comercializadora –CIAMSA– y el haberse presentado en el procedimiento mediante un apoderado común, no eran por sí solos actos dirigidos a restringir la competencia subregional. Asimismo, expresó que no existían pruebas de que las denunciadas hubieran manipulado indebidamente los precios u otras condiciones de comercialización en términos discriminatorios y que, más bien, se había encontrado que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar eran consecuencia de la política de intervención del Gobierno en el mercado. Además, señaló que la exportación de azúcar crudo de Colombia a Venezuela para su refinación en este país podía tener otras explicaciones distintas a la concertación para controlar o limitar la producción o distribución de las empresas denunciadas, como por ejemplo utilizar la infraestructura de refinación excedente que tenía Venezuela y aprovechar el valor agregado que esta actividad podía darle al producto. Por último, indicó

⁴⁵ Resolución N° 326 (15/10/1992). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r326.htm>.

⁴⁶ Resolución N° 391 (15/01/1996). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r391.htm>.

que si bien la existencia de la cláusula de exclusión de destino en los contratos de venta internacional de CIAMSA podía restringir el comercio, llegando a impedir la venta a compradores venezolanos como IMEZUCAR, no existía evidencia de que tal cláusula fuera producto de una concertación previa entre las denunciadas.

De otro lado, la Junta analizó el tema del perjuicio supuestamente ocasionado por las conductas denunciadas. IMEZUCAR sostuvo que dicho perjuicio había quedado reflejado en el cierre de plantas, el despido de personal, así como en el deterioro general de sus estados financieros. Durante el procedimiento se comprobó que la rentabilidad de la actividad de empaque de azúcar blanco o refinado en Venezuela se había visto afectada por las distorsiones generadas por los controles de precios de venta máximos establecidos por el Estado. Igualmente, se determinó que si bien IMEZUCAR había experimentado pérdidas en sus operaciones, no había evidencias de que ello fuera producto de la supuesta práctica denunciada. Por el contrario, se encontró que la denunciante había presentado una menor capacidad de adaptación a los cambios en las condiciones de mercado y tenía mayores costos y gastos de distribución que sus competidores.

Debido a que no se había demostrado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia denunciada ni el perjuicio que la misma habría generado, la Junta desestimó la denuncia⁴⁷.

c) BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN

En 1997 la empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador Cía. Ltda. (BOPP) solicitó a la Junta del Acuerdo de Cartagena iniciar una investigación contra las empresas Polipropileno del Caribe S.A. (PROPILCO) de Colombia y Polipropileno de Venezuela S.A. (PROPILVEN) por presunto abuso de posición de dominio al negarse injustificadamente a vender resina de polipropileno a la denunciante. La norma violada en este caso sería el artículo 5 literal c) de la Decisión 285.

Los hechos denunciados fueron, por un lado, que en diversas oportunidades BOPP había hecho pedidos de venta de resina de polipropileno a PROPILCO, sin que esta empresa atendiera tales requerimientos. De otro lado, que en algunos casos PROPILVEN incumplió con sus compromisos de venta a BOPP, entregándole el producto de forma incompleta y tardía, mientras que en otros simplemente se negó a venderle la resina de polipropileno.

La Junta inició la investigación considerando que se había presentado la información requerida⁴⁸. Dentro del procedimiento las empresas denunciadas presentaron sus argumentos de defensa y justificaron las negativas de venta o las demoras en que habían incurrido. En efecto, PROPILCO señaló que BOPP había efectuado sus pedidos de venta de resina de polipropileno ante quienes no estaban encargados de las ventas, sin que luego se hubieran reiterado ante los empleados competentes; asimismo, que los pedidos de venta fueron por volúmenes fuera del promedio histórico de ventas anteriormente realizadas a BOPP. Por su parte, PROPILVEN señaló que la demora en sus entregas se había debido a que BOPP incumplió las condiciones y cronograma de pago que habían sido acordados. Finalmente, ambas empresas señalaron que la denuncia de BOPP se debía a que no había logrado un acuerdo con ellas sobre el precio y demás condiciones de venta.

Adicionalmente, dentro del procedimiento también se convocó a las partes para que manifestaran su interés en llegar a acuerdos comerciales, en dicha reunión BOPP señaló que no estaba en capacidad de comprar la resina de polipropileno al precio que pedían las denunciadas, el mismo que se encontraba incluso por encima del precio que tenían otros proveedores de terceros países.

La Junta consideró que la negativa de venta del producto por parte de las empresas denunciadas se debía a la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de venta, en particular sobre el precio de la resina. Asimismo, se tuvo en cuenta que una de las denunciadas había vendido el producto en cuestión a otras empresas ecuatorianas sin mayores dificultades. De acuerdo con lo anterior, la Junta concluyó que no se había demostrado la existencia de la práctica restrictiva de la competencia, por lo cual desestimó la denuncia⁴⁹.

d) Gobierno de Bolivia contra Del Llano

En 1999, el Gobierno de Bolivia solicitó a la Secretaría General de la CAN el inicio de una investigación en contra de la empresa colombiana Del Llano S.A. por supuestas actuaciones paralelas y abuso de posición de dominio a través de una publicidad falseada que buscaba limitar la importación y evitar competir con los productos del sector de oleaginosas de Bolivia. Como sustento de la solicitud se presentaron copias de un recorte de una publicidad efectuada por la empresa Del Llano en un diario de Colombia y de cuatro artículos publicados en diarios colombianos. De acuerdo al solicitante, las prácticas denunciadas

⁴⁷ Resolución N° 420 (01/08/1996). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r420.htm>.

⁴⁸ Resolución N° 484 (09/06/1997). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r484.htm>

⁴⁹ Resolución N° 011 (09/09/1997). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r011sg.htm>

debían evaluarse en virtud de los artículos 3, 4 y 6 de la Decisión 285.

De las evaluaciones preliminares llevadas a cabo a efectos de determinar la procedencia del pedido del Gobierno de Bolivia, se encontró que la empresa denunciada representaba aproximadamente el 2% de la producción colombiana de aceites refinados para consumo humano y que la publicidad efectuada parecía ser un caso aislado que sólo involucraba a la empresa del Llano. En tal sentido, se determinó que la supuesta práctica desleal no se enmarcaba dentro de ninguno de los supuestos prohibidos por la Decisión 285, es decir, ni como una actuación paralela, que requiere la participación de por lo menos dos empresas, ni como un acto de abuso de posición de dominio, por la baja representatividad de la empresa denunciada en la industria respectiva.

Considerando lo anteriormente indicado, la Secretaría General resolvió declarar improcedente *in limine* la solicitud presentada por el Gobierno de Bolivia⁵⁰.

4.2. Consideraciones sobre la aplicación de las normas de libre competencia andinas

Los comentarios que pueden hacerse respecto de las resoluciones antes mencionadas son de diversa índole. Manteniendo el mismo esquema inicial, se abordarán teniendo en cuenta los principales aspectos que debe cubrir una política de competencia de nivel regional.

a) Instrumento de protección comercial

Los términos en que las solicitudes de inicio de investigación fueron presentadas y los aspectos considerados para sostener que las prácticas denunciadas generaban un perjuicio confirman lo previamente señalado en el sentido de que la Decisión 285 puede ser considerada como un mecanismo de protección de la industria de los países andinos más que como un medio para custodiar el proceso competitivo.

En efecto, las solicitudes presentadas afirmaban que las prácticas tenían efectos perjudiciales sobre determinados fabricantes o productores, en vez de considerar, por ejemplo, sus posibles efectos sobre la competencia subregional o sobre el bienestar del consumidor. El caso más notorio fue el de la empresa IMEZUCAR, que señaló como perjuicio ocasionado por la práctica los problemas de rentabilidad que dicha empresa había enfrentado⁵¹.

b) Distorsiones generadas por los Estados

En cuanto a los instrumentos de política de competencia, debe mencionarse que la Decisión 285 no contiene disposiciones relativas al control de los actos o decisiones estatales que puedan tener el efecto de restringir la competencia o el acceso al mercado. Ello genera que los actos o decisiones de los gobiernos no sean objeto de cuestionamiento o que no sean revisadas por las autoridades andinas de defensa de la competencia.

Así, por ejemplo, en la investigación solicitada contra la empresa PEQUIVEN se señaló que la política de precios aplicada por dicha empresa y que era cuestionada como discriminatoria no se debía a la estrategia empresarial de la misma sino a la política gubernamental venezolana destinada a promover la industrialización del sector petroquímico⁵². Situación parecida ocurrió en el caso de la investigación iniciada contra CIAMSA, en el cual se señaló que de las indagaciones realizadas se había encontrado que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar eran producto de las políticas de fijación de precios y de intervención del gobierno en el mercado⁵³.

Con estos precedentes, los Países Miembros de la CAN podrían justificar políticas de intervención del mercado o de precios discriminatorios, aduciendo que son decisiones gubernamentales no regidas por los principios de libre competencia. Sin embargo, el hecho

⁵⁰ Resolución N° 389 (08/05/2000). Ver: <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r389sg.htm>

⁵¹ Así, por ejemplo, puede mencionarse que el segundo considerando de la Resolución N° 326 (Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN), señala lo siguiente: "Que en la solicitud se precisa que PEQUIVEN estaría incurriendo en los supuestos que configuran abuso de posición de dominio en el mercado, considerados en los literales a) y c) del Artículo 5 de la citada Decisión, lo cual estaría generando perjuicio a los fabricantes colombianos de anhídrido ftálico y sus derivados". Igualmente, el duodécimo considerando de la Resolución N° 420 (IMEZUCAR contra centrales azucareras venezolanas y CIAMSA), indica lo siguiente: "Que (...) la empresa demandante manifestó que, tanto ella, como otras empresas venezolanas empaquetadoras de azúcar, habían sido perjudicadas por las supuestas prácticas restrictivas. Al respecto, la empresa demandada señaló, como evidencia del perjuicio a su producción, el cierre de plantas, el despido de personal, así como el deterioro general de sus estados financieros, como consecuencia de la negativa de las empresas denunciadas a suministrar azúcar blanco o refinado". De manera similar, el primer considerando de la Resolución N° 011 (BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN) indica: "Que, como consecuencia de la solicitud presentada el 19 de mayo de 1997 por la empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador, Cia. Ltda. (BOPP), la Junta del Acuerdo de Cartagena (...) inició una investigación sobre supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia (...) consistentes en el abuso de su posición de dominio en el mercado subregional de resina de polipropileno (comprendida en la subpartida NANDINA 3902.10.00), en perjuicio de las exportaciones ecuatorianas de película de polipropileno (comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00)".

⁵² El quinto considerando de la Resolución N° 326 (Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN) expresa lo siguiente: "Que según se aprecia en la documentación que acompaña a la solicitud, la política de precios aplicada por PEQUIVEN a los demandantes venezolanos del orto-xileno, si bien difiere de la aplicada a los excedentes exportables, no responde a la estrategia empresarial de dicha empresa, sino a la política gubernamental aprobada por el Consejo de Ministros de Venezuela el 29 de junio de 1990, la cual tiene por objeto promover la industrialización del sector petroquímico".

⁵³ En el octavo considerando de la Resolución N° 420 (IMEZUCAR contra CIAMSA), se afirma lo siguiente: "Que, de las evidencias existentes, la Junta tampoco pudo comprobar el alegato de la empresa demandante en cuanto a la existencia de prácticas concertadas consistentes en la manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios, por parte de las empresas demandadas. De los elementos de información disponibles, se infiere que las mayores distorsiones en el mercado venezolano del azúcar resultaron de políticas públicas de intervención en el mercado y de fijación de precios (...)".

de que la decisión sea adoptada por el gobierno o por una empresa estatal no elimina la posibilidad de que originen situaciones potencialmente restrictivas de la competencia; más aún, cuando este tipo de políticas recaen sobre sectores productivos de especial importancia en el mercado nacional o son implementadas en empresas estatales que gozan de un monopolio en el mercado nacional.

Si bien la política de competencia debe cuidar que los agentes privados no distorsionen las condiciones del mercado, en países en vías de desarrollo la política de competencia tiene además una importante función como instrumento para evitar que los Estados incurran en prácticas o adopten decisiones de gobierno que perjudiquen la competencia efectiva, generando políticas internas incoherentes con sus propias normas de competencia, al no darles a estas últimas un rango mayor dentro de la jerarquía legal de cada país⁵⁴. La necesidad de fortalecer la política de competencia a nivel andino hace recomendable que se evalúe la posibilidad de introducir disposiciones para evitar que los Estados impongan barreras de entrada o restrinjan la competencia efectiva.

c) Efecto en un País Miembro

Todas las investigaciones solicitadas y realizadas a nivel de la CAN han involucrado prácticas con efectos en un solo país pero cuyo origen se encuentra en otro u otros países andinos. En efecto, en ninguno de los casos analizados hasta la fecha en virtud de la Decisión 285 la supuesta práctica restrictiva de la competencia tenía efectos en dos o más países de la comunidad.

Sin embargo, dada la naturaleza del sistema de defensa de la competencia de nivel regional, son precisamente las prácticas con efectos en dos o más países las que deberían ser de interés prioritario para la CAN, en tanto dicho tipo de prácticas son las que podrían tener mayores efectos perjudiciales para el mercado ampliado. En parte, el tipo de investigaciones solicitadas podría entenderse considerando que al parecer el objetivo de la Decisión 285 es la protección de la industria nacional de los Países Miembros mas que el proceso competitivo mismo. Asimismo, la focalización de las investigaciones en casos que involucran prácticas con efectos en un solo país también se comprende

por la imposibilidad de la Secretaría General de iniciar investigaciones de oficio, lo que limita la posibilidad de que el órgano comunitario dirija su atención a las prácticas con efectos en más de un país.

Esta situación deja abierto al debate el tema de definir el ámbito de aplicación de las normas andinas de defensa de la competencia; es decir, si se limita a las prácticas con efectos en dos o más países o incluye también las prácticas que sólo afectan a un país pero cuyo origen se encuentra en uno o más países comunitarios o no. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la inclusión del segundo supuesto ha generado problemas en la Comunidad Europea, ocasionando diversas fricciones entre los órganos comunitarios y las agencias nacionales de defensa de la competencia⁵⁵.

Adicionalmente, también debe considerarse la función que para tales efectos pueden cumplir los mecanismos de cooperación entre agencias de competencia nacionales, ya que los mismos podrían ser suficientes para enfrentar las prácticas con efectos en un solo país miembro cuyo origen se encuentre en otros países de la CAN. De esta forma, no se recargarían las labores de los órganos comunitarios de defensa de la competencia en la investigación de este tipo de casos, de manera que puedan centrar su atención en aquellas prácticas que tengan efectos más graves sobre el mercado andino, otorgándoles claro está la facultad de inicio de investigaciones de oficio.

d) Facultades limitadas de la agencia comunitaria

El problema de la falta de desarrollo expreso de las facultades de investigación con que cuenta la Secretaría General como órgano instructor en materia de infracciones a las normas de libre competencia, se hace tangible en aquellos procedimientos en los que por la naturaleza de la conducta en cuestión (carteles de precios, por ejemplo) se requiere de ella el desarrollo de actividades dirigidas a la obtención de elementos probatorios (diligencias de inspección en la sede de las empresas investigadas e, incluso, de visitas sin previo aviso a las mismas).

Así, en el caso de la investigación iniciada a pedido de la empresa IMEZUCAR, a pesar de tratarse de un proceso por supuestas actuaciones paralelas o concertadas, se solicitó la información a las partes y a sus respectivos gobiernos a través de cuestionarios;

⁵⁴ TINEO. Op. Cit., pp.18-20.

⁵⁵ Al respecto, el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE de 1999, proponía la descentralización de la aplicación de las normas comunitarias de libre competencia, a fin de que las autoridades nacionales llevaran a cabo la investigación en los casos en que se encuentre en mejores condiciones para llevarla a cabo – a través de la declinatoria de competencia de la Comisión Europea –; pero a su vez también se propugnaba el fortalecimiento de las facultades de el órgano comunitario de defensa de la competencia para investigar asuntos de particular gravedad y el reforzamiento de su capacidad sancionadora. BENEYTO, José María. "Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia. El Libro blanco de la Comisión sobre Modernización y Descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86". En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Madrid: Ediciones Informatizadas, No. 202, 1999. pp. 13-19.

asimismo, se sostuvo entrevistas con los agentes involucrados⁵⁶. La resolución final sustentó el fallo exculpatario en que no se habían encontrado evidencias de actuaciones paralelas o concertadas.

5. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y AGENDA PENDIENTE PARA LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA CAN

En los últimos años, la política de competencia al interior del proceso de integración andino ha cobrado un nuevo impulso que se ha visto reflejado en un esfuerzo, propiciado por la Secretaría y apoyado por los países integrantes del Acuerdo, destinado replantear y mejorar el marco regulatorio vigente en materia de competencia

En parte, ello es el resultado de las dinámicas internas de los países miembros del acuerdo, los cuales han adoptado o implementado activamente durante los 1990 políticas dirigidas a combatir las conductas anticompetitivas que afectan sus mercados internos⁵⁷.

En parte, ello también ha sido el resultado del proceso de integración misma de los mercados que ha hecho evidente la necesidad de mejorar el marco institucional existente a nivel comunitario, con el objeto permitir la detección y sanción de aquellas prácticas empresariales anticompetitivas que afectan el proceso de integración y que no pueden ser 'capturadas' por las legislaciones nacionales.

Finalmente, el desarrollo de las negociaciones al interior del ALCA –en especial, las registradas al interior del “Grupo de Negociación sobre Política de Competencia”–, también han contribuido a impulsar las políticas de competencia a nivel comunitario, al forzar a los países a adoptar ciertas posturas en relación con el desarrollo de determinadas políticas.

Es precisamente en el marco de todo lo anterior, que desde 1998 en adelante se han venido realizando diversas reuniones de expertos gubernamentales en políticas de competencia, auspiciadas en su mayoría por la Secretaría General de la CAN, con la finalidad de revisar la Decisión 285 y elaborar propuestas para su modificación.

5.1. Primera reunión de expertos gubernamentales (1998)

En octubre de 1998 se celebró la primera reunión de expertos con la colaboración de una consultora encargada

de realizar un diagnóstico de la situación del sistema de defensa de la competencia de la CAN. Los resultados de este diagnóstico arrojaron un saldo negativo, concluyéndose que la Decisión 285 presentaba problemas estructurales y conceptuales que impedían su aplicación eficaz, entre los que resaltaban la necesidad de demostrar un daño ocasionado a la producción comunitaria como efecto de las prácticas prohibidas y la débil capacidad sancionadora de los órganos comunitarios. La conclusión fue que era necesario reformular la normativa comunitaria manteniendo su carácter supranacional, de modo que permitiera superar la dificultad de aplicar las leyes nacionales cuando la práctica tenía efectos extraterritoriales y que ayudara a disminuir la vulnerabilidad de las agencias nacionales ante las presiones de intereses privados y de otros sectores de la administración pública de sus respectivos países.

Teniendo en cuenta dichas conclusiones, los expertos gubernamentales llegaron a distintos puntos de consenso. En primer lugar, se consideró la necesidad de establecer que el objetivo de las normas andinas era proteger la libre competencia y la eficiencia, sin requerir la prueba de un daño a la producción. En cuanto al ámbito de aplicación, se acordó que debían ser tanto las prácticas de empresas, privadas o estatales, como los actos de los gobiernos, con efectos en otro u otros países andinos. Respecto de las prácticas prohibidas, se consideró que algunas debían analizarse como ilegales *per se* –concertación de precios o el reparto de mercado– y otras según la regla de la razón –acuerdos verticales de empresas con posición de dominio u otros acuerdos horizontales–; asimismo, se incluyó los actos y decisiones gubernamentales restrictivas de la competencia pero analizándolas bajo la regla de la razón; finalmente, se acordó que, en principio, no sería objeto de la norma el control de fusiones. En cuarto y quinto lugar, se planteó la necesidad de definir las relaciones entre las autoridades nacionales y comunitarias y de estudiar la posibilidad de dotar a los órganos comunitarios de facultades para imponer sanciones pecuniarias⁵⁸.

5.2. Reunión de expertos gubernamentales (1999)

Posteriormente, en julio de 1999, se realizó una reunión de autoridades nacionales de competencia de los Países

⁵⁶ El cuarto considerando de la Resolución N° 420 (IMEZUCAR contra CIAMSA) señala lo siguiente: “(...) En el curso del procedimiento, la Junta envió cuestionarios a las partes y a sus respectivos gobiernos, solicitándoles información relacionada con las supuestas prácticas restrictivas, con el posible perjuicio a empresas, y, en general, con las condiciones del mercado del azúcar y los procesos de producción y comercialización de este producto. Además de las respuestas a los cuestionarios enviados, la Junta acopió información complementaria sobre los aspectos referidos. (...) Finalmente, funcionarios de la Junta sostuvieron reuniones con representantes de los organismos nacionales competentes y de los productores, importadores, comercializadores y empacadores venezolanos de azúcar, así como con exportadores colombianos de azúcar y ‘traders’ internacionales, para recabar información adicional y verificar la información suministrada”.

⁵⁷ Si bien Bolivia y Ecuador no cuentan aun con un marco institucional dirigido a combatir las prácticas anticompetitivas y a promover la competencia, ha existido en los tiempos recientes un importante debate interno alrededor de proyectos dirigidos al establecimiento de una Ley Antimonopolio. Cabe destacar para el caso Ecuatoriano, el Proyecto de Ley 22 641 ‘Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia’ de marzo de 2001.

⁵⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina. Informe de la Primera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/Informe/Rev.1). Lima: Comunidad Andina, Diciembre 1998. Esta reunión se llevó a cabo el 29 de octubre de 1998, con la participación de los representantes de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Miembros auspiciada por Venezuela, contando también con la asistencia de miembros de la Secretaría General de la CAN. Los participantes de dicha reunión plantearon que existían los siguientes problemas: desconocimiento de las autoridades nacionales acerca de la legitimación para invocar la Decisión 285, descoordinación entre las autoridades nacionales y comunitarias, y apatía de parte de los gobiernos por la existencia de la normativa de competencia así como falta de decisión política para aplicarla.

Confirmando su opinión sobre la necesidad de modificar la Decisión 285, estuvieron de acuerdo en establecer que el objetivo de las normas debía ser la eficiencia económica. De otro lado, consideraron que la forma más adecuada de establecer el ámbito de aplicación de las normas andinas era la teoría de los efectos, según la cual debían encontrarse involucrados dos o más Países Miembros. En cuanto al procedimiento se planteó la conveniencia de dividirlo en una fase de sustanciación y otra de decisión, señalando que las agencias nacionales sólo debían participar en la primera fase⁵⁹.

5.3. Segunda reunión de expertos gubernamentales (2000)

En febrero de 2000 se realizó la segunda reunión de expertos gubernamentales auspiciada por la CAN. Para tales efectos, la Secretaría General elaboró un proyecto de modificación de la Decisión 285, recogiendo también las sugerencias y acuerdos de las reuniones previamente mencionadas.

En este proyecto se establecía expresamente que el objetivo de la norma era la protección de la libre competencia en la Subregión. El ámbito de aplicación se fijaba como los actos con efectos extraterritoriales. Las conductas prohibidas se dividían en absolutas, es decir sancionables independientemente de sus efectos reales o potenciales –concertaciones entre competidores– y relativas, es decir sancionables en tanto fueran realizadas por empresas con poder de mercado y cuyos efectos resultaran perjudiciales –actos para desplazar al competidor, impedir su acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas a favor de una empresa.

En cuanto al procedimiento, el proyecto contemplaba una etapa de investigación administrada y liderada por la Secretaría General –a quien se le atribuyó facultad de iniciarla de oficio– contando con el apoyo de las agencias nacionales de competencia. Luego se pasaba

a una etapa de resolución, donde la Secretaría General emitía un pronunciamiento definitivo respecto de la existencia de la práctica investigada. Asimismo, se preveía la finalización anticipada de la investigación sin aplicar medidas correctivas en virtud del compromiso de cese de las prácticas investigadas presentado por las empresas, debidamente aprobado por la Secretaría General. Finalmente, contemplaba la facultad de imponer medidas correctivas y sancionadoras a los infractores, quedando su observancia bajo responsabilidad de las autoridades nacionales⁶⁰.

En la reunión de expertos se discutió el proyecto y se trató de perfeccionar algunos de sus aspectos. Un primer acuerdo al que se llegó fue no tratar en el proyecto el tema del control de fusiones y adquisiciones de empresas ni el de las ayudas estatales, debido a que aún no existía consenso entre los expertos respecto a la necesidad de regular dichas materias. Asimismo, hubo acuerdo en que se definiera como objetivo de la norma la protección y promoción de la libre competencia; asimismo, hubo consenso en dividir las prácticas prohibidas en absolutas y relativas. De otro lado, se consideró adecuado introducir algunas disposiciones para afinar el proyecto, tales como los principios rectores de la política de competencia andina –no discriminación, transparencia y debido proceso–, las recomendaciones a competidores como práctica prohibida absoluta y el análisis de eficiencias en la evaluación de las prácticas relativas.

Adicionalmente, en cuanto al ámbito de aplicación, no se llegó a un acuerdo unánime, en tanto que las delegaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela consideraban que debía incluir las prácticas con efectos en dos o más países andinos y también los casos en que el efecto de la conducta se diera en un país pero su origen estuviera en otro país andino, mientras que la delegación del Perú consideraba que el ámbito de aplicación debía restringirse a aquellos actos con efectos en dos o más países andinos.

Finalmente, en cuanto al procedimiento, los expertos gubernamentales propusieron que la etapa de investigación fuera realizada por las agencias de competencia nacionales y que la Secretaría General quedara a cargo de la dirección y coordinación, en especial en lo relativo a la admisión de la solicitud, la elaboración del plan de investigación y la centralización y complementación de la investigación realizada por las autoridades nacionales. Adicionalmente, propusieron la creación de una Comisión de Defensa

⁵⁹ Reunión de Expertos Gubernamentales de los Países Andinos, realizada los días 1 y 2 de julio de 1999, con la participación de representantes de los cinco Países Miembros.

⁶⁰ Secretaría General de la Comunidad Andina. Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina (SG/REG.LC/IV/DT1). Lima: Comunidad Andina, Octubre 1999.

de la Competencia integrada por un representante de cada País Miembro y uno de la Secretaría General – este último con voto dirimente–, que estaría encargada de pronunciarse sobre la existencia de la práctica investigada. Este pronunciamiento sería homologado posteriormente por la Secretaría General de la CAN.

Esta propuesta no contó con la aprobación de la Secretaría General, por considerarla inviable dentro del Sistema Andino de Integración. A pesar de la interpretación de las normas comunitarias andinas que ofrecieron los expertos gubernamentales, la Secretaría General consideró que el ordenamiento comunitario no contemplaba la posibilidad de crear órganos como la Comisión de Defensa de la Competencia, salvo que tuviera carácter netamente consultivo, ni tampoco facultaba a la Secretaría a participar de dicho órgano. Además, consideraba que el tecnicismo que se buscaba con la creación de dicha comisión ya se encontraba garantizado con la participación de la Secretaría General en el proceso de investigación planteado originalmente en el proyecto elaborado por la Secretaría General⁶¹.

5.4. Tercera reunión de expertos gubernamentales (2001)

En la tercera reunión de expertos realizada en octubre de 2001 se continuó discutiendo la propuesta modificatoria de la Decisión 285, sobre la base del proyecto presentado por la Secretaría General, que en lo sustancial recogía la propuesta surgida de la segunda reunión de expertos, pero con algunas variaciones en cuanto a los temas procesales.

En particular, se sugirió volver al esquema de una etapa de investigación realizada por la Secretaría General con el apoyo de las autoridades nacionales y establecer la creación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia como órgano consultivo de la Secretaría General, para que esta última emita su pronunciamiento final sobre la práctica investigada. Cabe mencionar que las delegaciones de Colombia y Venezuela mostraron su acuerdo con estas modificaciones procesales, por lo que finalmente se llegó al acuerdo de establecer este esquema institucional en la propuesta modificatoria de la Decisión 285.

El mayor debate en esta reunión se centró en el establecimiento del ámbito de aplicación de las normas andinas de libre competencia, en tanto que la

delegación del Perú mantuvo su posición de considerar que sólo debía incluir las prácticas que tuvieran efectos en dos o más países, no así aquellas originadas en un país y con efectos en otro país andino, cuya investigación debía corresponder a las autoridades nacionales.

Finalmente, las delegaciones de Colombia y Ecuador solicitaron que se considere la posibilidad de que los Países Miembros establezcan excepciones y exclusiones a la aplicación de la norma andina de libre competencia para actividades económicas sensibles, aunque sin precisar su alcance, siempre que cumplieran requisitos como reportar beneficios significativos al desarrollo de cualquier etapa de producción o comercialización, fomenten el progreso técnico o económico, ofrezcan beneficios a los consumidores, entre otros⁶².

Como se advierte de la reseña anterior, las propuestas modificatorias han abordado tanto los aspectos sustantivos, referidos al objetivo y a los instrumentos de la política de competencia andina, como los aspectos adjetivos, relacionados con el ámbito de aplicación y la estructura institucional del sistema de defensa de la competencia.

En términos generales se puede afirmar que, salvo en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma comunitaria y a la eventual inclusión de sectores exceptuados a solicitud de algunos de los expertos gubernamentales, las diferencias existentes a la fecha entre los países son accesorias habiéndose alcanzado un importante nivel de acuerdos. Cabe destacar el importante nivel de consensos alcanzados entre los expertos de competencia sobre la materia, consenso que resulta aun mas importante si se toma en cuenta las diferencias actualmente existentes en el diseño y aplicación de políticas de competencia entre los países miembros⁶³.

Si algo ha quedado claro a lo largo de las reuniones de expertos gubernamentales es que las normas de competencia a nivel subregional deben ser diseñadas pensando más en la protección del proceso de competencia que en la protección de determinados mercados o intereses. En tal sentido, habría coincidencia en la necesidad de eliminar de la Decisión 285 aquellos estándares de prueba e instrumentos que son más propios de los mecanismos diseñados como parte de una política

⁶¹ Secretaría General de la Comunidad Andina. Informe de la Segunda Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/II/Informe). Lima: Comunidad Andina, Marzo de 2000. Esta reunión se llevó a cabo los días 16 y 17 de febrero de 2000, con la participación de los representantes de todos los Países Miembros.

⁶² Secretaría General de la Comunidad Andina. Informe de la Tercera Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia (SG/REG.LC/III/Informe). Lima: Comunidad Andina, Noviembre de 2001. Esta reunión se llevó a cabo los días 24 y 25 de octubre de 2001, con la participación de los representantes de todos los Países Miembros.

⁶³ Diferencias que tienen que ver tanto con aspectos sustantivos de la Ley de Competencia (control de las fusiones y concentraciones, por ejemplo), como con las prioridades establecidas en la aplicación de la misma. Para un mayor detalle sobre el particular ver: JATAR y TINEO. Op. Cit., pp. 2-17.

comercial en defensa de los mercados o de algunos de sus agentes (aplicación de medidas *antidumping*, por ejemplo).

Por otro lado, en lo que se refiere a la estructura institucional, de una u otra forma, en las propuestas y posturas adoptadas a lo largo de las reuniones de expertos gubernamentales se ha reconocido que el desarrollo futuro de las políticas de competencia a nivel comunitario andino deberá sustentarse de alguna manera –bajo la forma de una Comisión de Defensa de la Competencia con funciones de carácter resolutivo o simplemente consultivo, o bajo la forma de actividades de investigación a cargo de las autoridades nacionales, por ejemplo- en la institucionalidad existente en algunos de los países miembros. Ello no es sino una consecuencia del mayor desarrollo que han tenido en los últimos años algunos de los países en la implementación de Leyes de Competencia.

Desde tal punto de vista, es probable que el desarrollo futuro de la política de competencia a nivel andino no se adecue al patrón seguido dentro del proceso de integración europeo, el mismo que se ha sustentando básicamente en el desarrollo de una institucionalidad comunitaria de competencia en perjuicio del desarrollo de una institucionalidad de competencia propia de los países miembros.

6. CONCLUSIONES

El marco institucional comunitario en defensa de la competencia adolece actualmente de severas limitaciones. La falta de un marco institucional adecuado en defensa de la competencia, impide en la actualidad combatir eficazmente el desarrollo de conductas que no sólo distorsionan la competencia sino que eventualmente obstruyen el logro de los objetivos comunitarios a través de la segmentación artificial de los mercados.

El proceso de reforma del marco institucional en defensa de la competencia, centrado básicamente en la revisión de la Decisión 285, se encuentra bastante avanzado. Este hecho pone de manifiesto que, por lo menos a nivel de los expertos gubernamentales, existiría coincidencia en la necesidad de contar con instrumentos eficaces que permitan combatir conductas anticompetitivas que se desarrollan al interior del mercado andino y que actualmente escapan de una sanción producto de las limitaciones del marco institucional vigente.

Lo que resta ahora en el proceso de reforma de la Decisión 285 es lograr a nivel político un consenso sobre la necesidad de establecer una política en defensa de la competencia como una parte fundamental de la agenda de integración andina.

BENITES, DE LAS CASAS, FORNO & UGAZ

ABOGADOS

LIMA Calle Independencia 663, Miraflores, Lima 18, Perú **tel** (511) 444 4966 **fax** (511) 447 5322 **e-mail** bdfu@bdfu.com
AREQUIPA Marshal Benavides 512, Selva Negra Cercado, Arequipa, Perú **telefax** (51-54) 20 2820 **e-mail** callare@bdfu.com
HUARAZ José Robles Armas 1060, Urb. San Francisco, Huaraz, Perú **telefax** (51-43) 72 4408 **e-mail** bdfu@hdfu.com
TRUJILLO Las Magnolias 268, Urb. California, Trujillo, Perú **telefax** (51-44) 73 6025 **e-mail** bdfutrujillo@bdfu.com

web www.bdfu.com

CUBRIENDO VACÍOS EN CONTRATOS INCOMPLETOS: UNA TEORÍA ECONÓMICA SOBRE REGLAS SUPLETORIAS*

Ian Ayres ** y Robert Gertner ***

¿Cuándo estamos ante un contrato incompleto? ¿Por qué hay vacíos contractuales? ¿Cómo se debe proceder a llenar los vacíos en los contratos incompletos?

Ante la imposibilidad de elaborar contratos completos o perfectos –donde hay una imputación total de todos los riesgos– surge la necesidad de aplicar reglas supletorias dispuestas por el legislador o por la jurisprudencia.

En este interesante artículo los profesores Ayres y Gertner, desde la óptica del análisis económico del derecho, proponen una teoría general sobre las reglas supletorias y los vacíos contractuales.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Yale Law Journal No. 99, 1989, bajo el título: "Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules". La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa del Yale Law Journal y de Ian Ayres. La traducción fue realizada por Javier de Belaunde de Cárdenas, miembro de la comisión de contenido de THEMIS-Revista de Derecho, bajo la supervisión del doctor Jose A. Delmar, profesor de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Al escribir este artículo Ian Ayres era *Assistant Professor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Northwestern. En la actualidad es *William K. Townsend Professor of Law* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

*** Al escribir este artículo Robert Gertner era *Assistant Professor* de la Escuela de Graduados en Negocios de la Universidad de Chicago. En la actualidad es *Wallace W. Booth Professor of Economics and Strategy* de la Escuela de Graduados en Negocios de la Universidad de Chicago.

INTRODUCCIÓN:

Las reglas legales sobre contratos y corporaciones pueden ser divididas en dos clases distintas. La clase más grande está compuesta por reglas "supletorias" que pueden ser evitadas por las partes mediante acuerdos previos, mientras que la clase más pequeña, pero importante, está compuesta por reglas "imperativas" que las partes no pueden cambiar mediante acuerdos contractuales¹. Las reglas supletorias llenan los vacíos en los contratos incompletos; ellas rigen salvo que las partes pacten en contra de ellas. Por el contrario, no se puede evitar las reglas imperativas; ellas rigen incluso si las partes intentan pactar en contra de ellas. Por ejemplo, bajo el Uniform Commercial Code (en adelante, U.C.C.) el deber de actuar con buena fe es un componente imperativo de cualquier contrato², mientras que la garantía de comerciabilidad es simplemente una regla supletoria a la que las partes pueden renunciar por acuerdo³. Del mismo modo, la mayor parte de la legislación corporativa requiere que los accionistas elijan directores anualmente⁴ pero permite que se pacte en contra de la regla supletoria de votación no acumulativa en las reglas pactadas al momento de

la constitución⁵. Lenguaje legislativo como: "salvo disposición contraria en el certificado de constitución"⁶ o "salvo estipulación inequívocamente en contrario"⁷ hace fácil la identificación de reglas supletorias de esta fuente, pero los precedentes del *common-law* también pueden ser divididos en los bandos supletorio e imperativo. Por ejemplo, la decisión del caso *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*⁸, que limitó los daños a un *diminution in value*, podría ser revertida contractualmente por partes potenciales⁹. En contraste, el requisito previo del *consideration* del *common-law* es claramente una regla imperativa que no puede ser contractualmente revocada¹⁰.

En un nivel abstracto, existe un consenso sorprendente entre los académicos sobre dos bases normativas para las reglas imperativas. Puesto de la manera más simple, las reglas imperativas se justifican si la sociedad quiere proteger (1) a las partes del contrato, o (2) a los terceros¹¹. La primera justificación gira en torno al paternalismo; la segunda a las externalidades. Las reglas imperativas desplazan la libertad contractual. Están justificadas sólo si la libre contratación resultara socialmente perjudicial debido a que las partes o los terceros no pueden protegerse adecuadamente¹². Con respecto a las reglas

¹ Ver BLACK, B. "Corporate law as neutral mutation". Noviembre, 1988 (manuscrito inédito ubicado en los archivos de los autores) (sosteniendo que pocas leyes corporativas son imperativas). Las reglas imperativas (o inmutables) son parecidas a lo que Calabresi y Melamed llamaron reglas "inalienables". CALABRESI y MELAMED. "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral". En: HARV. L. REV. No. 85. 1972. pp. 1089, 1093 [publicado en español en THEMIS-Revista de Derecho No. 21. 1992. p. 63]. Excepto que las titularidades imperativas son creadas por y se encuentran condicionadas a un contrato, mientras que las titularidades inalienables existen fuera del contrato. Ver SCHWAB. "A Coasean experiment on contract presumptions". En: J. LEGAL STUD. No. 17. 1988. pp. 237, 239 nota 6 (distinguiendo entre reglas inalienables e imperativas).

² U.C.C. § 1-203 (1976); ver el caso *Morin Bldg. Prod. Co. v. Baystone Constr., Inc.*, 717 F.2d 413, 414-15 (7th Cir. 1983); *Restatement (Second) of Contracts* § 205 (1979); POSNER, R. "Economic analysis of law". Tercera edición, 1986. p. 81.

³ U.C.C. § 2-314 (1976). U.C.C. § 1-102 (1976) distingue entre reglas supletorias y reglas imperativas y establece su preferencia por las primeras: "(3) El efecto de las disposiciones de esta Acta puede ser modificado por acuerdo de las partes, salvo disposición en contrario de esta Acta y a excepción de los deberes de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado prescritos por esta Acta que no pueden exonerarse por acuerdo, pero respecto de los cuales las partes pueden determinar los estándares por los cuales el cumplimiento de tales deberes será medido, si tales estándares no son manifiestamente irrazonables.

(4) La presencia en ciertas disposiciones de esta Acta de las palabras "salvo pacto en contrario" o palabras de significado similar no implican que el efecto de otras disposiciones no pueda ser variado de acuerdo con el inciso (3)."

⁴ Ver, por ejemplo, *Del. Code Ann. tit. 8, § 211(c)* (1974).

⁵ Ver, por ejemplo, *Del. Code Ann. tit. 8, § 214* (1974).

⁶ *Del. Code Ann. tit. 8, § 223* (1974).

⁷ U.C.C. § 2-206 (1976).

⁸ 382 P.2d 109 (Okla. 1962), cert. denied, 375 U.S. 906 (1963).

⁹ Si el voto de la mayoría en el caso *Peevyhouse* realmente deseaba que partes potenciales puedan elegir "la medida del costo de ejecución" se discute con mayor detenimiento en las notas 151-161 *infra*.

¹⁰ El requisito del *consideration* no es imperativo si los contratos escritos bajo formalidad sirven como sustitutos contractuales del *consideration*. Ver U.C.C. § 2-203 (1976) (haciendo inoperativa "la ley con respecto a los instrumentos bajo formalidad").

Esta dicotomía regla supletoria/regla imperativa también impregna otras áreas del derecho que tienen componentes contractuales. En la ley de divorcio, por ejemplo, los bienes acumulados antes del matrimonio son asignados de acuerdo a reglas supletorias que pueden ser alteradas por acuerdos pre-nupciales, mientras que los ingresos ganados después del matrimonio son imperativamente divididos. De forma similar, las prioridades de pago establecidas por la ley estatal que regula la relación deudor-acreedor pueden, como las reglas supletorias, ser reordenadas mediante contratos privados. Las leyes relativas a la sucesión intestada también son reglas supletorias: ellas cubren cualquier vacío testamentario, pero pueden ser pactadas en contra. Como se discute en las notas 83-91 *infra*, uno puede distinguir entre reglas supletorias que deben ser pactadas en contra bilateralmente y las que pueden ser superadas unilateralmente.

¹¹ Ver MACNEIL, I. "Contracts: exchange transactions and relations". 1978. pp. 346-347; CALABRESI y MELAMED. Nota 1 *supra*; EASTERBROOK y FISCHEL. "The economic structure of corporate law". En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (pp. 21-30 del texto ubicado en los archivos de los autores).

¹² Observe que incluso cuando hay externalidades negativas, los terceros pueden ser capaces de protegerse sin normas imperativas. Una implicancia del teorema de Coase es que en un mundo sin costos de transacción, los terceros tendrán un incentivo para contratar para reducir las externalidades a niveles eficientes. Ver COASE. "The problem of social cost". En: J. LAW & ECON. No. 3. 1960. p. 1. No hay externalidades si se define de manera suficientemente amplia a la clase de partes del contrato potencial. PRIEST, G. "Internalizing costs". *Working paper* No. 93, Programa de responsabilidad civil 1988 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (explicando la influencia de los incentivos privados para internalizar costos).

imperativas, la discusión entre los académicos no es sobre esta teoría abstracta, sino sobre si en contextos particulares las preocupaciones paternalistas o las externalidades son suficientemente grandes para justificar su uso¹³.

Cuando no se presentan las condiciones previas para las reglas imperativas, el análisis normativo legal recae en la elección de una regla supletoria. Pero hasta el momento los académicos han prestado poca atención a cómo elegir entre posibles reglas supletorias¹⁴. El movimiento del análisis económico del derecho ha luchado largo y duro para convencer a las cortes que restrinjan el uso de las reglas imperativas¹⁵, sin embargo ha perdido la mayor parte de su energía normativa en la construcción de una teoría de elección de reglas supletorias¹⁶. Los economistas parecen creer que, incluso si los legisladores eligen la regla supletoria equivocada, en el peor de los casos habrán incrementado costos de transacción de una magnitud de orden secundario¹⁷.

Pocos académicos han ido más allá de teorías de una oración que estipulan que los términos supletorios deberían ser fijados según lo que las partes habrían querido¹⁸. En una serie de artículos, Frank Easterbrook y Daniel Fischel han promovido la teoría de “lo que habrían querido” sugiriendo que “el derecho corporativo debería contener las reglas supletorias que las personas habrían negociado, donde los costos de negociar directamente en condiciones de mercado por cada contingencia sean suficientemente bajos”¹⁹. Del mismo modo, Richard Posner ha argumentado que las reglas supletorias deberían “reducir los costos de transacción al proporcionar estándares contractuales que de otra forma las partes tendrían que adoptar por acuerdo expreso”²⁰. Douglas Baird y Thomas Jackson han argumentado que las reglas supletorias que rigen la relación deudor-acreedor “deberían proporcionar a todas las partes el tipo de contrato que habrían acordado si hubieran tenido el tiempo y dinero para negociar todos los aspectos

¹³ Una conferencia reciente (9 y 10 de diciembre de 1988) sobre “Libertad contractual en el derecho corporativo” en el centro de estudios de análisis económico del derecho de la Universidad de Columbia se enfocó directamente en la aplicación apropiada de las reglas imperativas. Por ejemplo, Jeffrey Gordon argumentó que tener múltiples precedentes que interpretan un estándar legal único produce externalidades positivas que podrían justificar la imposición de una regla imperativa. Ver GORDON, J. “The mandatory structure of corporate law”. 2 de diciembre de 1988 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

¹⁴ Dado que los contratos con vacíos necesitan ser interpretados, las cortes o legislaciones son inevitablemente forzadas a establecer reglas supletorias. Las cortes deben hacer algo —incluso si ese algo supone la no-ejecución. Como se discute en las notas 51 y 52 *infra*, las reglas supletorias de no-ejecución pueden jugar un rol importante en la ley eficiente.

¹⁵ Por ejemplo, Anthony Kronman ha escrito:

“Los argumentos *ex ante* sobre la eficiencia de una regla legal particular asumen que los individuos permanecen libres de pactar en contra de tal regla, y un sistema legal que niega el derecho de las partes de modificar las reglas de esta forma tenderá a ser menos eficiente que un sistema que adopta las mismas reglas pero permite la modificación contractual”. KRONMAN. “Specific performance”. En: U. CHI. L. REV. No. 45. 1978. pp. 351, 370. Ver HADDOCK, MACEY y MCCHESENEY. “Property rights in assets and resistance to tender offers”. En: VA. L. REV. No. 73. 1987. pp. 701, 736 (“La capacidad de las empresas para pactar en contra de reglas legales costosas cuando alternativas privadas menos costosas están disponibles, debe ser una característica de cualquier contrato estandarizado eficiente”); ver también GOETZ & SCOTT. “Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. En: COLUM. L. REV. No. 77. 1977. p. 554 (argumentando que los estándares “imperativos” para determinar la ejecutabilidad de las cláusulas de auto-liquidación de daños deberían ser flexibilizados). Comparar con CLARKSON, MILLER & MURIS. “Liquidated damages v. penalties: sense or nonsense?”. En: WIS. L. REV. 1978. p. 351 (proporcionando lógica de eficiencia para las reglas imperativas de daños determinados).

¹⁶ Por ejemplo, Haddock y Macey han sugerido que las reglas imperativas en contra del *insider trading* son ineficientes pero han permanecido agnósticos acerca de si las corporaciones que desean permitir el *insider trading* deberían ser forzadas a “abandonar” una prohibición de *insider trading*, o si las corporaciones que desean prohibir el *insider trading* deberían ser forzadas a “conservar” tal sistema. HADDOCK y MACEY. “A Coasian model of insider trading”. En: NW. U.L. REV. No. 80. 1997. p. 1449.

¹⁷ Ver, por ejemplo, EASTERBROOK y FISCHEL. “Limited liability and the corporation”. En: U. CHI. L. REV. No. 52. 1985. pp. 89, 102 (“A la luz de la capacidad de las empresas de copiar o al menos aproximarse por contrato a su responsabilidad limitada o ilimitada, ¿la regla legal de responsabilidad limitada importa? La respuesta es sí, pero probablemente no mucho”).

¹⁸ Buscar en el pasado lo que los actuales litigantes “habrían querido” es analíticamente similar a mirar adelante lo que los contratantes potenciales querrán. Es preguntar (como frecuentemente hace Lea Brilmayer) “¿a quién están alentando las partes potenciales? En ambos casos la corte examina los incentivos *ex ante*. Mientras que cada parte tendrá incentivos *ex post* para transferir los costos al otro lado, *ex ante* las partes tienen un incentivo para asignar los riesgos al *least-cost avoider*. KRONMAN. “Mistake, disclosure, information and the law of contracts”. En: J. LEGAL STUD. No. 7. 1978. p. 1. Si una corte puede identificar que las partes de un contrato tenían *ex ante* intereses idénticos para asignar un cierto riesgo o deber de cumplimiento, luego puede, en cierto sentido, levantar *ex post* el velo adversario. De este modo, por ejemplo, aun si un arrendatario particular quiere evitar *ex post* el riesgo de daños por incendio, *ex ante* tanto los propietarios como los arrendatarios pueden haber preferido que el arrendatario asuma este riesgo como el *least-cost avoider*. Así, el hecho que luego de un incendio un arrendatario intente evitar la responsabilidad no es dispositivo de lo que los arrendatarios eventuales habrían contratado o, en realidad, de lo que este arrendatario particular habría contratado.

¹⁹ EASTERBROOK y FISCHEL. Nota 11 *supra*. pp. 14-15; ver también *ibid.* pp. 20-21 (la cláusula supletoria debería ser “la cláusula que las partes habrían seleccionado con información completa y contratación sin costo”); EASTERBROOK y FISCHEL. “Corporate control transactions”. En: Yale L.J. No. 91. 1982. pp. 698, 702 (los deberes fiduciarios supletorios son derivados de un contrato hipotético, imaginado por jueces, entre inversionistas y gerentes negociando entre ellos libres de costos de negociación); EASTERBROOK y FISCHEL. “The proper role of a target’s management in responding to a tender offer”. En: HARV. L. REV. No. 94. 1981. pp. 1161, 1182 (el derecho corporativo debería proporcionar “contratos” estándares del tipo que probablemente elegirían los accionistas...). El análisis de Calabresi y Melamed puede ser un antiguo antecedente del análisis de lo que las partes “habrían querido”. Ellos argumentan que las leyes pensadas en términos de eficiencia asignarían titularidades de naturaleza supletoria de modo similar a como harían las partes en un mundo sin costos de transacción. CALABRESI y MELAMED. Nota 1 *supra*. pp. 1093-1098.

²⁰ POSNER, R. Nota 2 *supra*. p. 372; ver también SCHWARTZ. “Proposals for products liability reform: a theoretical synthesis”. En: Yale L.J. No. 97. 1988. pp. 353, 361 (ofreciendo como regla supletoria “el contrato que las personas mejor informadas habrían adoptado si fueran a negociar sobre el tema”).

de su operación”²¹. Si bien estas investigaciones han examinado vigorosamente lo que partes particulares habrían contratado en escenarios contractuales específicos²², han fallado en cuestionar si el estándar de “lo que habrían querido” es conceptualmente sólido²³.

Así, a pesar de que académicamente se reconoce la diferencia analítica entre reglas supletorias e imperativas, aún debe proponerse una teoría detallada de cómo deberían ser establecidas las reglas supletorias. Es más, la falta de acuerdo en incluso cómo denominar el concepto “supletorio” es una evidencia del subdesarrollo de la teoría de estas reglas²⁴. Las reglas supletorias han sido alternativamente denominadas reglas de fondo, de soporte, facultantes, de apoyo, reglas para completar vacíos, confeccionadas, de exclusión, de reconocimiento, preformuladas, preestablecidas, presuntas, reglas en suspenso, estándar, y supletorias²⁵.

Este artículo proporciona una teoría de cómo cortes y legislaciones deberían establecer las reglas supletorias. Sugerimos que las reglas supletorias eficientes podrían tomar una variedad de formas que a veces discreparían del principio “lo que las partes habrían contratado”. Con este objeto, introducimos el concepto de “penalidades supletorias”. Éstas fueron diseñadas para

dar, al menos a una de las partes del contrato, un incentivo para pactar en contra de la regla supletoria y, por lo tanto, para elegir afirmativamente la disposición contractual que prefieren. En contraste con el conocimiento existente, las penalidades supletorias son fijadas, a propósito, donde las partes no habrían querido –con el objeto de propiciarlas a revelarse información o revelarla a terceros (especialmente a las cortes).

Este artículo también distingue entre reglas supletorias “a medida” y generales. Una regla supletoria “a medida” procura proveer a las partes contratantes precisamente lo que ellas “hubieran contratado”. Una regla supletoria “general”, fiel a su etimología, proporciona a las partes de todo contrato un único estándar que en algún sentido representa lo que la mayoría de partes contractuales querrían. La aproximación del Restatement (Second) of Contracts al llenado de vacíos, por ejemplo, es la de proporcionar reglas supletorias “a medida” que son “razonables en las circunstancias”²⁶. Debido a que las cortes evalúan la razonabilidad con relación a las “circunstancias” de las partes contratantes particulares, las reglas supletorias “razonables” por lo general suponen una determinación “a medida” de lo que las partes específicas habrían querido²⁷. En contraste, Charles

²¹ BAIRD y JACKSON. “Fraudulent conveyance law and its proper domain”. En: VAND. L. REV. No. 38. 1985. pp. 829, 835-836; ver también GOETZ y SCOTT. “The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation”. En: VA. L. REV. No. 69. 1983. pp. 967, 971 (“Idealmente, las reglas preformuladas proporcionadas por el estado deberían imitar los acuerdos a los que las partes contractuales llegarían si pudieran negociar sin costo cada detalle de la transacción”).

En el caso *Lewis v. Benedict Coal Corp.*, 361 U.S. 459 (1960), la Corte Suprema aplicó este estándar de establecimiento de regla supletoria en decidir si, ante la ausencia de provisiones contractuales explícitas, los pagos al fondo de pensión de un tercero beneficiario deberían estar sujetos a compensación si el sindicato rompe el contrato laboral subyacente. La Corte estableció, “sería justo asumir que si las partes hubieran anticipado la posibilidad de un incumplimiento por aquel al que se le prometió ellos habrían estipulado que quien prometió podría protegerse por los medios que hubieran estado disponibles en contra de aquel al que se le prometió en un contrato de dos partes”. Ibid. p. 468. La Corte luego distinguió lo que podrían haber querido las partes de un contrato colectivo de trabajo y en consecuencia estableció una regla supletoria de no-compensación. Ibid. p. 469.

²² Ver, por ejemplo, CRASWELL. “Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach”. En: S. CAL. L. REV. No. 61. 1988. p. 629; ver también las notas 136-139 *infra* (discutiendo el desacuerdo judicial entre los jueces Easterbrook y Posner).

²³ Charles Goetz y Robert Scott han escrito una de las investigaciones más serias sobre elección de reglas supletorias. GOETZ y SCOTT. “The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms”. En: CALIF. L. REV. No. 73. 1985. p. 261. Su teoría de reglas supletorias está basada en la idea de que un gran cuerpo de precedentes se desarrollará acerca de la interpretación y aplicación de una cláusula estándar. Las partes que pacten en contra de una cláusula estándar se enfrentarán a la perspectiva que las cortes interpreten su contrato en una forma inconsistente con sus intenciones originales. Así, las partes que prefieren una alternativa a la forma estándar pueden aceptar esta última por temor a una mala interpretación.

²⁴ La caracterización “supletorio” parece estar actualmente en boga. El profesor Robert Clark explica su etimología:

“Para aquellos que no han estado expuestos a esta jerga del mundo de las computadoras, las “reglas supletorias [default rules]” son las reglas que un programa sigue en ausencia de una elección explícita del usuario de tener otro principio que se aplique. Por ejemplo, su programa de procesador de texto puede establecer los márgenes de la hoja en 1 pulgada en cada uno de los lados salvo que usted se haya tomado el tiempo de aprender los comandos relevantes y establezca los márgenes de otra forma.” CLARK. “Contracts, elites, and traditions in the making of corporate law”. En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (p. 3, nota 9 del texto ubicado en los archivos de los autores).

²⁵ Ver BEBCHUK. “Limiting contractual freedom in corporate law: the desirable constraints on charter amendments”. En: HARV. L. REV. No. 102. 1989. p. 1820 (utilizando “exclusión” y “reconocimiento”); COFFEE. “The mandatory/enabling balance in corporate law: an essay on the judicial role”. En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (utilizando “facultantes”); EASTERBROOK y FISCHER. Nota 11 *supra* (utilizando “reglas en suspenso”, “facultantes”, “preestablecidas”, y “de apoyo”); EISENBERG. “The foundational model of the corporation”. En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (utilizando los términos “facultantes” y “supletorias”); GOETZ y SCOTT. Nota 21 *supra*. p. 971 (utilizando “preformuladas”); HADDONCK, MACEY y MCCHESENEY, Nota 15 *supra*. p. 736 (utilizando “supletorias” y “estándar”); SCHWAB, Nota 1 *supra*. p. 237 (utilizando “presuntas” y “confeccionadas”); SPEIDEL. “Restatement Second: omitted terms and contract method”. En: CORNELL L. REV. No. 67. 1982. p. 785 nota 2 (utilizando “reglas para completar vacíos”).

²⁶ *Restatement (Second) of Contracts § 204* (“Supplying an Omitted Essential Term”) (estableciendo una regla supletoria para que una cláusula faltante sea “una cláusula que es razonable en las circunstancias”). Ver SPEIDEL. Nota 25 *supra*. pp. 792-809.

²⁷ Por ejemplo, U.C.C. § 2-306, que rige los contratos de producción y requerimiento, establece como una regla supletoria que: “En la ausencia de una valoración fijada, “ninguna cantidad irrazonablemente desproporcionada... a cualquier contrato de producción o requerimiento previo normal o comparable, puede ser ofrecida o demandada”. U.C.C. § 2-306(1) (1976). En la determinación de la razonabilidad, las cortes son requeridas expresamente por el U.C.C. a observar características específicas de las partes contratantes. Por ejemplo, “un cese por falta de órdenes podría ser permisible por un comprador en un contrato de suministro, mientras que un cese meramente para reducir las pérdidas no”. U.C.C. § 2-306(1) comment 2 (1976).

Goetz y Robert Scott han propuesto que las cortes deberían establecer reglas supletorias generales preguntando “¿qué acuerdos preferirían la mayoría de partes negociadoras?”²⁸.

Este artículo proporciona una teoría general sobre cuándo cortes o legislaciones enfocadas en la eficiencia deberían establecer penalidades supletorias y cómo deberían decidir entre reglas “a medida” y generales. Algunas reglas supletorias legislativas y del *common-law* están claramente reñidas con el principio “lo que habrían querido”. Si bien este artículo no hace la afirmación positivista que las reglas supletorias actuales son eficientes, sí ofrece una explicación más completa sobre la actual diversidad de las reglas supletorias.

Un componente esencial de nuestra teoría sobre reglas supletorias es nuestra expresa consideración a las fuentes de vacíos contractuales. Distinguimos entre dos razones básicas para los vacíos²⁹. Los académicos han atribuido los vacíos principalmente a los costos de contratar. Los contratos pueden ser incompletos debido a que los costos de transacción que se generan por contratar explícitamente sobre una cierta contingencia son mayores que los beneficios³⁰. Estos costos de transacción pueden incluir honorarios legales, costos de negociación, costos de redacción del proyecto e impresión, costos de investigar la probabilidad y los efectos de una contingencia y, los costos para las partes y cortes de verificar si se produjo la contingencia. Las partes racionales compararán estos costos con los beneficios de establecer una regulación contractual para una contingencia particular. Si la magnitud o probabilidad de una contingencia es suficientemente baja, un

contrato puede ser indiferente a tal contingencia incluso si los costos de transacción son relativamente bajos.

La aproximación “lo que las partes habrían querido” para el llenado de vacíos es una derivación natural de la explicación de costos de transacción al problema de los contratos incompletos. Los legisladores pueden minimizar los costos de contratar escogiendo la regla supletoria que la mayoría de partes contratantes habrían querido. Si hay costos de transacción por contratar explícitamente respecto de una contingencia, las partes preferirán dejar el contrato incompleto. Efectivamente, mientras los costos de transacción aumentan, también lo hace la disposición de las partes para aceptar una regla supletoria que no es exactamente la que ellas hubieran contratado. Los académicos que atribuyen los vacíos contractuales a la existencia de los costos de transacción se encuentran naturalmente atraídos a escoger reglas supletorias que la mayoría de partes contratantes “habrían querido”, debido a que estas reglas supletorias mayoritarias parecen minimizar los costos de contratación.

Sin embargo, demostramos que para la selección de las reglas supletorias esta aproximación mayoritaria de “lo que habrían querido” es, por varias razones, incompleta. Primero, la aproximación mayoritaria falla en explicar los posibles costos dispares de contratar o de dejar de contratar en contra de diferentes reglas supletorias³¹. Por ejemplo, si es más probable que la mayoría de partes pacten en contra de la regla preferida por la minoría (a que la minoría lo haga en contra de la regla de la mayoría), entonces escoger la regla supletoria de la minoría podría llevar a un mayor

²⁸ GOETZ y SCOTT. Nota 21 *supra*. p. 971.

²⁹ Hay dos formas distintas para que un contrato sea incompleto. Primero, un contrato puede omitir especificar los deberes de las partes para contingencias futuras específicas. Por ejemplo, un contrato para construir un tercer piso en una casa puede no señalar los respectivos derechos y responsabilidades de las partes si la casa entera se quema antes del inicio de la construcción. Dado que la construcción del tercer piso es imposible (sin los otros dos pisos), el contrato no cubre la contingencia de que la casa se queme totalmente.

La segunda forma en la que un contrato puede resultar incompleto es más sutil. Un contrato también puede ser incompleto cuando es insensible a contingencias futuras relevantes. Bajo esta segunda forma de contratos incompletos, los deberes de las partes están completamente especificados, pero los contratos son incompletos debido a que esos deberes especificados no están hechos a la medida de eventos futuros económicamente relevantes. Ver SPIER, K. “Incomplete contracts in a model with adverse selection and exogenous costs of enforcement”. Diciembre, 1988 (manuscrito inédito en los archivos de los autores) (discutiendo las causas para tales contratos incompletos). Por ejemplo, considere un contrato que simplemente obliga a una parte a construir un garaje de forma adyacente a una casa. A primera vista este contrato impone un deber de construcción del garaje se incendie o no la casa adyacente antes de terminar la construcción del garaje. Sin embargo, el contrato es incompleto en este segundo sentido porque el deber de construir el garaje no es suficientemente dependiente de futuras contingencias. Si la casa adyacente se quema, las partes probablemente querrían ajustar los términos del contrato. Llamamos a tales: contratos en los que las contingencias futuras no han sido suficientemente reguladas.

Las cortes reconocen la primera forma de contratos incompletos y saben que deben decidir cómo llenar el vacío. Por ejemplo, la no-ejecución es una forma como las cortes pueden cubrir el vacío. Las cortes pocas veces reconocen la segunda forma de contratos incompletos. Esto es, por lo general son cortes que se encuentran poco dispuestas a alterar (simplemente hacen cumplir) los términos de un contrato en los que las contingencias futuras no han sido suficientemente reguladas. La excepción principal a una ejecutabilidad estricta es la doctrina de la imposibilidad (o impracticabilidad económica) con la cual las cortes rechazan a veces la ejecución cuando el cumplimiento, si bien es literalmente posible, no es eficiente *ex post*. Ver POSNER y ROSENFELD. “Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis”. En: J. LEGAL STUD. No. 6. 1977. pp. 83, 87 (discutiendo los contornos legales de la doctrina de la imposibilidad).

³⁰ Ver WILLIAMSON, O. “The economic institutions of capitalism”. 1985; MACNEIL. “Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law”. En: NW. U.L. REV. No. 72. 1978. pp. 854, 871-73; SHAVELL. “Damage measures for breach of contract”. En: BELL J. ECON. No. 11. 1980. pp. 466, 468 (“Debido a los costos involucrados en la enumeración y negociación de los deberes contractuales bajo el alcance total de las contingencias relevantes, es normalmente poco práctico hacer contratos que se acerquen al grado completo”).

³¹ Ver Sección II.

número de contratos eficientes. Segundo, el conocimiento existente proporciona poca orientación sobre que tan “a medida” o específico debería ser el análisis³². Finalmente, los mismos costos derivados de negociar *ex ante* podrían alentar a las partes a que ineficientemente cambien el proceso de llenado de vacíos por una determinación *ex post* de la corte³³. Si es costoso para las cortes determinar lo que las partes habrían querido, podría ser eficiente elegir una regla que induzca a las partes a contratar explícitamente. En otras palabras, las penalidades supletorias son apropiadas cuando es más barato para las partes negociar un término *ex ante* que para las cortes determinar *ex post* lo que las partes habrían querido. Las cortes, que son públicamente subsidiadas, deberían dar a las partes incentivos para negociar *ex ante* penalizándolos por los vacíos ineficientes.

Este artículo propone además una segunda causa de vacíos contractuales que es el centro de gran parte de nuestro análisis. Nos referimos a esta causa de vacíos como estratégica³⁴. Una parte podría estratégicamente retener información que incrementa las ganancias totales de contratar (el “tamaño del *pie*”) en orden a incrementar su porción de las ganancias derivadas de contratar (su “porción del *pie*”). Al intentar pactar en contra de una cierta regla supletoria, una parte podría revelar información a la otra que afecte la forma en que se divide el *pie* contractual. Así, por ejemplo, la parte más informada podría preferir tener una precaución ineficiente en vez de pagar un precio mayor por el bien³⁵. Mientras que los analistas anteriormente han explicado la contratación incompleta sólo en términos de los costos de redactar disposiciones adicionales, nosotros argumentamos que los vacíos contractuales pueden resultar también del comportamiento estratégico de partes relativamente informadas. Al cambiar las reglas supletorias de juego, los legisladores pueden reducir

importantemente las oportunidades de que se presente este comportamiento estratégico de búsqueda de rentas³⁶. En particular, la posibilidad de vacíos estratégicos nos lleva a sugerir que a veces los legisladores que piensan en términos de eficiencia deberían elegir penalidades supletorias que induzcan a las partes informadas a revelar información por contratar en contra de la regla supletoria. El comportamiento estratégico de las partes en la formación del contrato puede justificar interpretaciones contractuales estratégicas de las cortes³⁷.

Nuestro análisis, por lo tanto, va más allá del conocimiento existente que señala que las reglas supletorias deberían ser simplemente lo que la mayoría de partes contratantes habrían querido. Al elegir entre reglas supletorias, los legisladores deberían ser sensibles a los costos de pactar en contra, y a los costos de dejar de pactar en contra, de reglas supletorias particulares. Mostramos que diferentes reglas supletorias pueden llevar a diferentes grados de “separación” y “reunión”³⁸. En un equilibrio de “separación”, los diferentes tipos de partes contratantes por el hecho de asumir los costos de pactar en contra de una regla supletoria no deseada se separan en relaciones contractuales distintas. En un equilibrio de “reunión”, los diferentes tipos de partes contratantes no pactan en contra de la regla supletoria, evitando así los costos de transacción pero soportando las ineficiencias generadas por las disposiciones sustantivas de la regla supletoria.

A diferencia del análisis mayoritario, nuestro análisis muestra que podría ser eficiente elegir una regla que de hecho no es del agrado de la mayoría de personas. Para establecer reglas supletorias de forma eficiente, los legisladores no sólo deben saber lo que las partes contratantes quieren, sino cuántas probablemente lo consigan y a qué costo. Recomendamos una sensibilidad legal mayor y más explícita respecto a las

³² Ibid.

³³ Jeffrey Gordon argumenta que la aproximación “lo que habrían querido” es también equivocada porque transfiere los riesgos al *ex ante* *least-cost avoider* pero, como es aplicado en la mayoría de cortes, no compensa en realidad a quien asume *ex post* el riesgo. GORDON. Nota 13 *supra*. p. 61 (el problema con un argumento de negociación hipotética, “como otros argumentos de Kaldor-Hicks, es que no garantiza que cada parte recibirá en realidad una porción más grande, o una porción del tamaño adecuado” (cita omitida)).

³⁴ Para ejemplos de vacíos estratégicos revisar la Sección II. Una tercera razón para la existencia de contratos incompletos es que algunas contingencias pueden ser simplemente imprevisibles para todas las partes contractuales. En este caso, la regla supletoria no afectará las acciones de las partes dado que por definición ellas no consideran la contingencia al decidir qué hacer. Probablemente no habrá razón para considerar el efecto *ex ante* de la regla porque no tendrá ninguno.

Hay un “pero” a este argumento: el comportamiento puede ser afectado si las partes están al tanto de que existen contingencias no previstas pero no son capaces de averiguar la naturaleza de éstas. Por ejemplo, las partes que están enteradas que una variedad de contingencias imprevisibles pueden afectar el precio por el cual deberían contratar pueden escoger un contrato que incluya una cláusula de precio razonable en vez de fijar un precio o establecer una regla de precio que estén en función a estas contingencias previsibles. De este modo el precio podrá responder a contingencias imprevistas. Para una caracterización de utilidad-teórica del comportamiento en la presencia de contingencias imprevisibles, revisar KREPS, D. “Static choice in the presence of unforeseen contingencies”. Agosto, 1988. (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores). La elección de reglas supletorias óptimas para tales contingencias imprevisibles está fuera del alcance de este artículo. Para una discusión de la regla apropiada, ver POSNER y ROSENFELD. Nota 29 *supra*.

³⁵ Ver SPIER, K. Nota 29 *supra*. (formalizando esta renuencia estratégica a revelar información).

³⁶ Ver Sección I-C.

³⁷ El comportamiento estratégico ineficiente frecuentemente provocará contra estrategias de promoción de la eficiencia de otros agentes económicos. Ver EASTERBROOK. “Predatory strategies and counterstrategies”. En: U. CHI. L. REV. No. 48. 1981. p. 263.

³⁸ Ver las notas 113-116 *infra*.

formas en que las reglas supletorias afectarán al “equilibrio” contractual resultante³⁹.

Finalmente, antes de decidir cómo llenar los vacíos, las cortes deben decidir si es que acaso el contrato tiene uno. En otras palabras, las cortes deben decidir si los contratos ya asignan un riesgo o un deber particular. Mostramos que este problema de la existencia del vacío es idéntico al problema de qué es suficiente pactar en contra de una regla supletoria particular⁴⁰. Mientras que de acuerdo con el conocimiento existente los legisladores deberían minimizar los costos de pactar en contra de las reglas supletorias⁴¹, nosotros sugerimos que las cortes y legislaciones que piensan en términos de eficiencia podrían querer incrementar intencionalmente estos costos de transacción para desalentar que las partes pacten en contra de ciertas reglas supletorias.

El artículo tiene tres secciones. La Sección I trata acerca de la posible eficiencia de las penalidades supletorias. La Sección II integra las penalidades supletorias en un modelo más general de elección de regla supletoria, modelo que sugiere cuándo una regla, “a medida” o general, será eficiente. Luego la Sección III desarrolla una teoría de definición de vacíos que determina lo que debería bastar para pactar en contra de una regla supletoria dada.

I. PENALIDADES SUPLETORIAS

A. La regla supletoria de cantidad cero

La diversidad de estándares supletorios puede incluso ser vista al contrastar el tratamiento legal de los dos términos contractuales más elementales: precio y cantidad. Si bien el precio y la cantidad son

probablemente los puntos más esenciales sobre los cuales se debe llegar a un acuerdo, el U.C.C. establece reglas supletorias radicalmente distintas. Si las partes omiten el precio, el U.C.C. cubre el vacío con “un precio razonable”⁴². Si las partes omiten la cantidad, el U.C.C. se niega a hacer cumplir el contrato⁴³. Básicamente, el U.C.C. establece que la cantidad supletoria deba ser cero.

¿Cómo puede ocurrir esto? El estándar de precio razonable del U.C.C. puede ser parcialmente conciliado con el conocimiento existente que señala que las reglas supletorias deben ser fijadas en lo que las partes habrían contratado⁴⁴. ¿Pero por qué el U.C.C. no trata análogamente la falta de un acuerdo sobre la cantidad cubriendo el vacío con la cantidad razonable que las partes habrían querido? Evidentemente, las partes no habrían decidido incurrir en los gastos de contratar con la intención que nada sea intercambiado.

Sugerimos que la regla supletoria de cantidad cero no puede ser explicada con el principio de “lo que las partes habrían querido”. En cambio, una razón para la regla puede ser hallada comparando los costos de contratar *ex ante* con los de litigar *ex post*. La regla de la cantidad cero puede ser justificada debido a que es más barato para las partes establecer el término de cantidad de antemano que para las cortes determinar después el hecho de lo que las partes habrían querido.

No es sistemáticamente más fácil para las partes calcular *ex ante* la cantidad que el precio, pero es sistemáticamente más difícil para las cortes calcular *ex post* la cantidad que el precio. Para estimar un precio razonable, las cortes pueden en gran parte confiar en información del mercado del tipo “¿a cuánto se estaban vendiendo los “nabos de suecia” el 3 de julio?”⁴⁵. Pero para estimar una cantidad razonable,

³⁹ Algunas veces encontraremos útil distinguir entre situaciones en las cuales las partes negocian en ignorancia de la regla supletoria y situaciones en las que negocian bajo la sombra de ellas. En el primer caso, las partes no saben cómo resolverán las cortes si la contingencia en cuestión ocurre, mientras que en el segundo caso las partes conocen la regla supletoria legal (pero pueden no saber cierta información sobre la otra parte). Ver notas 58-60 *infra*.

⁴⁰ Ver Sección III.

⁴¹ Ver EASTERBROOK y FISCHER. Nota 11 *supra*. pp. 21-30.

⁴² U.C.C. § 2-305 (1) señala: “Las partes pueden cerrar un contrato de compraventa aun cuando el precio no esté establecido si así se lo proponen. En tal caso el precio es un precio razonable al momento de la entrega...” U.C.C. § 2-305 (1976).

⁴³ U.C.C. § 2-201 establece que un “contrato... no es ejecutable bajo esta [disposición] más allá de la cantidad indicada de bienes...” U.C.C. § 2-201 (1) (1976). El *official comment* agrega que: “el único término que debe aparecer es el término de cantidad, que no necesita estar indicado con exactitud pero el reintegro está limitado a la cantidad señalada”. U.C.C. § 2-201 (1) (*official comment*) (1978). En algunos casos, la falta del término de cantidad simplemente evidenciará que las partes no tuvieron un acuerdo de voluntades. Pero incluso si hay suficientes indicios objetivos de un intento por contratar (y aun si no se plantea el *statute of frauds* como una defensa afirmativa), las cortes pueden negarse a hacer cumplir el contrato por impreciso. Ver los casos *Jessen Bros. v. Ashland Recreation Ass’n.*, 204 Neb. 19, 281 N.W.2d 210 (1979) (contrato para la venta de césped no ejecutable por falta de término específico de cantidad); *Burke v. Campbell*, 258 Mass. 153, 154 N.E. 759 (1927) (contrato parcialmente no ejecutable debido a que no estableció cuántas acciones recibiría el demandante a cambio de financiar la corporación); *King v. Krischer Mfg. Co.*, 220 A.D. 584, 222 N.Y.S. 66 (1927) (contrato no ejecutable porque “una cantidad de mercancía” es demasiado impreciso).

⁴⁴ Una simple aproximación del tipo “lo que las partes habrían querido” tiene problemas para explicar por qué las partes escogerían un precio razonable al momento de la entrega en vez de al momento de la contratación. No hay razón alguna para pensar que las partes sistemáticamente preferirían una asignación de riesgo a la otra. Sin embargo, uno puede determinar la regla supletoria eficiente preguntando “¿por qué las partes no contrataron explícitamente el precio?”. Aquellas partes que deseen asignar el riesgo de fluctuación de costos en el vendedor probablemente contratarán un precio al momento de contratar. Aquellas que deseen asignar el riesgo en el comprador intentarán contratar un precio basado en los costos al momento de la entrega. Incluir esa cláusula en el contrato podría resultar costoso debido a la dificultad que implica medir con exactitud los costos del vendedor. Las partes podrían preferir confiar en llegar a un acuerdo bajo la sombra de la regla supletoria de precio razonable de la corte.

⁴⁵ Este análisis sugiere que las cortes estarían menos dispuestas a hacer cumplir los contratos en mercados “delgados” [“thin” markets] en los cuales el precio de mercado no es fácil de averiguar. Ver HADDONCK, MCCHESENEY y SPIEGEL. “An ordinary economic rationale for extraordinary legal sanctions”. En: CALIF. L. REV. No. 78 (de aparición en 1990) (discutiendo que tan eficientes se volverán las reglas legales en relación al “grosor” del mercado).

las cortes necesitarían realizar un análisis más costoso de los litigantes individuales del tipo “¿en cuánto valoraron el comprador y el vendedor cada nabo adicional?”.

La regla supletoria de cantidad cero del U.C.C. es lo que denominamos una “penalidad supletoria”. Dado que *ex ante* ninguna de las partes querría un contrato de cantidad cero, tal regla sanciona a las partes en el caso que dejen de positivamente indicar la cantidad deseada. Debido, además, que la regla supletoria de no-ejecución sanciona potencialmente a ambas partes, las alienta a incluir un acuerdo de cantidad⁴⁶.

B. Hacia una teoría más general sobre las penalidades supletorias

Por definición, las penalidades supletorias dan al menos a una de las partes del contrato un incentivo para pactar en contra. Desde una perspectiva de eficiencia, las penalidades supletorias pueden ser justificadas como una manera de fomentar la producción de información⁴⁷. El mismo proceso de “pactar en contra” puede revelar información a las partes del contrato o a terceros. Estas reglas pueden ser justificadas como una forma de proporcionar 1) incentivos a las partes del contrato para revelar información a terceros, especialmente a las cortes⁴⁸, o 2) incentivos para que una parte del contrato mejor informada revele información a una parte menos informada.

Por ejemplo, la regla supletoria de cantidad cero les da incentivos a las partes del contrato para revelar sus intenciones contractuales cuando sería costoso para una corte descubrir *ex post* esta información. Esta justificación –de que contratar *ex ante* puede ser más barato que litigar *ex post*– también puede explicar la regla general del *common-law* que señala que “para que un contrato sea obligatorio los términos del contrato deben ser

razonablemente ciertos y finales”⁴⁹. Del mismo modo, esta lógica puede explicar las normas corporativas que crean incentivos para que los fundadores declararen el número de acciones autorizadas, el domicilio legal, y, es más, el estado donde se constituye⁵⁰. Las leyes que se niegan a hacer cumplir las actas de constitución que carezcan de estas disposiciones crean incentivos similares a aquellos creados por la negativa del *common-law* de hacer cumplir los contratos vagos o imprecisos. En ambos casos, las partes pueden hacer estas elecciones contractuales de forma más eficiente *ex ante*.

Los legisladores deberían elegir la regla que disuada los vacíos ineficientes al menor costo social. Cuando la lógica es proporcionar información a las cortes, la regla supletoria de no-ejecución probablemente resulte eficiente. Las reglas supletorias de no-ejecución probablemente proporcionen una disuasión menos costosa debido a que son baratas de hacer cumplir y dan a cada parte los incentivos para pactar en contra de la misma. Podría parecer que una penalidad supletoria impuesta únicamente sobre una de las partes del contrato sería suficiente para conseguir que ambas partes revelen información. Por ejemplo, una penalidad supletoria que hace vender a un vendedor a un décimo del precio de mercado ciertamente fomentaría a los vendedores a cubrir afirmativamente cualquier vacío de precios. Pero penalidades sobre una parte pueden ser la ganancia inesperada de la otra. Las penalidades de una parte pueden crear incentivos de oportunismo⁵¹. En el ejemplo anterior, el comprador no penalizado tiene incentivos para inducir a los vendedores a entrar en contratos imprecisos en orden de extraer la renta derivada de la penalidad⁵². Al llevar a cada parte a su estado de bienestar *ex ante*, la regla de no-ejecución elimina este potencial de oportunismo.

En contraste, cuando la lógica es informar a la parte contractual relativamente desinformada, la penalidad

⁴⁶ Aun si el sistema judicial no estuviera subsidiado, la regla supletoria de cantidad cero podría ser justificada por preocupaciones paternalistas. Por ejemplo, si las partes privadas están desinformadas o sistemáticamente subestiman los costos de una determinación judicial *ex post* de una cantidad “razonable”, podría ser de interés social disuadir a las partes de, equivocadamente, dejar de negociar *ex ante* la cantidad del contrato. Esta lógica para la regla antes anunciada descansa en la suposición que las partes pagan menos que el costo total de su litigio *ex post*. Las partes pueden bajar sus costos de transacción cambiando las negociaciones subsidiadas de forma privada *ex ante* por un litigio subsidiado públicamente *ex post*. Si las partes internalizan por completo los costos *ex post* del litigio, deberían ser capaces de elegir la forma de negociación más barata.

⁴⁷ Al fomentar la revelación de información, los legisladores deberían ser sensibles a la influencia que pueden tener las reglas supletorias en los incentivos de las partes para adquirir la información en primer lugar. Ver las notas 93 y 94 *infra*.

⁴⁸ Las penalidades supletorias pueden establecerse para proporcionar información a terceros diferentes de las cortes. Por ejemplo, en el derecho corporativo se pueden llevar a cabo ciertas modificaciones que estén en conformidad con la ley, en cambio otras modificaciones sólo pueden ser hechas modificando el acta de constitución. Ver nota 148 *infra*. Requerir ciertas modificaciones en los artículos del acta de constitución revela información a terceros interesados, como los acreedores, debido a que esos artículos son registrados públicamente en la Secretaría de Estado. Ver, por ejemplo, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 2.01 (1987)* (requiriendo el registro del acta de constitución).

⁴⁹ *Caso Steinberg v. Chicago Medical School*, 41 Ill. App. 3d 804, 807, 354 N.E.2d 586, 589 (1976); ver también el caso *Parks v. Atlanta News Agency*, 115 Ga. App. 842, 156 S.E.2d 137 (1967); 1 A. CORBIN, *CORBIN ON CONTRACTS § 95 (1952 & Supp. 1989)*, 1 S. WILLISTON, *A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS § 37 (3d ed. 1957 & Supp. 1978)*.

⁵⁰ Ver *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 2.02 (1987)*.

⁵¹ Posner define el oportunismo (en relación al deber contractual del *common-law* de actuar en buena fe) como “tomar ventaja de la vulnerabilidad de la otra parte del contrato...esto es debido al carácter secuencial del cumplimiento”. POSNER, Nota 2 *supra*, p. 81.

⁵² Incentivos oportunistas similares han sido analizados en otras áreas del derecho contractual. Ver, por ejemplo, CLARKSON, MILLER y MURIS. “Liquidated damages versus penalties: sense or nonsense?”. En: WIS. L. REV. 1978. p. 351 (la no-exigibilidad de las cláusulas de penalidad previene la inducción de incumplimientos oportunistas); GOETZ y SCOTT. Nota 15 *supra*, p. 586 (el requisito de adopción de medidas destinadas a mitigar los daños de una conducta ajena elimina los incentivos de una conducta oportunista por parte del acreedor en caso de incumplimiento). De forma más general, la ineficiencia de penalidades excesivas ha sido detallada en la bibliografía económica del delito. Ver, por ejemplo, POSNER, R. Nota 2 *supra*, pp. 205-212; BECKER. “Crime and punishment: an economic approach”. En: J. POL. ECON. No. 76. 1968. p. 169.

supletoria debería ser establecida en contra de la parte informada⁵³. Esto es especialmente cierto cuando la parte desinformada lo es también acerca de la regla supletoria. Si la parte desinformada no sabe que hay una regla supletoria de penalidad, no tendrá incentivos oportunistas.

En algunas situaciones es razonable esperar que una de las partes del contrato esté sistemáticamente informada acerca de la regla supletoria y acerca de la probabilidad de que se presente una contingencia. Si una parte está permanentemente en similar escenario contractual mientras la otra rara vez lo está, es razonable presumir que la primera está mejor informada. Considere, por ejemplo, el tratamiento de las comisiones de los corredores inmobiliarios cuando un comprador incumple un contrato de compraventa. Tales contratos típicamente incluyen una cláusula que obliga al comprador a perder cierta cantidad de dinero entregado en anticipo si incumple el acuerdo. ¿Cómo debería ser repartido el dinero entregado en anticipo entre el vendedor y el corredor si su contrato de agencia no prevé esta contingencia? Algunas cortes han adoptado una aproximación del tipo “lo que las partes habrían querido” y han concedido todo el dinero del anticipo al vendedor⁵⁴. Estamos de acuerdo con esta decisión, pero por otras razones⁵⁵. Es más probable que el corredor de bienes inmuebles esté más informado que el vendedor acerca de la regla supletoria. De hecho, el vendedor puede incluso no considerar cómo dividir el dinero del anticipo en caso de incumplimiento⁵⁶. Entonces, si el contrato eficiente permitiría que algo del anticipo sea entregado al vendedor, la regla debería ser establecida en contra del corredor para inducirlo a plantear el asunto. De lo contrario, si se establece la regla de tal modo que favorezca al corredor, el vendedor puede no plantear el asunto, y el corredor estará feliz de tomar ventaja de la ignorancia del vendedor. Al establecer la regla supletoria

en favor de la parte desinformada, las cortes inducen a la parte informada a revelar información y, por consiguiente, a resultados contractuales eficientes.

Si bien el bienestar social puede aumentar al forzar a las partes a revelar información a un sistema judicial subsidiado, es más problemático entender por qué la sociedad tendría un interés de eficiencia en inducir a una parte relativamente informada a revelar información a la parte relativamente desinformada. Después de todo, si revelar información es eficiente porque aumenta el valor creado por el contrato, inicialmente uno podría esperar que la parte informada tendrá un incentivo privado suficiente para revelar la información —el incentivo de dividirse un *pie* más grande. Sin embargo, este argumento ignora la posibilidad de que la revelación de información podría aumentar el tamaño total del *pie* y simultáneamente reducir la porción que recibe la parte informada. Si el “efecto porción del *pie*” domina al “efecto tamaño del *pie*”, las partes informadas podrían elegir retener información relevante⁵⁷.

Las partes se pueden comportar estratégicamente no sólo porque tienen una mayor información sobre la regla supletoria, sino porque tienen información superior sobre otros aspectos del contrato. Sugerimos que una parte que sabe que una regla supletoria en particular es ineficiente podría escoger no negociar para cambiarla. La parte informada puede no querer revelar su información durante la negociación si dicha información daría una ventaja negociadora a la otra parte.

¿Cómo puede ocurrir que al incrementar las ganancias totales de contratar (el efecto tamaño del *pie*) la parte informada pueda terminar con una porción menor de las ganancias (el efecto porción del *pie*)⁵⁸? Este artículo demuestra cómo las partes relativamente informadas pueden beneficiarse a veces de la retención estratégica

⁵³ Ver notas 57-73 *infra*.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, *Dennis Reed, Ltd. v. Goody, 2 K.B. 277 (1950)*; ver también DUKEMINIER, J. y KRIER, J. “Property”. Segunda edición, 1988. pp. 554-555 (discutiendo la evolución de la regla del *common-law*).

⁵⁵ El dinero entregado en anticipo es usado para forzar al comprador a internalizar los costos en los que incurre el vendedor al retirar la propiedad del mercado desde el momento de la firma del contrato de compraventa hasta el cumplimiento o, en este caso, incumplimiento. Dado que estos costos son largamente asumidos por el vendedor, debe recibir la compensación. Además, el vendedor puede desear darle incentivos al corredor para que encuentre un comprador que no incumplirá. Permitir que el corredor comparta el anticipo reducirá o eliminará este incentivo. Sin embargo, una razón para que el vendedor y el corredor hayan contratado que éste reciba parte del anticipo es que, luego del incumplimiento del comprador inicial, puede ser necesaria una venta rápida lo cual puede ocasionar que el vendedor baje el precio. Lo que a su vez disminuiría la comisión del corredor. Así, una aproximación del tipo “lo que las partes habrían querido” podría producir una regla supletoria por la cual un corredor reacio al riesgo recibe una porción del dinero entregado en anticipo.

⁵⁶ Desde luego, las personas contratan abogados en parte para determinar los puntos, contingencias y reglas supletorias relevantes de una negociación. Por consiguiente, nuestro argumento es más aplicable en los escenarios contractuales donde los abogados no están implicados.

⁵⁷ Es común retener información socialmente valiosa para obtener beneficios privados. En orden a aumentar sus ganancias las compañías pueden retener información a sus competidores sobre innovaciones; los compradores de autos pueden retener información acerca de opciones o accesorios particulares que ellos valoran si esta información indica a los vendedores una mayor disposición a pagar por el automóvil; y los atletas profesionales pueden retener información sobre lesiones para incrementar sus salarios, aun cuando su equipo pueda contratar suplentes ineficientemente.

⁵⁸ Si, bajo un grupo dado de reglas supletorias, un vendedor quiere vender un suéter que valora en \$50 a un comprador que lo valora en \$150, entonces el acuerdo creará un valor de \$100 sin pactar en contra de cualquiera de las reglas supletorias. En otras palabras, la ganancia total de contratar será \$100. Las partes se dividirán esta ganancia en el valor negociando un precio entre \$50 y \$150. Sin embargo, suponga que el comprador (y sólo el comprador) tiene información que haría que el suéter valga \$200 para él si el vendedor asumiera un deber que está fuera de las disposiciones supletorias y que le costaría \$10 al vendedor. Las ganancias totales de este intercambio no supletorio serían \$140 (\$200 - \$50 - \$10). ¿Cómo podría el comprador perder al revelar información que incrementó el tamaño del *pie* en \$40? Si las partes aceptan las disposiciones supletorias y negocian un precio de \$100 (lo que implica que cada parte recibe una porción de las ganancias de \$50), ¿cómo puede ocurrir que revelar la información que aumenta el valor —al contratar el deber no supletorio— reduciría la porción del comprador a menos de \$50 (lo que implica que el precio negociado superaría los \$150 y que la porción del vendedor excedería los \$90)?

de información que, si es revelada, incrementaría el tamaño del *pie*. Un comprador informado, por ejemplo, puede no ser identificado dentro de lo que el vendedor percibe equivocadamente como una clase similar de compradores. Al mezclarse con la clase común de contratistas, un comprador o vendedor puede recibir un subsidio cruzado en el precio debido a que la otra parte negociará como si estuviese ante un miembro promedio de la clase. Una parte informada puede preferir permanecer en esta comunidad contractual ineficiente, pero subsidiada, en vez de moverse a una comunidad eficiente, pero sin subsidios. Si pactar en contra de la regla supletoria reduce suficientemente este subsidio cruzado, el efecto de la porción del *pie* puede superar al efecto del tamaño del *pie* debido a que la porción del *pie* supletorio de la parte informada estaba, en un sentido, subsidiada artificialmente por otros miembros de la clase contractual. Bajo este escenario, la retención de información aparece como un tipo de búsqueda de rentas⁵⁹ en la cual la parte informada sacrifica el valor adicional que acompaña a la revelación de información para obtener una porción más grande del *pie* contractual⁶⁰.

C. Penalidades supletorias en acción

1. Daños no compensados en el caso *Hadley v. Baxendale*

Un ejemplo de cómo una regla supletoria de penalidad puede restringir el comportamiento de búsqueda de rentas puede ser visto en el venerable caso de *Hadley v. Baxendale*⁶¹. En éste un molinero de Gloucester contrató a un transportista para transportar un eje

malogrado a Greenwich. El envío se retrasó, y el molinero demandó al transportista por daños indirectos de la pérdida de ganancias mientras el molino estuvo inoperativo. La corte, sosteniendo que sólo los daños indirectos previsibles podrían ser concedidos, revocó el pago de daños y ordenó un nuevo proceso⁶².

La decisión en el caso *Hadley* opera como una penalidad supletoria. El molinero podría haber informado al transportista de los daños potenciales indirectos y contratado un seguro completo de daños⁶³. La regla supletoria del caso *Hadley* de denegar los daños imprevisibles podría no ser consistente con lo que partes completamente informadas habrían querido. Los daños indirectos del molinero fueron reales y el transportista podría haber sido quien asuma este riesgo de forma más eficiente. Por lo general, los molineros pueden querer que sean los transportistas quienes los compensen por los daños indirectos que pudieran prevenir a un menor costo⁶⁴. Por el contrario, la regla supletoria puede ser entendida como un estímulo intencional para que el molinero, como parte mejor informada, revele esa información al transportista. Informar al transportista crea valor debido a que si el transportista prevé la pérdida, podrá prevenirla de manera más eficiente⁶⁵. Sin embargo, revelar la información al transportista sin duda incrementará el precio del envío. No obstante, mientras los costos de transacción no sean prohibitivos, un molinero con daños indirectos elevados ganará por el hecho de revelar información y contratar con el transportista un seguro más alto debido a que el transportista es el *least-cost avoider*.

Esto no significa que no podría haber una respuesta igual de eficiente del mercado si *Hadley* hubiera ido

⁵⁹ En términos generales, la búsqueda de rentas "surge dondequiera que las partes tengan un incentivo para gastar recursos reales para capturar algo de valor". GOLDBERG, V. "Readings in the economics of contract law". 1989. p. 49. La retención estratégica representa una especie de búsqueda de rentas porque la parte relativamente informada destina los recursos reales de un contrato ineficiente para capturar un subsidio cruzado.

⁶⁰ Una corte que piensa en términos de equidad podría alentar la revelación de información para fomentar una distribución equitativa de las ganancias de contratar, aun si al hacerlo reduce esas ganancias.

⁶¹ 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). William Bishop también ha discutido cómo la regla *Hadley* podría promover la revelación eficiente de información. Ver BISHOP. "The contract-tort boundary and the economics of insurance". En: J. LEGAL STUD. No. 12. 1983. pp. 241, 254; BEBCHUK y SHAVELL. "Information and the scope of liability for unusual damages from breach of contract". Marzo, 1983 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

⁶² *Hadley*, 9 Ex. p. 356, 156 Eng. Rep. pp. 151-152.

⁶³ Hay algunas evidencias sobre que en realidad el molinero intentó informar al transportista de los daños probables. Así, puede ser difícil para las partes pactar en contra de la regla supletoria *Hadley*. Para una discusión sobre cómo las cortes pueden alterar la mutabilidad de una regla supletoria al variar los requisitos para pactar alrededor de ella, ver la Sección III *infra*.

⁶⁴ El acuerdo eficiente de riesgo compartido entre fletadores (por ejemplo, el molinero de este caso) y transportistas simétricamente informados dependerá de sus posturas relativas al riesgo, la habilidad del transportista para prevenir los daños, y la habilidad del fletador para mitigar los daños en caso de incumplimiento.

Richard Posner y Richard Epstein argumentan que en muchas situaciones hay acciones que el fletador puede tomar para reducir los daños indirectos. Ver POSNER, R. Nota 2 *supra*. pp. 114-115; EPSTEIN. "Beyond foreseeability: consequential damages in the law of contract". En: J. LEGAL STUD. No. 18. 1989. pp. 105, 121-125. En tales situaciones las partes elegirían compartir los daños indirectos a través de cláusulas de daños determinados. Ver COOTER. "Unity in tort, contract, and property: the model of precaution". En: CALIF. L. REV. No. 73. 1985. pp. 1, 15. En el caso *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951, 955-959 (7th Cir. 1982), el Juez Posner intenta determinar qué acuerdo de seguros habrían contratado las partes. Epstein prefiere una regla menos particular que no requiere que las cortes analicen las habilidades relativas de ambas partes para reducir los daños.

Nosotros seguimos bajo la suposición que el molinero no tenía medios económicamente prácticos para reducir las pérdidas del retraso (por ejemplo, mantener un eje de repuesto en inventario habría sido muy costoso) y que ambas partes eran neutrales al riesgo. Bajo estas suposiciones el contrato eficiente es que el transportista, como *least-cost avoider*, asuma los costos del retraso.

⁶⁵ Esta es una lección del análisis de Goetz y Scott del ex alumno ansioso:

Una compañía de buses que conduce a Dean Smith a la Cuarta Final probablemente tomaría precauciones más eficientes si estuviera enterada de qué tan grandes serían sus daños indirectos si se perdiese el juego. GOETZ y SCOTT. Nota 15 *supra*. p. 578.

por el otro camino. Si la regla supletoria requiriera que los transportistas compensen por daños indirectos imprevisibles, los molineros de daños leves tendrían el incentivo de plantear el tema de los daños indirectos. En una industria competitiva, el transportista desinformado, en efecto, asume que se encuentra ante un molinero de daños promedios y calcula el precio de acuerdo a eso. El precio de mercado reflejará el costo esperado de asegurar a molineros con daños altos. Un molinero de daños leves querría contratar por menos que el seguro promedio y, por consiguiente, pagar un menor precio. Pero las ganancias de pactar en contra de la regla supletoria podrían ser insignificantes si la proporción de molineros con daños elevados es pequeña. Además, podría ser muy difícil para un molinero de daños leves determinar cuánto del precio es un seguro implícito para los molineros con daños elevados.

Por lo tanto, pueden haber situaciones en las cuales los molineros de daños leves fallen en negociar por el contrato de seguro bajo/precio bajo. En el equilibrio resultante, los transportistas pueden cargar un precio que represente su costo promedio de servir tanto a molineros de daños leves como a los de daños elevados y tomar una precaución promedio (que será relativamente baja si hay relativamente pocos molineros de daños elevados)⁶⁶. Richard Posner sugiere un resultado similar: si la regla supletoria de daños cambia de manera que los fabricantes de rollos fotográficos fueran responsables por daños indirectos imprevistos, “el fabricante del rollo probablemente no tomaría precauciones adicionales... debido a que no puede identificar los rollos cuyas pérdidas serían extremadamente costosas, y salvo que hayan muchos fotógrafos de daños elevados no le convendrá tomar precauciones adicionales en todos los rollos que fabrica”⁶⁷. La Sección II formaliza esta discusión sobre Hadley para mostrar que los molineros de daños leves podrían dejar de pactar en contra de una regla supletoria que otorga daños imprevisibles mientras los molineros de daños elevados pactarán en contra de la norma Hadley⁶⁸.

Es importante considerar otro canal para la revelación de información. La parte desinformada, el transportista, puede intentar enterarse sobre los daños esperados de las partes informadas, los molineros, ofreciendo un menú de contratos de seguros⁶⁹. Los molineros entonces podrían ser inducidos a elegir el contrato de seguro que es óptimo para sus daños esperados⁷⁰. Sin embargo, el problema que enfrentan las partes desinformadas que tratan de inducir la revelación de información es que en muchas situaciones el menú necesario es más complicado que el ejemplo del transportista común. Crear un menú que induzca a la revelación de información podría requerir un alto grado de sofisticación de la parte desinformada y puede implicar altos costos de transacción⁷¹.

La principal lección que se desprende de nuestra discusión sobre Hadley es que pueden haber razones estratégicas para que las partes decidan no revelar información. Si la regla supletoria otorga daños indirectos a todos, seguramente, los molineros de daños leves querrían distinguirse de los molineros de daños elevados. Pero los molineros de daños elevados podrían intencionalmente elegir retener la información que haría a sus contratos más eficientes. Una parte informada puede no darse cuenta de todo el valor social que implica revelar la información y, por consiguiente, sus beneficios de revelar la información pueden diferir de los beneficios sociales de tener la información revelada. Como se desarrolla abajo, al no distinguirse, las partes informadas pueden ser capaces de *free-ride* los costos de calidad más bajos de otros y por ello contratar a un precio subsidiado. Para contrarrestar este comportamiento estratégico, las cortes deberían elegir reglas supletorias que sean diferentes de lo que las partes habrían querido.

Easterbrook y Fischel han argumentado que las cortes deberían elegir reglas supletorias que “las partes habrían elegido con información completa y contratación sin costo”⁷². Su estándar sigue estrechamente las dos razones de la existencia de

⁶⁶ Las partes desinformadas, los transportistas, podrían simplemente excluir los daños indirectos imprevisibles de su contrato estándar (y así pactar en contra de la regla supletoria a un costo muy bajo), y los molineros de daños elevados, si quieren seguro, podrían simplemente pactar en contra del contrato supletorio. En otras palabras, si la regla supletoria legal es ineficiente, las partes contractuales pueden tener medios de reemplazarla con una regla suya (esta observación también puede ser hecha con respecto a la historia de Posner de la producción de rollos fotográficos; ver nota 67 *infra*). Los límites de esta respuesta contractual a la contra- regla supletoria de Hadley se discuten en las notas 69-71 *infra*.

⁶⁷ POSNER, R. Nota 2 *supra*. p. 114.

⁶⁸ Muchos artículos económicos examinan situaciones en las cuales la información asimétrica induce a contratación ineficiente. Ver, por ejemplo, AKERLOF. “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”. En: Q. J. ECON. No. 84. 1970. p. 488; MYERSON. “Mechanism design by an informed principal”. En: ECONOMETRICA No. 51. 1983. p. 1767.

⁶⁹ Ver nota 66 *supra*.

⁷⁰ En realidad esto es hecho por muchos transportistas comunes. El contrato estándar de Federal Express, por ejemplo, limita los daños indirectos a \$100 pero permite que el fletador compre un seguro mayor a tasas establecidas. Ver EPSTEIN. Nota 64 *supra*. p. 120.

⁷¹ Ver, por ejemplo, la nota 81 *infra* (los consumidores que traten de averiguar información acerca de los daños de las ganancias perdidas esperadas por el vendedor pueden encontrar una oposición significativa a crear un menú que fomente a los vendedores a revelar información). Para un ejemplo de un menú que requeriría costos de transacción elevados y mucha sofisticación por cargo de la parte desinformada, ver NOTE. “Imperfect information, the pricing mechanism, and products liability”. En: COLUM. L. REV. No. 88. 1988. p. 1057 (sugiriendo que se debería requerir que los fabricantes proporcionen menús de garantías de tal forma que los consumidores puedan juzgar la calidad y seguridad de los productos).

⁷² EASTERBROOK y FISCHEL. Nota 11 *supra*. pp. 20-21.

contratos incompletos que hemos identificado – retención estratégica de información y costos de transacción. En un sentido, su estándar busca lo que las partes habrían elegido si no hubiesen barreras al llenado de contratos⁷³. Discrepamos, sin embargo, con su conclusión de que las cortes debieran elegir las reglas que las partes habrían elegido con “información completa”. Cuando las partes relativamente informadas estratégicamente retienen información, las cortes, para promover la revelación de información, debieran elegir la regla que la parte informada no quiere. Imponer *ex post* lo que partes completamente informadas habrían contratado podría no generar la revelación *ex ante* necesaria para la confianza o precaución eficiente. Por ejemplo, hemos mostrado que en Hadley partes completamente informadas pueden haber querido que el transportista sea completamente responsable por daños indirectos. Pero elegir responsabilidad completa como la regla de daños puede conducir a que los transportistas inviertan sub-óptimamente en la prevención de accidentes. Hadley es inconsistente con un estándar de información completa y en el sentido de “lo que las partes habrían querido”. En vez, Hadley penaliza a los molineros de daños elevados por retener la información que permitiría a los transportistas tomar precauciones eficientes.

2. La solución de Goldberg al enigma de las ganancias perdidas

El análisis de Victor Goldberg sobre la pérdida de volumen del vendedor minorista⁷⁴ concuerda con nuestra discusión sobre las penalidades supletorias. Goldberg examina lo que deberían ser los daños de un minorista cuando un cliente incumple un contrato de compraventa. El U.C.C. manda, y otros comentaristas han sugerido, que el minorista debería recibir las ganancias perdidas derivadas del bien⁷⁵. El mismo análisis de Goldberg sugiere que las ganancias perdidas se aproximan a la pérdida real soportada por el minorista. Pero Goldberg, en lugar, propone

que las cortes denieguen una “indemnización por las ganancias perdidas en la ausencia de una regulación contractual expresa en contrario”⁷⁶. En otras palabras, Goldberg propone que los daños supletorios sean cero.

Su lógica es análoga a la nuestra para las penalidades supletorias. La regla de daño cero está dirigida a dar a los minoristas un incentivo para salir al frente y contratar por un depósito no reembolsable o una cláusula con daños determinados. Nuevamente, el proceso de pactar en contra de la regla supletoria informa al cliente de su potencial responsabilidad. Un contrato de compraventa le da al consumidor la opción de adquirir el producto o pagar los daños. La regla supletoria cero de Goldberg fomenta que los minoristas informen a los consumidores el precio de ejercer la opción de incumplimiento contractual. Por lo tanto, los consumidores internalizarán el costo para el minorista del incumplimiento y tomarán precauciones en contra de éste de forma más eficiente⁷⁷. Además, el consumidor podría no conocer la regla supletoria para las rupturas⁷⁸. Si un consumidor desconoce que una regla lo hace responsable por las ganancias perdidas, el vendedor tendrá pocos incentivos para negociar sobre daños⁷⁹. La responsabilidad del consumidor por pérdida de ganancias puede llevar a precauciones e incumplimientos eficientes sólo si los consumidores conocen el monto de su responsabilidad. La regla supletoria de penalidad de daño cero fomenta al minorista a revelar su margen⁸⁰.

Si bien los consumidores valorarán esta información del margen, los minoristas todavía tienen incentivos para retenerla⁸¹. Al revelar sus ganancias, los minoristas pueden simultáneamente reducir su poder de negociación. Incluso la penalidad supletoria de Goldberg, por consiguiente, puede ser muy débil para inducir la revelación de información. Los minoristas algunas veces podrían preferir correr los riesgos de paga de cero daños por incumplimiento en vez de revelar

⁷³ Información completa en ambas partes eliminaría cualquier oportunidad para retener información estratégicamente, y la contratación sin costo evidentemente elimina los costos de transacción como un impedimento para cerrar un contrato.

⁷⁴ GOLDBERG. “An economic analysis of the lost-volume retail seller”. En: S. CAL. L. REV. No. 57. 1984. p. 283.

⁷⁵ Ver U.C.C. § 2-708 (2) (1976); GOETZ y SCOTT. “Measuring seller’s damages: the lost-profits puzzle”. En: STAN. L. REV. No. 31. 1979. p. 323; SPEIDEL y CLAY. “Seller’s recovery of overhead under UCC section 2-708 (2): economic cost theory and contract remedial policy”. En: CORNELL L. REV. No. 57. 1972. pp. 681, 694.

⁷⁶ GOLDBERG. Nota 74 *supra*. p. 291.

⁷⁷ Probablemente en esta situación la parte desinformada, el consumidor, no podría ofrecer un menú de contratos al minorista informado para inducir la revelación del margen de ganancia. Ver notas 69-71 *supra*. Los requerimientos de información, complejidad y, costos de transacción de tal esquema serían prohibitivos.

⁷⁸ Esto es similar a nuestra discusión previa sobre cuál debería ser la regla supletoria de bienes inmuebles para dividir el anticipo entre el vendedor y el corredor cuando un comprador incumple un contrato de compraventa.

⁷⁹ Si el vendedor plantea el tema de los daños, revelando con ello su margen de ganancia, los consumidores pueden tomar precauciones más eficientes para evitar el incumplimiento. Si bien el consumidor aprenderá que es responsable por los daños, insistirá por un precio menor del bien.

⁸⁰ Del mismo modo, la doctrina del *common-law* de interpretación de ambigüedades en los contratos en contra del redactor del contrato puede ser vista como una regla supletoria de penalidad. Ver MACNEIL, I. Nota 11 *supra*. p. 372. La doctrina no está basada en el criterio que las partes habrían querido la disposición anti-redactor, sino en que tal penalidad fomenta que los redactores elaboren contratos más precisos.

⁸¹ Para una discusión más completa sobre este punto, revisar AYRES y MILLER. “I’ll sell it to you at cost”: legal methods to promote honest retail markup disclosure”. En: NW. U.L. REV. No. 84 (de aparición en 1990) (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

un margen alto. Si la penalidad de cero daños es insuficiente para inducir la revelación de información, podría ser necesaria una penalidad reforzada para inducir a las partes a contratar por daños determinados⁸².

3. Reglas supletorias unilaterales como penalidades: los incentivos perversos de Lefkowitz

Algunas normas contractuales establecen reglas supletorias que las partes individuales pueden cambiar unilateralmente. Considere, por ejemplo, el efecto legal de las ofertas. El mandato del U.C.C. por el que una oferta espera cualquier forma razonable de aceptación es una regla supletoria unilateral que se obtiene "salvo inequívocamente indicado de otra forma"⁸³. Coherentemente con el análisis precedente, los legisladores podrían querer establecer penalidades supletorias que fomenten a los oferentes a revelar información a los destinatarios. En consecuencia, las cortes podrían querer elegir una regla que el oferente no quiere.

En el caso *Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, INC.*⁸⁴, la Corte Suprema de Minesota rechazó el reclamo del demandante según el cual el demandado, un minorista, no había honrado dos ofertas publicitadas que él había aceptado⁸⁵. En la primera oferta el demandante había anunciado la venta de tres abrigo de pieles "valuados en \$100.00" por "\$1 cada uno"; en la segunda oferta el demandado anunció la venta de una estola negra de piel de conejo "valuada en \$139.50" por "\$1.00"⁸⁶. La Corte, siguiendo la regla del *common-law* que señala que los contratos imprecisos no son ejecutables, rehusó hacer cumplir el contrato surgido de la primera oferta pero otorgó al demandante daños por su tentativa de aceptar la segunda.

La corte argumentó que la estimación de la primera oferta de que el abrigo estaba "valuado en \$100" era muy especulativa e incierta para otorgar daños⁸⁷. Pero al aplicar el estándar del *common-law* que los contratos imprecisos no son ejecutables, la corte ignoró la probable respuesta del mercado a la regla supletoria de no-ejecución. Como se argumentó arriba, la no-

ejecución puede ser vista como una regla de penalidad que alienta a las partes a salir al frente y cubrir el vacío⁸⁸ esto es, rehusarse a hacer cumplir los contratos imprecisos elimina los contratos imprecisos. En Lefkowitz, sin embargo, la negativa de la corte de hacer cumplir la oferta imprecisa lleva al resultado exactamente opuesto.

Pregúntese simplemente: ¿qué tipo de anuncio presentará Great Minneapolis Surplus Store la semana siguiente a la decisión de la corte? Al otorgar su imprimátur al anuncio impreciso, la corte permite a los minoristas inducir a la confianza ineficiente de los consumidores con impunidad⁸⁹. El caso Lefkowitz ilustra dramáticamente que sólo haciendo cumplir las ofertas imprecisas en contra del oferente se puede eliminar las ofertas imprecisas.

Lefkowitz fue mal decidido. La oferta del demandado fue intencionalmente vaga para inducir una confianza ineficiente en la parte del comprador (Lefkowitz incurrió en los costos "shoe-leather" de ir a la tienda). Las cortes pueden mantener la renuencia general del *common-law* de hacer cumplir los contratos imprecisos de tal forma que ambas partes tendrán un incentivo de hacer sus contratos más precisos⁹⁰. Pero Lefkowitz ilustra una excepción a esta regla general. Cuando la imprecisión es claramente atribuible a una parte e induce a una confianza ineficiente de la otra, un cumplimiento punitivo podría ser eficiente para eliminar las ofertas imprecisas ineficientes.

D. Sumario

Las penalidades supletorias se muestran como duros contraejemplos a la proposición de que las cortes simplemente deberían elegir reglas supletorias que las partes habrían querido⁹¹. Particularmente cuando las partes individuales tienen incentivos privados para retener información, podría ser deseable que la ley les de un codazo. La posibilidad que las reglas supletorias eficientes sean a veces usadas para reflejar lo que la mayoría de gente quiere mientras que otras veces para fomentar la revelación de información es análoga a los usos dispares de las

⁸² Sin embargo, no es necesariamente cierto que los minoristas revelarán sus márgenes de ganancia vía su elección de daños determinados. Todos los minoristas pueden negociar uniformemente por daños determinados mínimos que no proporcionan mayor información que la regla supletoria de cero daños.

⁸³ U.C.C. § 2-206 (1) (1976).

⁸⁴ 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689 (1957).

⁸⁵ La Corte concluyó que los avisos en el periódico constituían ofertas y no invitaciones a ofertar simplemente. *Id.* at 192, 86 N.W.2d at 691.

⁸⁶ *Id.* at 189, 86 N.W.2d at 690.

⁸⁷ *Id.* at 190, 86 N.W.2d at 690.

⁸⁸ Ver notas 49-52 *supra*.

⁸⁹ Nuestro argumento de que los consumidores serán "arrastrados" a las tiendas por ofertas imprecisas, no ejecutables asume que los consumidores no son capaces de distinguir entre ofertas ejecutables y no ejecutables.

⁹⁰ Ver nota 88 *supra*.

⁹¹ Podría argumentarse que partes contractuales razonables bajo el "velo de ignorancia" querían penalidades supletorias que aumenten las ganancias totales de contratar. Comparar con RAWLS. J. "A theory of justice". 1974. pp. 24-38 (discutiendo las preferencias bajo suposiciones utilitarias de personas bajo el "velo de ignorancia").

presunciones en el derecho probatorio⁹². En ambos casos, la ley es elegida algunas veces para promover la revelación de información.

Finalmente, habiendo mostrado que los legisladores algunas veces querrán establecer reglas supletorias que fomenten a una o ambas partes a revelar información, ahora deberíamos advertir a los legisladores que deberían proteger algunas veces los incentivos privados de informarse. En algunos casos forzar a las partes a revelar información minará sus incentivos de obtener la información en primer lugar⁹³. Por consiguiente, los legisladores no deberían imponer reglas de penalidad que tengan un efecto final de reducir la cantidad de información socialmente útil. Pero en algunos casos, una parte en particular puede necesitar adquirir cierto tipo de información antes de contratar, así que forzar la revelación tendría mínimos efectos de desincentivación. Así, en el ejemplo de Goldberg de daños de pérdida de ganancias, los minoristas naturalmente conocían las ganancias de una venta. Es difícil, en consecuencia, advertir cómo el forzar a los minoristas a revelar sus ganancias minará sus incentivos privados para calcular la rentabilidad de una venta⁹⁴.

II. UNA TEORÍA GENERAL SOBRE ELECCIÓN DE REGLA SUPLETORIA

El análisis previo de Hadley puede ser traducido a un modelo más general de elección de regla supletoria. Para formalizar nuestras ideas, empezamos

introduciendo una notación. Asumamos que el porcentaje de molineros que tuvo daños (imprevisibles) elevados es AlfaH y el porcentaje de molineros que tuvo daños (previsibles) leves es AlfaL⁹⁵. Asumamos que DH y DL representan, respectivamente, el valor monetario de los perjuicios sufridos por los molineros de daños elevados y leves. La corte elige entre dos reglas supletorias posibles: rechazar o compensar los daños imprevisibles elevados. Asumamos que los costos de pactar en contra de estas reglas son cH y cL, donde: cH = costo de pactar en contra de la regla Hadley que niega la indemnización por daños indirectos imprevisibles; y cL = costo de pactar en contra de la regla que compensa los daños indirectos imprevisibles.

Asumimos que todas las partes son neutrales al riesgo, por lo que el único objetivo de garantía vinculado con el contrato es inducir al transportista a tomar precauciones eficientes. Como se argumentó arriba, en un mundo con información completa, tanto los molineros de daños elevados como los de daños leves contratarían con el transportista para que pague sus daños indirectos⁹⁶. Si el transportista conoce la clase de molinero y asume todos los daños, escogerá el nivel de precaución óptimo⁹⁷. Asumamos que KH y KL representan respectivamente la inversión en precaución óptima del transportista para los dos tipos de molineros. Asumamos que qH y qL representan la probabilidad de daños para cada tipo de molinero dado el nivel óptimo de precaución para la clase⁹⁸.

⁹² La lista de penalidades supletorias analizada arriba está lejos de ser exhaustiva. Por ejemplo, las secciones del U.C.C. que establecen garantías implícitas o supletorias, U.C.C. §§ 2-314 y 2-315, no pueden ser fácilmente justificadas como "lo que las partes habrían contratado". En cambio, las reglas supletorias, en forma consistente con el análisis precedente, fuerzan a los vendedores a revelar información a los consumidores acerca de la extensión de su cobertura. De hecho, una forma de identificar las penalidades supletorias es investigar el detenimiento con el cual las partes pactan en contra de éstas, como es hecho con el uso, aparentemente ubicuo, de cláusulas de limitación de garantía.

El U.C.C. § 2-207 también es inconsistente con el análisis de reglas supletorias "habrían querido". Esta sección reemplaza la regla espejo propia del *common-law* con la regla supletoria por la cual los términos adicionales en la aceptación que no alteren materialmente los términos de la oferta se vuelven parte de un contrato entre comerciantes. Esta regla no puede ser conciliada con un análisis "lo que las partes habrían contratado", porque no hay razón alguna para pensar que los comerciantes habrían querido incluir los términos adicionales de su contrato. En cambio, la regla establece una carga de informar en la parte con la oportunidad menos clara de presentarse y notificar a la otra parte si los términos adicionales son objetables.

Algunas veces las presunciones de prueba son usadas en los litigios para reflejar una relación entre hechos y otras veces para establecer la carga de producir medios de prueba en la parte que probablemente esté más informada. Ver ALLEN. "Presumptions in civil actions reconsidered". En: IOWA L. REV. No. 66. 1981. pp. 843, 845 (sugiriendo que las presunciones son usadas "para construir reglas que generen convicción que eviten puntos muertos en el proceso relativo a los hechos; para asignar cargas de persuasión; para mostrar al jurado la relación entre los hechos y; para asignar cargas de prueba").

⁹³ Ver POSNER. R. Nota 2. *supra*. p. 115; EASTERBROOK. "Insider trading, secret agents, evidentiary privileges, and the production of information". En: SUP. CT. REV. 1981. pp. 309, 359; ALLEN, GRADY, POLSBY y YASHKO. "Confidentiality of legal affairs". 1988 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores); comparar con el caso *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817) (permitiendo a la parte contractual relativamente informada sacar provecho de retener información). Efectivamente, gran parte del derecho de patentes está justificado como medio de fomentar la producción privada de información.

⁹⁴ Anthony Kronman distingue entre "información deliberadamente adquirida" e "información casualmente adquirida". Por ejemplo, el referido autor sugiere que si una parte de un contrato es consciente que la otra ha presentado una propuesta equivocada, este conocimiento especial "es poco probable que sea el fruto de una búsqueda deliberada". Requerir que la parte informada revele este tipo de información (casualmente adquirida) no afectará los incentivos de informarse. KRONMAN. "Mistake, disclosure, information, and the law of contracts". En: J. LEGAL STUD. No. 7. 1978. pp. 1, 32 (revelar las ganancias perdidas de un contrato puede debilitar los incentivos de las partes para buscar activos subvalorados). Puede haber una cierta compensación entre inducir a la búsqueda eficiente de una parte y el incumplimiento eficiente de otra. Los minoristas no buscan información sobre su margen de ganancia —en la terminología de Kronman, esta no es "deliberadamente adquirida"— así que la revelación de información aumentará la eficiencia.

⁹⁵ Asumimos que estos son los únicos tipos de molineros por lo que AlphaH + AlphaL = 1. Para un modelo matemático similar de Hadley, ver BEBCHUK, L. y S. SHAVELL, Nota 61 *supra*.

⁹⁶ Ver notas 62-70 *supra*.

⁹⁷ Asumimos que el contrato no puede ordenar un nivel de precaución específico debido a que ni el molinero ni una corte pueden advertir el nivel de precaución. De lo contrario, los transportistas podrían clasificar a los molineros mediante la oferta de diferentes niveles de precaución.

⁹⁸ Así, KH es el nivel de K que minimiza la expresión K + q(K)DH, y KL es el nivel de K que minimiza la expresión K + q(K)DL, donde la función q(K) es igual a la probabilidad de daños de un retraso por un nivel de precaución dado, K.

Antes de analizar el probable equilibrio asociado con cada regla supletoria, debemos añadir algo más en relación con el precio del transportista. Así, se supone por el momento que el transportista está en un mercado competitivo en el cual, por definición, hay ganancias económicas cero⁹⁹. Asumamos, además, que el precio competitivo de enviar ejes para molineros conocidos por tener daños elevados es PH y para molineros conocidos por tener daños leves es PL. Con esta notación, si MC es el costo marginal de enviar sin precaución, entonces las siguientes ecuaciones son válidas:

$$(1) PH = MC + KH + qHDH,$$

$$(2) PL = MC + KL + qLDL.$$

Debido a la competencia, estos precios reflejan el costo marginal del envío, precaución y daños esperados del transportista.

¿Cómo se verá el equilibrio del mercado bajo reglas supletorias alternativas? Primero considere la regla Hadley de daños leves. Dado que el transportista es responsable sólo de los daños previsibles, DL, este escogerá una inversión en precaución de KL. La probabilidad de daños entonces será de qL y el precio PL. Ahora podemos preguntar si los molineros de daños elevados pactarán en contra de la regla de daños leves por un seguro más alto. Si los molineros de daños elevados no pactan en contra de la regla supletoria de daños leves, tendrán que pagar PL y, en adición, asumirán la probabilidad de daño, qL, multiplicado por los daños no asegurados (DH - DL). Así, el costo total esperado, PHin, para los molineros de daños elevados si ineficientemente no pactan en contra de la regla de daños leves es:

$$(3) PHin = PL + qL(DH - DL).$$

Pero dado que el transportista invierte sub-óptimamente, el costo total esperado para el molinero en la ecuación (3) debe ser más elevado que si el transportista hubiese tomado el nivel eficiente de precaución y pasado el costo en el precio, PH:

$$(4) PHin > PH^{100}.$$

Esta diferencia (PHin/PH) representa la ineficiencia (fH) asociada con no pactar el nivel eficiente de precaución:

$$(5) PHin - PH = fH.$$

“fH”, entonces, representa el costo de ineficiencia cuando los molineros de daños elevados no contratan una precaución mayor¹⁰¹. Los molineros de daños elevados pagan efectivamente:

$$(6) PHin = PH + fH$$

cuando dejen de pactar en contra de la regla supletoria Hadley de daños leves.

Si los molineros de daños elevados pactan en contra de esta regla, deben esperar asumir los costos del aumento de la precaución que se verá reflejado en un precio de envío más elevado (PH en vez de PL) así como los costos de transacción adicionales de pactar en contra de la regla supletoria (cH)¹⁰². Este costo total será:

$$(7) PH + cH.$$

Así, los molineros de daños elevados pactarán en contra de la regla de daños leves si el costo total de dejar de contratar (PH + fH) excede los costos totales de contratar (PH+cH):

$$(8) PH + fH > PH + cH,$$

o más simple si:

$$(9) fH > cH.$$

Los molineros de daños elevados pactarán en contra de la regla Hadley de daños leves cuando el costo de una precaución ineficiente (fH) es mayor que el costo de pactar en contra de la regla supletoria (cH). Si los costos adicionales de pactar en contra de la regla Hadley son suficientemente bajos, todos los molineros de daños elevados contratarán por la cantidad eficiente de seguro. Los molineros de daños elevados en efecto pagarán PH + cH por el envío, mientras que los molineros de daños leves pagarán PL.

Considere ahora la regla supletoria “anti-Hadley” de daños elevados¹⁰³. Si el porcentaje de molineros de daños elevados, AlfaH, es suficientemente pequeño,

⁹⁹ Las ganancias económicas son los ingresos residuales luego que todos los costos implícitos y de oportunidad son restados.

¹⁰⁰ De las ecuaciones (1), (2) y (3):

$PHin = PL + qL(DH - DL) = MC + KL + qLDH$, y $PH = MC + KH + qHDH$.

De tal forma que:

$PHin - PH = KL + qL(KL)DH - (KH + qH(KH)DH)$.

Debido a que KH minimiza $K + q(K)DH$, ver nota 98 *supra*, $KL + qL(KL)DH$ debe ser mayor que $KH + qH(KH)DH$. Por lo tanto, el lado derecho de esta ecuación debe ser positivo, y la desigualdad (4) debe mantenerse.

¹⁰¹ Podemos calcular el costo de ineficiencia de la nota previa:

$fH = KL + qLDH - (KH + qHDH) = (qL - qH)DH - (KH - KL)$.

Esta última expresión ilustra que la ineficiencia de precauciones bajas deriva del hecho que los costos de la mayor probabilidad de daños, $(qL - qH)DH$, superan los costos más bajos de precaución, $(KH - KL)$.

¹⁰² Los molineros de daños elevados asumen todos estos costos adicionales de transacción y precaución porque la competencia mantendrá el precio del transportista a un costo marginal.

¹⁰³ Nosotros asumimos que los costos de la corte de determinar la magnitud de los daños indirectos imprevisibles –por ejemplo, determinar si un cierto molinero es de tipo H o L– son insignificantes.

la competencia de mercado podría producir un equilibrio en el cual nadie pacte en contra de la regla supletoria y los transportistas tomen sólo niveles de precaución bajos, KL^{104} . Si los transportistas no pueden distinguir entre molineros de daños elevados y de daños leves, la competencia causaría que el precio de envío se convierta en:

$$(10) P^* = \text{AlfaLPL} + \text{AlfaHPHin}.$$

Dado que en un mercado competitivo los transportistas deben cobrar un precio igual al costo promedio esperado de servir tanto a molineros de daños elevados como leves, P^* representa un promedio ponderado de estos costos. Los molineros de daños leves le cuestan PL a los transportistas, mientras que los molineros de daños elevados cuestan $PHin$, si el ineficiente nivel de precaución bajo es tomado¹⁰⁵.

Este será el equilibrio si ni los molineros de daños elevados ni los de daños leves tienen un incentivo para mostrar al transportista su tipo específico. Podríamos pensar que los molineros de daños leves tendrán un incentivo para revelar su estatus a fin de recibir un precio menor. Pero sólo lo harán si:

$$(11) cL < P^* - PL^{106}.$$

Pactar en contra de la regla supletoria de daños elevados será rentable sólo si los ahorros derivados del precio de envío reducido ($P^* - PL$) son mayores que el costo de transacción adicional, cL . Pero de la ecuación (10) vemos que el precio de equilibrio, P^* , es una función positiva de AlfaH , el porcentaje de molineros de daños elevados¹⁰⁷. Si este porcentaje (AlfaH) es suficientemente bajo, los costos de transacción (cL) evitarán que los molineros de daños leves pacten en contra de la regla de daños elevados. Nótese que esto es diferente de la regla supletoria de daños leves en la cual los incentivos para pactar en contra de la misma están basados en las ganancias de los molineros de daños elevados y son

independientes del porcentaje de población que tiene daños elevados (AlfaH).

Los molineros de daños elevados no revelarán su verdadero estatus a los transportistas porque serían forzados a pagar más ($PH - P^*$) y no ganarían cobertura adicional. Los molineros de daños elevados no se distinguen, esto no se debe a los costos de transacción, sino a que prefieren retener esta información estratégicamente y recibir un precio de envío subsidiado¹⁰⁸. El precio de envío es subsidiado debido a que los costos de transacción impiden a los molineros de daños leves pactar en contra de la regla supletoria. Aun cuando la información es socialmente valiosa porque lleva a precauciones más eficientes, e incluso cuando este valor excede los costos de transacción, los molineros de daños elevados prefieren no ser distinguidos de sus contrapartes de daños leves. A los molineros de daños elevados no les importa que los transportistas tomen niveles de precaución ineficientes porque, como todos los que contratan el transporte, los molineros de daños elevados están completamente asegurados. Los molineros de daños leves asumen los costos de esta ineficiencia, pero no se encuentran lo suficientemente afectados individualmente como para procurar distinguirse contractualmente.

Análisis previos de contratos incompletos han sugerido que las partes dejan de pactar en contra de las reglas supletorias ineficientes debido a los costos de transacción¹⁰⁹. Nuestro análisis se destaca porque demuestra la posibilidad que partes dejen de pactar en contra de la regla supletoria por razones estratégicas¹¹⁰. Una parte relativamente informada puede retener estratégicamente información que podría aumentar las ganancias conjuntas de comerciar¹¹¹. Aún más, el ejemplo ilustra dos formas extremas de equilibrio de reglas supletorias. La regla Hadley de daños leves causa que todos los molineros de daños elevados pacten en contra de la regla misma y así produzcan lo que los economistas algunas veces

¹⁰⁴ Si la inversión en precaución es una elección variable continua (por ejemplo, el tiempo invertido en entrenar a los transportistas en cómo conducir con cuidado), su nivel óptimo sería entre KL y KH . Para AlfaH pequeños la inversión sería cercana a KL . Si hay diferentes opciones para el nivel de precaución (por ejemplo, usar dos o tres caballos) y AlfaH es suficientemente pequeño, el nivel de inversión óptimo sería KL .

¹⁰⁵ Reemplazar las ecuaciones (2) y (3) por la ecuación (10) produce:

$$P^* = MC + KL + qLDL + \text{AlfaH}qL(DH - DL),$$

lo que, nuevamente reemplazando la ecuación (2), se simplifica a:

$$P^* = PL + \text{AlfaH}qL(DH - DL).$$

¹⁰⁶ De la nota previa, esta desigualdad puede ser expresada como:

$$cL < \text{AlfaH}qL(DH - DL).$$

¹⁰⁷ Uno podría imaginar situaciones en las cuales los costos de los molineros de daños leves de pactar en contra de una regla supletoria de daños elevados serían bajos. Por ejemplo, el contrato estándar de Federal Express limita los daños indirectos si el remitente no contrata un seguro mayor. Ver nota 70 *supra*. Tal estándar permitiría a los molineros de daños leves optar a un bajo precio por protección de daños leves y por consiguiente a un precio menor.

¹⁰⁸ En otras palabras, aun si los costos de contratar por mayores precauciones fueran cero, los molineros de daños elevados no revelarían su estatus.

¹⁰⁹ Ver nota 30 *supra*.

¹¹⁰ En nuestro modelo simplificado, los molineros de daños leves dejaron de pactar en contra de la regla supletoria del equilibrio de "reunión" debido a los costos de transacción. Ver desigualdad (11) *supra*. Sin embargo, en un modelo más general las partes informadas subsidiadas de forma cruzada (como los molineros de daños leves) podrían dejar de contratar en contra del equilibrio de "reunión", inclusive sin costos de transacción, si al hacerlo revelan información que reduce su poder de negociación. Para una demostración más formal de por qué las preocupaciones estratégicas similares pueden impedir a los contratos ser eficientemente dependientes del estado, ver SPIER, K. Nota 29 *supra*.

¹¹¹ Entonces, este es un ejemplo en el cual el "efecto porción del *pie*" supera al efecto "tamaño del *pie*". Ver nota 57 *supra*.

llaman un equilibrio de “separación” en el cual diferentes tipos de partes contractuales se clasifican a través del proceso competitivo en diferentes grupos a diferentes precios. En contraste, la regla supletoria “anti-Hadley” de daños elevados creó un equilibrio de “reunión” en el cual los molineros de daños elevados y leves dejaron de distinguirse ante los transportistas¹¹².

La tensión entre el equilibrio de “reunión” y de “separación” es crucial al elegir la regla supletoria eficiente. El equilibrio de “separación” importa la generación de costos de transacción adicionales de causar que algunas partes pacten en contra de la regla; el equilibrio de “reunión” implica los costos de la confianza o precaución ineficiente de dejar de pactar en contra de la regla¹¹³. En el ejemplo Hadley, el costo de transacción de que los molineros de daños elevados pacten en contra de la regla supletoria de daños leves es AlfaHcH . Este es el costo del equilibrio de “separación”. El costo de la regla supletoria de daños elevados es el resultado de la precaución ineficientemente baja que los transportistas toman con respecto a los molineros de daños elevados, AlfaHfH . Este es el costo del equilibrio de “reunión”. Si la desigualdad (9) se mantiene (por ejemplo, si $\text{fH} > \text{cH}$), entonces los costos de reunión exceden los costos de separación, y la regla Hadley es eficiente incluso si no resulta ser lo que los molineros de daños elevados habrían querido.

Aunque la sección previa describió la regla Hadley como una penalidad supletoria, puede ser alternativamente entendida como una regla supletoria general que proporciona lo que la mayoría de las partes querrían (dado que bajo nuestras suposiciones, $\text{AlfaL} > \text{AlfaH}$). Esta nueva forma de entender el concepto sugiere que las reglas supletorias generales que aplican una única respuesta a diferentes tipos de partes contractuales actúan como penalidades supletorias con respecto a esas partes que las desaprueban. Debido a que una mayoría de los molineros tuvo daños leves ($\text{AlfaL} > \text{AlfaH}$) y sólo querrían contratar por daños leves, uno podría deducir que la regla supletoria general Hadley es eficiente porque la mayoría de las partes la prefieren.

Pero la noción comúnmente aceptada que las reglas supletorias generales deberían ser establecidas en lo que

la mayoría de las partes quieren no se sostiene en un modelo más general de elección de regla supletoria en el cual el equilibrio de “reunión” y “separación” no son extremos. Para extender el modelo Hadley, considere la elección entre dos reglas supletorias: uno y dos. Como vimos arriba, habrá un cierto porcentaje del total de partes contractuales para las cuales cada regla será preferida, Alfa1 y Alfa2 , respectivamente¹¹⁴. Nuevamente, habrán costos de pactar en contra de cada regla, c1 y c2 : dejemos que c1 sea el costo de pactar la regla supletoria uno en contra de la regla supletoria dos (y definamos c2 análogamente). El modelo Hadley mostró que dejar de pactar en contra de una regla supletoria puede resultar en niveles ineficientes de precaución¹¹⁵. En consecuencia, dejemos que f1 sea igual a la ineficiencia generada si el tipo uno de parte contractual deja de contratar el tipo de norma uno (y definamos análogamente f2). Es de la mayor importancia advertir que, en un modelo más general habrían cantidades intermedias de reunión y separación por las diferentes reglas. Por consiguiente, asumamos que:

Beta1 = el porcentaje de partes contractuales de tipo uno que en equilibrio pactarían en contra de la regla dos, y

Beta 2 = el porcentaje de partes contractuales de tipo dos que en equilibrio pactarían en contra de la regla uno.

Así, mientras Alfa1 por ciento de las partes prefieren la regla supletoria uno, es posible que si la regla supletoria es la dos, un porcentaje menor ($\text{Beta1} < \text{Alfa1}$) pactaría en contra de ésta y por una cantidad de precaución eficiente. Y análogamente, algunos de la clase dos de las partes contractuales podría no pactar en contra de la regla uno si es la regla ($\text{Beta2} < \text{Alfa2}$)¹¹⁶.

El equilibrio perfecto de “reunión” Hadley implica que $\text{BetaH} = \text{AlfaH}$, mientras que el equilibrio perfecto de “separación” “anti-Hadley” implica que $\text{BetaL} = 0$. Estos resultados extremos giran entorno a la homogeneidad de, por ejemplo, fH y cH . De modo más genérico, si los molineros de daños elevados tienen costos heterogéneos de contratar o de dejar de contratar, entonces diferentes reglas supletorias

¹¹² Este análisis es concordante con la bibliografía económica sobre seguros. Ver, por ejemplo, ROTHCHILD y STIGLITZ. “Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information”. Q.J. ECON. No. 90. 1976. pp. 629, 634-637 (discutiendo el equilibrio de “reunión” y de “separación”). Los asegurados por riesgos leves tendrán incentivos para dejar (o separarse de) los grupos en los cuales subsidian de forma cruzada a las primas de los asegurados de riesgos elevados. Ver PRIEST. “The current insurance crisis and modern tort law”. YALE L.J. No. 96. 1987. p. 1521 (argumentando que esta clase de separación ha ocurrido en grupos de seguros de terceros y que es responsable en gran parte por la reciente “crisis de seguros”).

¹¹³ En este modelo todos los molineros continúan enviando ejes sin tener en cuenta la regla supletoria. Sin embargo, si el subsidio cruzado de la regla supletoria “anti-Hadley” redujo el consumo de los molineros de daños leves (que deben pagar $\text{P}^* - \text{PL}$ más) o incrementó el consumo de los molineros de daños elevados (que deben pagar $\text{PH} - \text{P}^*$ menos), entonces el equilibrio de “reunión” ocasionará adicionalmente las pérdidas de peso muerto asociadas con los montos ineficientes de contratación. Ver NOTE. “Contract damages and cross-subsidization”. S. CAL. L. REV. No. 61. 1988. p. 1125.

¹¹⁴ $\text{Alfa1} + \text{Alfa2} = 1$.

¹¹⁵ Ver nota 100 *supra*.

¹¹⁶ Dado que asumimos que las partes nunca negociarían por un contrato menos eficiente, Alfa1 y Alfa2 serán siempre mayores que o iguales a Beta1 y Beta2 , respectivamente.

pueden producir formas intermedias de reunión y separación.

En este modelo más general, cada regla puede producir tanto costos de contratar como de dejar de contratar. Por ejemplo, los costos de la regla supletoria uno serían: $c2\text{Beta}2 + f2(\text{Alfa}2 - \text{Beta}2)$, lo que iguala los costos de transacción de aquellos contratantes del tipo dos que pactan en contra de la regla uno ($c2\text{Beta}2$) y la confianza ineficiente o los costos de precaución para aquellas partes del tipo dos que dejaron de pactar en contra de la regla uno ($f2(\text{Alfa}2 - \text{Beta}2)$). La regla uno será óptima sólo si:

$$(12) \ c1\text{Beta}1 + f1(\text{Alfa}1 - \text{Beta}1) > c2\text{Beta}2 + f2(\text{Alfa}2 - \text{Beta}2).$$

Esta expresión establece la condición óptima para escoger entre dos reglas supletorias generales. En equilibrio cada regla supletoria puede determinar que una porción de la población incurra en el gasto de pactar en contra de la regla supletoria ($c_i \text{Beta}_i$), y cada regla puede crear costos ($f_i(\text{Alfa}_i - \text{Beta}_i)$) para aquellas partes que ineficientemente dejen de pactar en contra de él. La regla eficiente minimiza la suma de estos dos costos, que, como se señaló antes, son en sí los costos de separación y reunión, respectivamente:

$$\min \quad [c_i \beta_i + f_i(\alpha_i - \beta_i)]$$

$$i = 1, 2$$

En contraste al análisis mayoritario, la condición (12) no implica que los legisladores que piensan en términos de eficiencia deberían elegir la regla supletoria que la mayoría de partes querrían. En otras palabras, la condición (12) no implica que: $\text{Alfa}1 > \text{Alfa}2$.

En efecto, aprovechando el hecho que $\text{Alfa}2 = 1 - \text{Alfa}1$ ¹¹⁷, uno puede reformular la condición (12) en términos de $\text{Alfa}1$. La regla uno será eficiente si y sólo si:

$$(13) \ \text{Alfa}1 > f2 + \text{Beta}2(c2 - f2) - \text{Beta}1(c1 - f1)/f1 + f2.$$

El lado derecho de esta molesta desigualdad implícitamente define un valor crítico de $\text{Alfa}1^*$ para escoger entre la regla uno y dos. Cuando $\text{Alfa}1$ es

menor a $\text{Alfa}1^*$, la regla dos es eficiente; cuando $\text{Alfa}1$ es mayor que $\text{Alfa}1^*$, la regla uno es eficiente.

El crudo criterio mayoritario ($\text{Alfa}1^* = 1/2$) sólo surge de suposiciones altamente limitadas sobre $\text{Beta}1$, $\text{Beta}2$, $c1$, $c2$, $f1$, y $f2$. Por ejemplo, el análisis de la regla mayoritaria en las investigaciones contractuales existentes parece derivar de dos grupos diferentes de presunciones sobre estas cruciales variables¹¹⁸. Un grupo mayoritario parece asumir que los costos de transacción son suficientemente bajos como para que nadie deje de pactar en contra de las reglas supletorias ineficientes ($\text{Alfa}1 = \text{Beta}1$ y $\text{Alfa}2 = \text{Beta}2$) y que los costos de pactar en contra de cada regla supletoria son los mismos ($c1 = c2$)¹¹⁹. Bajo estas suposiciones, el segundo grupo de términos en la condición (12) quedan fuera del ámbito del análisis ($f_i(\text{Alfa}_i - \text{Beta}_i) = 0$), de tal forma que los costos de dejar de pactar en contra son irrelevantes. La desigualdad (13) puede entonces ser simplificada a: $\text{Alfa}1 > c2/(c1 + c2) = 1/2$ que implica el resultado mayoritario que la regla uno debería ser elegida sólo si la mayoría de partes contratantes la prefieren.

Un segundo grupo de mayoritarios parece asumir que los costos de transacción de pactar en contra de una regla son tan elevados que ninguna parte pactará en contra de las reglas supletorias ineficientes ($\text{Beta}1 = \text{Beta}2 = 0$) y que las ineficiencias de dejar de pactar la norma correcta son los mismos ($f1 = f2$). Bajo estas suposiciones, los primeros términos de la condición (12) quedan fuera del análisis ($c_i \text{Beta}_i = 0$), de tal forma que la desigualdad (13) puede ser simplificada a: $\text{Alfa}1 > f2/(f1 + f2) = 1/2$, lo que nuevamente implica que la regla uno será eficiente sólo si una mayoría la prefiere. Los mayoritarios están forzados a hacer presunciones altamente restrictivas (y algunas veces contradictorias) para producir su regla deseada. Fundamentalmente, el análisis mayoritario falla al enfocarse sólo en una de las variables relevantes, Alfa .

Como una alternativa, algunos comentaristas han sugerido que las cortes cubren los vacíos con las provisiones que la mayoría de partes de hecho negocian al suscribir contratos¹²⁰. Algunos académicos han

¹¹⁷ Ver nota 114 *supra*.

¹¹⁸ Ver CRASWELL. Nota 22 *supra*. pp. 632-639 (discutiendo dos aproximaciones).

¹¹⁹ *Ibid.* p. 633.

¹²⁰ Ver EPSTEIN. "In defense of the contract at will". En: CHI. L. REV. No. 51. 1984. pp. 947, 951 (una regla supletoria "es escogida normalmente porque refleja la práctica dominante en una cierta clase de casos y debido a que se considera que dicha práctica en general hace sentido en las transacciones estándares que regula"). Epstein argumenta que la regla supletoria para daños indirectos debería estar limitada porque esto "es lo que los contratos expresos típicamente han dispuesto". EPSTEIN. Nota 64 *supra*. p. 118. Frank Easterbrook sugirió verbalmente en la conferencia de Columbia un estándar similar para escoger las reglas corporativas supletorias. Ver Nota 13 *supra*.

El NLRB ha considerado contratos colectivos de trabajo reales para decidir si debería haber una regla supletoria que limite el derecho de la gerencia a trasladar trabajo. Ver *Milwaukee II*, 268 N.L.R.B. Dec. (CCH) 601, 603 (1984) (citando a *Ozark Trailers, Inc.*, 161 N.L.R.B. Dec. (CCH) 561, 570 (1966) (citando a CHANDLER. M. "Management rights and union interests". p. 217 (1964))). La Corte Suprema a veces ha considerado prácticas contractuales reales para determinar si una cuestión jurídica particular debería ser un elemento imperativo de la negociación. Ver, por ejemplo, *First Nat'l Maintenance Corp. v. NLRB*, 452 U.S. 666, 684 (1981); ver también ALCHIAN. "Decision sharing and expropriable specific quasi-rents: a theory of first national maintenance corporation v. NLRB". En: SUP. CT. ECON. REV. No. 1. 1982. p. 235 (sugiriendo cómo se debería establecer una regla supletoria de "decisión compartida"); WACHTER y COHEN. "The law and economics of collective bargaining: an introduction and application to the problems of subcontracting, partial closure, and relocation". En: U. PA. L. REV. No. 136. 1988. pp. 1349, 1364-1377 (sugiriendo cómo se deberían establecer las "titularidades supletorias" en el mercado laboral). Sin embargo, en la nota 21 *supra*, la Corte evitó cualquier análisis empírico de la reacción privada a un contrato particular.

etiquetado este estilo de completar vacíos como “imitando al mercado”¹²¹. La aproximación “imitación del mercado” al tema de las reglas supletorias ignora el hecho de que el tipo de partes que pactan en contra de una regla dada depende de la regla en sí. Las partes que les disgusta una regla supletoria dada pactarán en contra de ella; si cambiamos la regla supletoria para que imite a los contratos que estas partes preparan, otros tipos de partes pueden pactar en contra de la nueva regla supletoria a la regla original. Este proceso podría continuar para siempre¹²². Establecer contratos que imitan al mercado no asegurará entonces la eficiencia. Una versión un tanto más sofisticada de imitación del mercado establecería la regla en aquello por lo que la mayoría de personas pactan en contra de una regla supletoria. Esta aproximación se enfocaría únicamente en las Beta. Por ejemplo, si un porcentaje más elevado de partes quisieran pactar en contra de la primera regla supletoria antes que de la segunda (Beta2 > Beta1), entonces la regla dos sería elegida como regla supletoria. Pero la maximización de las Beta adolece

del mismo defecto que maximizar las Alfa, ninguna de estas dos opciones concuerda con el criterio de eficiencia en la desigualdad (12)¹²³.

La implementación de una teoría completa sobre elección de regla supletoria requiere atención a:

- 1) lo que las partes quieren (Alfas),
- 2) si lo conseguirán (Betas), y
- 3) los costos asociados con conseguirlo (las c) o no conseguirlo (las f).

Hemos mostrado que a veces la regla eficiente será una que la mayoría de las partes contratantes desapruera. Mientras el número de diferentes tipos de contratos preferidos (y en consecuencia el número de posibles reglas supletorias) aumenta, cualquier regla supletoria de tipo general probablemente será desaprobada por la mayoría de contratantes¹²⁴. Las reglas supletorias generales actúan como penalidades supletorias para la clase de partes contratantes que las desapruerán. En la medida que la diversidad de tipos

¹²¹ Ver SCHWAB. “Collective bargaining and the Coase theorem”. 1987. En: CORNELL L. REV. No. 72. 1987. pp. 245, 286-287.

¹²² Esto no quiere decir que la regla de “imitación del mercado” nunca sería conveniente. Si, por ejemplo, cubrir un tipo particular de vacío contractual es un asunto de primera impresión, podría ser razonable que una corte revise contratos existentes como una guía para la identificación de lo que las partes habrían querido. Si las partes ignoraban la regla supletoria cuando contrataron, el problema cíclico no surgiría. Si ninguna regla supletoria claramente identificada existe, las partes contratarán explícitamente lo que quieren a fin de evitar la penalidad de una incertidumbre *ex post*. En este caso los contratos existentes proporcionan evidencia de lo que las partes habrían hecho, de tal forma que la imitación del mercado estaría justificada. Por ejemplo, Epstein utiliza esta aproximación para argumentar que uno puede identificar la forma eficiente de legislar el seguro de accidentes de trabajo observando las disposiciones contractuales vinculadas con seguros que existían antes de la legislación. EPSTEIN. Nota 64 *supra*. pp. 118-119.

También puede tener sentido imitar al mercado cuando las partes han dejado de registrar un contrato. Por ejemplo, al legar sus bienes, muchas partes podrían no tomarse la molestia de escribir un testamento pero, quienes lo hagan, seguramente reformularán bien consolidadas reglas supletorias de sucesión intestada. Así, revisar los testamentos actuales puede brindar una guía de lo que la población general quiere. Pero incluso este argumento falla si la muestra contractual no representa a la clase intestada. Si la razón por la cual ciertas partes dejan de contratar está relacionada con la regla sustantiva que esas partes desean, entonces la inferencia entre los contratos actuales y los hipotéticos se ve atenuada. Por ejemplo, si sólo las personas de clase alta pueden permitirse escribir testamentos, entonces una preferencia de la clase alta a los hijos por sobre los padres puede no ser relevante al momento de determinar las preferencias intestadas de la clase baja.

¹²³ No obstante, otro criterio parcial e ineficiente para la elección de reglas supletorias intentará minimizar el número de personas que no lograron contratar a su nivel de regla eficiente. En la terminología del modelo, esto sería equivalente a minimizar Alpha_i - Beta_i.

¹²⁴ Los resultados de este modelo dicotómico pueden extenderse a una situación en la cual las cortes están eligiendo entre más de dos alternativas de reglas supletorias. En muchas situaciones habrá más de dos opciones de reglas supletorias entre las cuales el legislador podrá elegir. Considere una clase de contratos en la cual una regulación “a medida” para las circunstancias particulares es prohibitivamente costoso, de tal forma que el legislador debe escoger entre N (N > 2) reglas supletorias posibles. Asuma que hay diferentes clases de partes contractuales para las cuales diferentes reglas resultarían eficientes. Por ejemplo, la heterogeneidad entre las preferencias de riesgo del comprador podrían llevar a una gama de reglas óptimas de riesgo compartido para diferentes contratos. Nosotros asumimos que cuando las partes pactan en contra de una regla supletoria, ellas fijan la regla que es eficiente para su clase. Pero véase SCHWAB. Nota 1 *supra*. p. 251 (estudiantes pactaron algunas veces en contra de la regla supletoria con un resultado menos eficiente). Una parte contratante será denominada parte contractual tipo j si la regla j le sería eficiente. Asumamos que:

Alpha_i = el porcentaje de partes contratantes que quieren la regla supletoria i (donde Sigma Alpha_i = 1);

Beta_{ij} = el porcentaje de partes contratantes del tipo j que pactarán en contra de la regla supletoria i (donde Beta_{ii} = 0);

c_{ij} = el costo de las partes tipo j de pactar en contra de la regla supletoria i; y,

f_{ij} = el costo de las partes tipo j de dejar de pactar en contra de la regla supletoria i (donde f_{ii} = 0).

Ampliando el modelo anterior podemos decir que el costo de cualquier regla supletoria i sería:

$$\Sigma [c_{ij}\beta_{ij} + f_{ij}(\alpha_j - \beta_{ij})]$$

$$j = 1, N$$

que representa los costos totales de pactar o dejar de pactar en contra de la regla supletoria i para todos los tipos contractuales. Un legislador que elige la regla supletoria menos costosa querrá por consiguiente minimizar:

$$\min_{i = 1, N} \left\{ \Sigma_{j = 1, N} [c_{ij}\beta_{ij} + f_{ij}(\alpha_j - \beta_{ij})] \right\}$$

Como en el modelo dicotómico, una penalidad supletoria puede ser la menos costosa. Incluso una regla supletoria x que nadie quiere (Alpha_x = 0) puede ser óptima si la mayoría de personas pactan en contra de la regla supletoria (Beta_{xj} Alpha_x, para todas las j), y los costos de pactar en contra de ella son bajos (C_{xj} = 0, para todas las j).

Por ejemplo, considere nuestra discusión previa sobre la regla supletoria de cantidad cero, notas 42-46 *supra*. La elección de regla supletoria no es dicotómica. Numerosas cantidades pueden ser elegidas como la regla. Si bien las partes no contratarían para intercambiar una cantidad cero (x₀ = 0), la mayoría de personas pacta en contra de esta regla, y los costos de pactar en contra de la misma son bajos.

contractuales aumenta, cualquier regla supletoria de tipo general empieza a parecerse a los tipos de penalidades supletorias que describimos en la Sección I¹²⁵. Mientras el número de posibles reglas supletorias aumenta, las cortes deben elegir entre una penalidad supletoria que es eficiente dentro de la clase de reglas supletorias generales o una regla supletoria “a medida”, que requiere que la corte identifique lo que las partes individuales habrían querido. Hemos analizado cómo las cortes debieran encontrar la regla óptima entre las clases de reglas supletorias generales; ahora examinaremos si una regla supletoria “a medida” es superior a una regla supletoria del tipo general.

Utilizando una regla supletoria “a medida”, la corte intenta determinar la regla supletoria que las partes hubieran contratado. Uno de los costos más importantes de las reglas supletorias “a medida” es el costo de esta determinación *ex post*¹²⁶. En vez de procurar incentivar la auto separación de los diferentes tipos de partes en diferentes grupos contractuales *ex ante*, la corte intenta la separación *ex post*. En vez de costos de contratar, los costos de la adecuación *ex post* son los costos de distinguir entre diferentes tipos de partes contratantes, donde cada tipo habría contratado por una norma diferente.

Estos costos de determinar lo que las partes particulares habrían contratado pueden ser significativos. Por ejemplo, en *Jordan v. Duff & Phelps, Inc.*¹²⁷, dos líderes en la aplicación del análisis económico del derecho, los jueces Easterbrook y Posner, estuvieron en desacuerdo respecto de lo que las partes particulares habrían querido. En *Jordan*, el Séptimo Circuito Judicial fue convocado para cubrir un vacío en un contrato de trabajado con un accionista minoritario. La corte necesitaba determinar si la corporación demandada tenía el deber de revelar información acerca de una fusión a un empleado que estaba apunto de dejar el trabajo y que por lo tanto, de acuerdo al contrato, estaba obligado a vender sus acciones. Como era de esperar, ambos jueces acordaron que los vacíos contractuales se deberían cubrir con los términos que las partes habrían querido¹²⁸.

Sin embargo, los jueces tuvieron una fuerte discrepancia acerca de cuáles habrían sido estos términos. El juez Easterbrook, sosteniendo la opinión

mayoritaria, encontró “injustificado señalar que el acuerdo implícito entre *Jordan* y *Duff & Phelps* debería ser tratado como si tuviera una cláusula de no-obligación; no estamos seguros que esta sea la cláusula que las empresas y sus empleados normalmente preferirían”¹²⁹.

El juez Posner, en discordia, argumentó que las partes habrían eliminado cualquier deber de revelación porque al eliminar tal deber habrían “alineado mejor sus intereses particulares que lo que la protección legal de la corte pudiera concebir hoy”¹³⁰. Este desacuerdo entre juristas sofisticados sugiere que ajustar costos incluye no sólo los gastos del litigio sino los costos potenciales del error judicial. En efecto, si los costos esperados de un ajuste *ex post* son suficientemente grandes; incluso una regla “a medida” puede dar a las partes un incentivo para contratar explícitamente *ex ante*. El ajuste *ex post* puede ser más costoso para las partes que contratar *ex ante*. Incluso si el ajuste judicial se produce sin error, las partes pueden preferir contratar las mismas cláusulas que las cortes proporcionarían a un costo mayor *ex post*¹³¹.

Pero estos costos de distinguir entre diferentes tipos de partes no son los únicos costos derivados de las reglas “a medida”. Dado que las cortes hacen su adecuación luego de ocurrido un hecho, las reglas “a medida” pueden incluso agravar la ineficiencia de los vacíos estratégicos. Con una regla “a la medida”, la parte relativamente informada –segura que la corte proveerá las cláusulas que las partes completamente informadas habrían querido– podría no tener incentivos para revelar su información privada a la contraria. Por ejemplo, en nuestro modelo *Hadley* la regla de daños elevados era una regla supletoria “a medida” que dio a cada tipo contractual lo que habría contratado si hubiesen estado completamente informadas de los daños de DH o DL, dependiendo del tipo de molinero. Y, sin embargo, hemos mostrado condiciones bajo las cuales esta regla de daños elevados permite el surgimiento de costos ineficientes de precaución o confianza¹³². Al no contratar explícitamente los daños *ex ante*, el transportista no puede saber si el molinero es uno de daños elevados o leves y por lo tanto no puede escoger el nivel adecuado de precaución. Incluso si determinar *ex post* lo que exactamente dos partes

¹²⁵ Cualquier regla supletoria del tipo general sobre cantidad sería, excepto para el porcentaje más pequeño de las transacciones, una penalidad supletoria. Por ejemplo, sólo el porcentaje más pequeño de las partes contractuales querría en realidad una regla de cantidad sobre algún número elegido al azar como, digamos, 39 ó 2003.

¹²⁶ Richard Epstein critica el análisis del Juez Posner en el caso *EVRA Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951, 954 (7th Cir. 1982), debido a que la culpa concurrente del perjudicado por un hecho ilícito requiere un costoso ajuste *ex post* por las cortes. EPSTEIN. Nota 64 *supra*. p. 134.

¹²⁷ 815 F.2d 429 (7th Cir. 1987).

¹²⁸ *Ibid.* p. 436; *Ibid.* pp. 446-447 (Posner, J., en discordia).

¹²⁹ *Ibid.* p. 436.

¹³⁰ *Ibid.* p. 448 (Posner, J., en discordia).

¹³¹ Este punto invierte la observación de Posner que a veces podría ser “más barato para la corte “redactar” el término contractual necesario para abordar la contingencia si y cuando esta ocurre”. POSNER. R. Nota 2 *supra*. p. 82.

¹³² Ver notas 95-103 *supra*.

específicas habrían acordado *ex ante* no tuviera costo para la corte, las reglas “a medida” pueden no ser óptimas.

En suma, hallar la regla eficiente puede implicar una investigación complicada. Las partes informadas pueden dejar vacíos en los contratos por razones estratégicas —ellas podrían preferir permanecer en un grupo indiferenciado que pagar su cuota completa en un equilibrio eficiente pero sin subsidios. Los legisladores que piensan en términos de eficiencia deben por lo tanto estar atentos a las fuentes de los vacíos contractuales y los costos resultantes de reunión y separación asociados con su elección de regla supletoria.

III. UNA TEORÍA SOBRE LOS VACÍOS CONTRACTUALES

Las secciones precedentes han intentado desarrollar una teoría para elegir reglas supletorias. Pero antes de implementar cualquier regla supletoria estándar, las cortes necesitan establecer, como una cuestión previa lógica, reglas para decidir cuándo un contrato es incompleto¹³³. Ciertamente, los litigantes en muchos casos no sólo discutirán acerca de cómo se debe cubrir el vacío sino también si en efecto hay uno¹³⁴.

Por ejemplo, retornando nuevamente a *Jordan v. Duff & Phelps*¹³⁵, los jueces Easterbrook y Posner discutieron no sólo sobre cómo cubrir el vacío en el contrato sino también, y más fundamentalmente, si había un vacío a cubrir¹³⁶. La opinión mayoritaria de Easterbrook concluye que si bien el deber fiduciario de revelar información relevante podría ser pactado en contra, el acuerdo de las partes no negó de forma suficiente este deber: “La posibilidad de que una empresa pueda negociar en contra del deber fiduciario no asiste a Duff & Phelps; ella no obtuvo tal acuerdo, expresa o

implícitamente”¹³⁷. La decisión de Easterbrook luego procede a cubrir este vacío respecto al deber de informar mediante la regla supletoria de deber fiduciario. Posner, en discordia, encuentra que el “acuerdo de accionistas, que definió los derechos del empleado como accionista con mayor especificidad”¹³⁸ pactó suficientemente en contra de cualquier deber fiduciario: “El acuerdo que resultó (llamémoslo “accionista a voluntad”) es incompatible con una inferencia que Duff y Phelps asumieron para mantenerlo al corriente de acontecimientos que afecten el valor de la empresa”¹³⁹. En *Jordan*, entonces, dos prominentes economistas del derecho discutieron no sólo acerca de cómo se debería cubrir el vacío sino también acerca de lo que constituye un vacío.

Esta pregunta de cuándo un contrato es incompleto es idéntica a la pregunta de qué es suficiente para lograr pactar en contra de una regla supletoria. Un fallo de la corte que señala que los intentos de las partes por pactar en contra de una determinada regla supletoria son insuficientes es idéntico a uno que señala que todavía hay un vacío en el contrato. Al responder una pregunta, las cortes necesariamente responden la otra. Las cortes necesitan desarrollar una teoría sobre los vacíos antes de que puedan dirigirse a cómo cubrirlos mejor.

Si la academia se ha mostrado reacia a desarrollar una teoría de elección de regla supletoria, entonces, y en mayor grado, no ha abordado cuáles debieran ser las condiciones necesarias y suficientes para pactar en contra de las reglas supletorias. Al determinar estas condiciones, las cortes están estableciendo los costos de pactar en contra de una regla supletoria específica¹⁴⁰. El conocimiento existente que señala que los costos de transacción son responsables por los contratos incompletos implícitamente sugiere que los legisladores deberían minimizar los costos de pactar

¹³³ A un nivel incluso más básico, las cortes no serán capaces de determinar si un contrato tiene vacíos sin una teoría previa de formación del contrato. En general, las cortes necesitarán determinar:

- 1) si las partes han formado un contrato,
- 2) si el contrato tiene vacíos, y
- 3) cómo deberían ser cubiertos los vacíos.

En las Secciones I y II implícitamente asumimos que habían suficientes indicios objetivos del acuerdo de voluntades de las partes para inferir la formación del contrato. Ver BARNETT, “A consent theory of contract”. En: COLUM. L. REV. No. 86, 1986, p. 269 (discutiendo las teorías de formación contractual). El enfoque de esta Sección sobre las formalidades legales debería informar las teorías de las cortes sobre la formación contractual y los vacíos contractuales.

¹³⁴ Esta idea también es formulada en FREED, M. y D. POLSBY, “Hard cases make bad law: employment at will at the edge”. 1988 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores). Por ejemplo, Freed y Polsby critican el análisis de Richard Epstein, ver EPSTEIN, Nota 120 *supra*, p. 980, que la corte proporción la regla “llenadora de vacíos” correcta en el caso *Coleman v. Graybar Elec. Co.*, 195 F.2d 374 (5th Cir. 1952), un caso de contrato de trabajo por tiempo indeterminado/resolución ilegal: “El contrato en *Graybar* era cualquier cosa menos silencioso en ese punto... Tal acuerdo difícilmente habría podido “pactar en contra” con más claridad, salvo que hubiese reservado específicamente el derecho al empleador de actuar de mala fe”. FREED, M. y POLSBY, D. *supra*, p. 2.

¹³⁵ 815 F.2d 429 (7th Cir. 1987); ver notas 127-131 *supra*.

¹³⁶ El Juez Posner argumentó por la alternativa. Si bien concluyó que el contrato no tenía un vacío, *ibid.* p. 449 (Posner, J., en discordia) (“las partes no se quedaron en silencio”), alternativamente encontró que aun si hubiera un vacío éste debería ser cubierto de forma distinta a lo que recomendaba Easterbrook. Ver nota 129 *supra*.

¹³⁷ 815 F.2d at 436.

¹³⁸ *Ibid.* p. 447 (Posner, J., en discordia) (citando el voto mayoritario).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Estos costos fueron representados como ci en el primer modelo de elección de regla supletoria. Ver Sección II *supra*.

en contra de las reglas supletorias de tal forma, que si a algunas de las partes contratantes no les gusta el estándar en el mostrador, podrían crear a bajo costo una estructura corporativa o contractual que les acomode.

Pero las reglas legales muestran una mayor diversidad de lo que esta simple teoría sugiere¹⁴¹. Las partes que deseen pactar en contra, tanto de reglas supletorias legales, como del *common-law*, encontrarán varios grados de dificultad. Por ejemplo, muchas secciones del U.C.C. establecen reglas que rigen "salvo pacto en contrario"¹⁴², pero la § 2-206 estipula que las ofertas contractuales deben ser interpretadas como invitaciones a cualquier forma razonable de aceptación "salvo inequívocamente señalado de otra forma"¹⁴³, y el Comentario Oficial a la norma enfatiza este punto señalando que esta regla supletoria rige "salvo que el oferente haya dejado claramente establecido que no será aceptable"¹⁴⁴.

Asimismo, en el contexto corporativo, la regla del *common-law* de la responsabilidad del promotor requiere de esfuerzos extraordinarios para negar la regla supletoria de responsabilidad solidaria. Por ejemplo, en *Stanley J. How & Ascots. v. Boss*¹⁴⁵, un promotor fue declarado responsable bajo un contrato aun cuando firmó en el acuerdo de pre constitución: "Por: Edwin A. Boss, Agente de una corporación de Minnesota a ser formada, la que será la obligada"¹⁴⁶. La corte sostuvo que "dado que el acuerdo no estaba completamente claro, las palabras "la que será la obligada" no eran suficientes para contrarrestar la regla

por la cual la persona que firma por una corporación inexistente es normalmente responsable de forma personal"¹⁴⁷. Pactar en contra de leyes corporativas presenta diferentes grados de dificultad. Por ejemplo, ciertas reglas supletorias de gobierno corporativo pueden ser cambiadas sólo en las actas de constitución, mientras otras pueden ser superadas de forma menos costosa por enmiendas al estatuto¹⁴⁸.

A veces, incluso reglas aparentemente imperativas pueden ser sorteadas a un costo. Algunos métodos para pactar en contra de reglas legales son mejor descritos como ejemplos de abuso de derecho¹⁴⁹. En otras ocasiones los legisladores parecen permitir que reglas aparentemente imperativas sean anuladas si las partes estructuran la transacción adecuadamente. Por ejemplo, la regla aparentemente imperativa que señala que los *limited partnerships* deben tener al menos un asociado administrador (esto es, un socio que mantenga responsabilidad personal ilimitada) puede ser contractualmente anulada en jurisdicciones que permitan a las personas jurídicas servir como el único asociado administrador¹⁵⁰.

A. El caso Peevyhouse y el espectro de la regla supletoria imperativa

Mientras el costo de pactar en contra de una regla supletoria se vuelve extremadamente alto, la regla empieza a verse como una regla imperativa¹⁵¹. La conocida sentencia de la Corte Suprema de Oklahoma en el caso *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*¹⁵²

¹⁴¹ Comparar con BLACK. Nota 1 *supra* (argumentando que las normas corporativas supletorias son triviales). Los argumentos de Black insinúan que las formalidades corporativas no impiden a las corporaciones de establecer formas "a medida" de gobierno corporativo. Pero los costos de pactar en contra de algunas reglas supletorias "fuertes" (esto es, cumpliendo ciertas formalidades corporativas) probablemente le den a algunas formalidades una naturaleza más fundamental o no trivial. Ver, por ejemplo, notas 148-150 *infra*.

¹⁴² Ver, por ejemplo, U.C.C. § 2-303 (1976).

¹⁴³ U.C.C. § 2-206 (1976).

¹⁴⁴ *Ibid.* en *Official Comment 1*.

¹⁴⁵ 222 F. Supp. 936 (S.D. Iowa 1963).

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 939.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 942. El fallo es consistente con la doctrina del *common-law* de interpretación de ambigüedades contractuales en contra del redactor. Ver nota 82 *supra*.

¹⁴⁸ Las reglas supletorias que sólo pueden ser pactadas en contra en el acta de constitución incluyen: el directorio puede ser dispensado exclusivamente en circunstancias limitadas o sus funciones pueden ser restringidas, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 8.01 (1984); la facultad de compensar a los directores puede ser restringida o eliminada, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 8.11 (1984); los sindicatos de accionistas pueden ser autorizados, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 7.25 (1987); y se le puede otorgar más o menos de un voto por acción a las clases de acciones, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 7.21 (1987). Las reglas supletorias que pueden ser contratadas tanto en el acta de constitución como en los estatutos incluyen: se puede fijar o modificar el número de directores dentro de los límites, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 8.03 (1987); se pueden establecer los requisitos para ser director, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 8.02 (1987); las acciones pueden ser emitidas sin certificado, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 6.26 (1987); la facultad de los directores de modificar los estatutos puede ser restringida, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* §§ 10.20, 10.22 (1987). Ver *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN.* § 2.02 *official comment*.

¹⁴⁹ En el campo de los impuestos abundan ejemplos en los que ciudadanos astutos intentan abusivamente pactar en contra de las obligaciones impositivas en formas que el Congreso no previó o no quería. Ver, por ejemplo, los casos *Heintz v. Comm'r*, 25 T.C. 132 (1955) (un accionista de una corporación en fusión revocó contractualmente una regla imperativa sobre la realización de las ganancias capital); *Zuckman v. United States*, 524 F.2d 729 (Ct. Cl. 1975) (accionistas de una corporación revocaron contractualmente reglas imperativas para llevar a cabo pérdidas).

¹⁵⁰ En el caso *Delaney v. Fidelity Lease Ltd.*, 526 S.W.2d 543 (Tex. 1975), la Corte Suprema de Texas anuló este intento contractual para burlar la regla de responsabilidad personal del asociado administrador. Sin embargo, la legislación de Texas modificó sus leyes corporativas para permitir a una corporación "ser organizadora, socia, miembro, asociada o administradora de cualquier *partnership*..." *Tex. Bus. Corp. Act Ann. art. 2.02A(18) (Vernon 1989)*.

¹⁵¹ A la inversa, si admitimos la posibilidad de hacer *lobbies* para cambiar la ley actual, incluso las reglas imperativas son en realidad reglas supletorias donde los costos de hacer el lobby para cambiarlas son prohibitivamente altos. Esta idea fue presentada por Joseph Grundfest en la conferencia de Columbia del 9 y 10 de diciembre de 1988, nota 13 *supra*.

¹⁵² 382 P.2d 109 (Okla. 1962), *cert. denied*, 375 U.S. 906 (1963).

ejemplifica esta idea. Los Peevyhouse alquilaban su terreno contemplando que sería explotado a tajo abierto. El contrato contenía cláusulas específicas en las que se establecía que Garland nivelaría el terreno al final del periodo alquiler. Como luego se advirtió, la nivelación del terreno “involucrará el traslado de miles de yardas cúbicas de tierra, a un costo estimado por expertos técnicos de alrededor de \$29 000”¹⁵³. Garland presentó pruebas de que tal nivelación incrementaría el valor de mercado del terreno en tal sólo \$300¹⁵⁴. A la corte se le solicitó elegir los criterios apropiados para la determinación de los daños y perjuicios: el costo de cumplir el contrato (\$29 000) o el *diminution in value* (\$300).

El voto mayoritario, que limitaba los daños de Peevyhouse a un *diminution in value*, claramente indicaba que se podía pactar en contra de lo resuelto por la corte. Debe advertirse que la regla, como se ha establecido, no interfiere con el derecho del propietario de “hacer lo que quiera con lo suyo”, o su derecho, si decide, contratar por “mejoras” que actualmente tienen el efecto de reducir el valor de la propiedad. Cuando tal resultado es contemplado en realidad por las partes, y es el propósito principal de tal contrato, parecería que el criterio usual para la determinación de daños y perjuicios sería el costo de cumplir el contrato¹⁵⁵.

Este pasaje parece enfatizar que, a pesar de la decisión en este caso en particular, las partes mantienen el derecho a pactar en contra de la regla supletoria estándar del *diminution in value*.

Sin embargo, el voto en discordia, apunta a las disposiciones específicas del contrato que fueron agregadas a las cláusulas que el demandado usualmente incluía en sus contratos de alquileres de explotación de carbón y que parecían establecer el deber de nivelación en el demandado. Ante estas

previsiones contractuales, se deja al lector de Peevyhouse con dos interpretaciones alternativas. O el voto mayoritario está 1) falsamente creando una regla imperativa; o 2) creando una regla supletoria “fuerte” (que las enmiendas de Peevyhouse no superaron suficientemente)¹⁵⁶. La forma más sencilla de distinguir entre estas interpretaciones contrarias es preguntarse qué palabras extras podrían haber sido agregadas al contrato por los Peevyhouse para “revertir” la regla supletoria de la mayoría. Si la mayoría está realmente haciendo lo que dice, deberíamos poder escribir tal contrato. Si no podemos determinar con seguridad lo que tal contrato necesitaría decir, la hipótesis alternativa –que el caso Peevyhouse está realmente creando una regla imperativa– se torna más convincente¹⁵⁷.

Si bien el dictamen de Peevyhouse ha sido criticado por arribar a un resultado equivocado¹⁵⁸, este análisis sugiere que la mayoría también se equivocó al no establecer más claramente que palabras serían suficientes para pactar el costo de los daños de cumplimiento del contrato. Aun cuando la sentencia (acertada o equivocadamente) resolvió el problema de la incertidumbre acerca de lo que los daños supletorios serían, hizo poco para resolver la incertidumbre acerca de cómo uno podría pactar en contra de esta regla. Incluso las partes informadas que hayan leído Peevyhouse y habrían sabido que “no interfiere con el derecho del propietario a “hacer lo que quiera con lo suyo””¹⁵⁹ enfrentarían todavía una incertidumbre considerable sobre cómo ejercer tal derecho.

Esta discusión sugiere que en muchos casos las sentencias deberían hacer más que meramente decidir cual debería ser la regla eficiente; estas deberían establecer “puertos seguros” de lenguaje contractual que sería suficiente para alcanzar otros resultados contractuales¹⁶⁰. Como el caso Peevyhouse ilustra,

¹⁵³ Ibid. p. 111.

¹⁵⁴ Muchos comentaristas han criticado la opinión de la mayoría por ignorar el valor subjetivo (fuera del mercado) para los Peevyhouse del terreno. Ver, por ejemplo, MURIS. “Cost of completion or diminution in market value: the relevance of subjective value”. En: J. LEGAL STU. No. 12. 1983. p. 379 (argumentando que las cortes deben reconocer el valor subjetivo para cumplir con la meta compensatoria del derecho contractual). Sin embargo, el que la corte descansara tanto en el valor de mercado probablemente sea el resultado de la estrategia procesal del demandante. Los Peevyhouse, al tratar de atraer la atención del jurado en los costos de cumplimiento, pueden haber decidido estratégicamente no presentar ninguna evidencia de valor subjetivo. Y el fallo de la corte parece indicar que la evidencia de daño subjetivo debería ser incluida para la reducción de daños: “Luego de una búsqueda cuidadosa en las actas, no hemos encontrado evidencia alguna de una cifra mayor [que los \$300 de la disminución de mercado], y los demandantes no argumentan en sus escritos que se ha sufrido un *diminution in value* mayor”. *Peevyhouse, 382 P.2d at 114*. Uno pronosticaría que en un litigio posterior los demandantes empezarían a presentar evidencia de valor subjetivo que sería incluida en la reducción de daños.

¹⁵⁵ *Peevyhouse, 382 P.2d at 114* (citas omitidas).

¹⁵⁶ El uso por parte de la mayoría de la palabra “usualmente” en la última oración citada parece agregar un cierto apoyo a la interpretación de la imperatividad. Después de todo, ¿está la corte sugiriendo que aun si las partes intentan contratar explícitamente el costo de cumplimiento, aún pueden haber situaciones “extraordinarias” en las cuales se aplicará el estándar de *diminution in value*?

¹⁵⁷ Siguiendo el lenguaje de la mayoría, sugerimos que las partes potenciales que intentan superar el estándar de *diminution in value* incluyan la siguiente cláusula:

Las partes específicamente pretenden y contemplan que el arrendatario deberá nivelar el terreno, incluso si los costos de cumplimiento son extremadamente desproporcionados a la afectación en el valor de incumplir con nivelar el terreno. Este es un objeto principal del arrendamiento. Al incluir esta disposición, estamos explícitamente pactando en contra del fallo del caso *Peevyhouse v. Garland Coal*.

Si esta disposición no fuera suficiente, la regla Peevyhouse en realidad sería imperativa.

¹⁵⁸ Ver, por ejemplo, BIRMINGHAM. “Damage measures and economic rationality: the geometry of contract law”. En: DUKE L.J. 1969. p. 49.

¹⁵⁹ *Peevyhouse, 382 P.2d at 114*.

¹⁶⁰ Las cortes se pueden enfrentar al límite constitucional de resolver sólo “casos o controversias” en discusión. U.S. CONST. art. III, § 2, cl. 1. Pero otros fallos han establecido posibles puertos seguros. Ver, por ejemplo, el caso *Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)* (estableciendo el requisito de la “lectura de derechos” para las personas detenidas por la policía).

otorgando a partes potenciales ejemplos de lenguaje explícito, las cortes pueden reducir dramáticamente la incertidumbre y costos de pactar en contra de reglas supletorias “a medida”¹⁶¹.

B. Determinación del nivel eficiente de formalidades legales

Pueden haber buenas razones económicas para reglas supletorias “fuertes” en las que las cortes intencionalmente aumenten los costos procesales para las partes de pactar en contra de la regla supletoria. Estas razones son análogas a las dadas en uno de los primeros e intuitivos análisis económicos al derecho contractual: el artículo clásico de Lon Fuller, “Consideration and Form”¹⁶². Fuller sugirió que las formalidades legales atienden a funciones de prueba, prevención y canalización. Las condiciones necesarias y suficientes para pactar en contra de una regla supletoria son ejemplos de formalidades que requieren las cortes. Nuestra discusión, por consiguiente, sigue las categorías de Fuller.

En el análisis de Fuller, la función de prueba de las formalidades legales es proporcionar información a las cortes que permita bajar los costos de decisiones posteriores. Este análisis es bastante acorde a nuestra conclusión anterior que las penalidades supletorias podrían justificarse en motivos de eficiencia como formas de alentar la revelación de información¹⁶³. En la elección de las condiciones necesarias (las formalidades) para pactar en contra de una regla supletoria, las cortes deberían considerar aspectos similares relativos a la información. Vamos más allá de Fuller y argumentamos que la función de prueba de las formalidades legales puede servir para informar no sólo a las cortes si no a las partes dentro del contrato¹⁶⁴. Por ejemplo, si una penalidad supletoria es elegida para fomentar que una parte revele información a la otra, la corte puede querer regular el proceso de pactar en contra de la regla de tal forma que se transmita información útil.

La construcción de formalidades para facilitar el flujo interno de información está también relacionada a la

función de prevención de las formalidades legales. Fuller argumenta que algunas formalidades, tal como ciertos requerimientos escritos, responden a una función de prevención al forzar a las partes a asumir una mínima cantidad de reflexión antes de verse obligadas por un contrato. Pero, como ya se discutió, cuando las partes de un contrato tienen diferente cantidad de información, los legisladores pueden querer establecer formalidades que estén más dirigidas hacia la protección de la parte relativamente desinformada. Por ejemplo, una decisión contraria a Peevyhouse, en la cual las cortes no sólo eligen como regla supletoria que la indemnización sea fijada en función a los costos de cumplimiento sino también requieren lenguaje extremadamente explícito para optar por la obtención de una compensación a los daños derivados del *diminution in value*, podría estar justificada para proteger a los propietarios relativamente desinformados acerca de sus derechos legales¹⁶⁵. Proteger es dar información. El prestar atención a cómo las formalidades legales afectarán el flujo de información debería brindar formación a la teoría de vacíos de los legisladores así como a su teoría de elección de regla supletoria.

Finalmente, Fuller sugirió que las formalidades legales podrían atender a una función de canalización la cual, por ejemplo, permitiría a las partes canalizar sus acuerdos contractuales hacia la ejecución jurídica o extra-jurídica. La teoría de Fuller de canalización es muy parecida a nuestra discusión anterior sobre el equilibrio de “reunión” y, especialmente, de “separación”¹⁶⁶. Como discutimos en nuestro modelo Hadley, diferentes reglas supletorias pueden llevar a diferentes grados de separación¹⁶⁷. Como con la canalización, el efecto de separación de las normas supletorias puede permitir a las partes ordenarse en diferentes grupos.

Pueden haber situaciones en las cuales las cortes deberían incrementar los costos de pactar en contra de las reglas supletorias para forzar a la mayoría de partes a incorporarse en un canal particular. Por ejemplo, si un cierto tipo de contrato genera una externalidad leve, podemos querer desalentar al mayor número de personas a entrar a este tipo de contrato.

¹⁶¹ El propósito de tales puertos seguros contractuales no debería ser impedir a las partes acordar otros estándares. Las alternativas de los puertos seguros podrían proporcionar beneficios adicionales dado que las interpretaciones del *common-law* especificarían de forma más completa sus significados.

¹⁶² FULLER. “Consideration and form”. En: COLUM. L. REV. No. 41. 1941. p. 799. En verdad, el hecho que el artículo sea reivindicado por economistas (es, por ejemplo, reimpresso en KROMAN, A. y R. POSNER. “The economics of contract law”. 1979. p. 40) es apenas un tributo a la solidez de sus ideas como a su nexa con la economía.

¹⁶³ Ver notas 47-60 *supra*.

¹⁶⁴ Ver notas 53-60 *supra*.

¹⁶⁵ Del mismo modo, si la retención estratégica de información explica por qué los empleadores no revelan a los empleados la verdadera probabilidad de una rescisión futura, los empleados podrían hacer inversiones ineficientes en bienes como vivienda o capital humano. En tales situaciones podría ser eficiente para las cortes no sólo hacer una regla supletoria en contra de los despidos arbitrarios sino requerir a los empleadores que declaren específicamente que desean ser capaces de despedir incluso por razones arbitrarias. Comparar con EPSTEIN. Nota 120 *supra* (argumentando en contra de tal regla); FREED, M. y D. POLSBY. Nota 134 *supra*.

¹⁶⁶ Ver notas 111-114 *supra*.

¹⁶⁷ Ver notas 114-116 *supra*.

Pero si hay una pequeña clase de partes contractuales que serán dañadas más de lo que la sociedad gana si es que dejan de contratar, entonces las cortes querrán considerar el método de “canalizar” o “separar” las transacciones socialmente beneficiosas de las perjudiciales.

Una forma de hacer esto sería por autorización directa, pero hay algunas formas de alentar a las partes a ordenarse en la categoría correcta mediante reglas legales. Por ejemplo, al aumentar artificialmente los costos de pactar en contra de una regla supletoria de no-contrato, las cortes pueden desalentar a los contratos de beneficios bajos pero no a los de beneficios elevados. Si bien tales formalidades legales pueden generar los tipos eficientes de contratación, podrían seguir siendo ineficientes debido a que los costos de transacción adicionales que las formalidades generan son costos sociales que podrían ser evitados simplemente con la imposición de un impuesto de igual magnitud. El impuesto sería una transferencia al gobierno en vez de una pérdida muerta. Si las cortes están impedidas de imponer impuestos¹⁶⁸, las formalidades intencionalmente costosas que aumenten el costo de pactar en contra de las reglas supletorias “fuertes” pueden ser las alternativas regulatorias más eficientes dentro de su grupo de elección. La función de canalización de las formalidades legales puede también recibir una justificación de índole informativa dado que el mismo proceso de auto ordenamiento revela información acerca de las preferencias de la parte¹⁶⁹.

Tal formalidad intencionalmente costosa no sería usada conjuntamente con una penalidad supletoria. Dado que todo el sentido de las penalidades supletorias es alentar a que las partes pacten en contra de ellas, las formalidades que aumentan los costos de hacerlo serían contraproducentes. En esencia, las reglas de penalidad alientan, y las reglas “fuertes” desalientan, los cambios contractuales.

C. Respuestas legales a los pactos en contra de reglas imperativas

Una diferencia importante entre reglas supletorias e imperativas es que si las partes pretenden pactar en contra de una regla supletoria y fracasan, simplemente

se verán atadas por la regla supletoria mientras que, si las partes pretenden contratar en contra de una norma imperativa y fracasan, la ley puede elegir sancionar el intento imponiendo una penalidad distinta al (y, desde la perspectiva *ex ante* de las partes, peores que el) estándar imperativo. Desde una perspectiva *ex ante*, la posibilidad de recibir esta penalidad *ex post* es sólo otro costo esperado de pactar en contra de la regla supletoria.

La respuesta legal que se impone a las partes que tratan de pactar en contra de reglas imperativas también puede recibir una interpretación de naturaleza supletoria. En estos casos, las cortes remueven las cláusulas que transgreden la regla imperativa y luego eligen una regla supletoria para cubrir el vacío. Por ejemplo, en el caso *Frostifresh Corp. v. Reynoso*¹⁷⁰, el tribunal de primera instancia estableció una regla imperativa que señalaba que los minoristas no podían vender a márgenes irracionales. En consecuencia, la corte removió la provisión contractual del precio (que era más de tres veces el costo del minorista), pero luego tuvo que decidir cómo cubrir el vacío. La corte de primera instancia sentenció que el contrato reconstruido debería tener un precio que sólo cubra el costo del minorista. La corte de apelaciones revocó y otorgó “un beneficio razonable” en vez del beneficio cero¹⁷¹. La diferencia entre estas decisiones es muy similar a la tensión entre una regla supletoria “a medida” y una de penalidad. La reconstrucción del contrato para darle al vendedor una ganancia razonable es idéntica al estándar del U.C.C. de precio razonable. El estándar de beneficio cero es análogo a una regla de penalidad la que, en el presente caso, impone la penalidad al vendedor por tratar de pactar en contra de una regla imperativa, a diferencia de las penalidades supletorias antes analizadas, las que sancionaban a las partes por no pactar en contra de ellas.

Esta misma tensión surge con los convenios de no competencia. Las cortes han establecido una regla imperativa por la cual las partes no pueden hacer convenios de duración excesiva. En *Fullerton Lumber Co. v. Torbog*¹⁷², por ejemplo, la Corte Suprema de Wisconsin sostuvo que un convenio de diez años era excesivo pero luego pasó apuros en decidir si se debía reformular el contrato para imponer un deber de no

¹⁶⁸ Ver, por ejemplo, AYRES, I. y P. SCHMITT. “Court-ordered funding of school desegregation remedies: federalism versus minority rights”. § 3 (1989)(artículo inédito ubicado en los archivos de los autores) (discutiendo los límites constitucionales sobre los tributos impuestos judicialmente).

¹⁶⁹ La posibilidad de que las cortes deseen incrementar intencionalmente los costos de pactar en contra de una regla supletoria podría potencialmente explicar su negativa a estructurar puertos seguros alternativos. Si hay incertidumbre acerca de qué es suficiente para superar una regla supletoria “a medida”, las partes serán desalentadas *ex ante* de siquiera intentarlo. Este argumento podría proporcionar una disculpa para el fallo *Peevyhouse*. Sin embargo, en *Peevyhouse* las externalidades sociales de la minería a tajo abierto se inclinan por una regla supletoria de “costo de cumplimiento”. Esta explicación de canalización es por consiguiente inapropiada a los supuestos de hecho de *Peevyhouse*.

¹⁷⁰ 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S.2d 757 (Dist. Ct. 1966), rev'd 54 Misc. 2d 119, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Term 1967).

¹⁷¹ *Frostifresh Corp. v. Reynoso*, 54 Misc. 2d 119, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Term 1967).

¹⁷² 270 Wis. 133, 70 N.W.2d 585 (1955).

competencia por un periodo razonable o penalizar al empleador por transgredir la limitación imperativa permitiendo inmediatamente al ex trabajador competir¹⁷³.

Si la meta de una norma imperativa es desalentar a las personas de siquiera intentar pactar en contra de una provisión, entonces parecería que la penalidad de la reconstrucción sería el resultado elegido¹⁷⁴. Esto es, nuevamente, análogo a nuestra discusión previa de reglas de penalidad, en la que sugerimos que las cortes deberían elegir la penalidad que proporcione la “disuasión menos costosa”¹⁷⁵. La diferencia es que en nuestra discusión previa las penalidades intentaban disuadir la generación de vacíos y aquí las penalidades buscan promoverlos (esto es, disuadir los pactos en contra). La preferencia por penalidades supletorias que cubran los vacíos dejados en contratos en evidente desigualdad puede justificar el examen que en el *common-law* se conoce como “*blue pencil*” por el cual simplemente ejecutan los contratos luego de que la provisión ofensiva ha sido eliminada (con un lapicero azul)¹⁷⁶.

CONCLUSIÓN

Este artículo ha sugerido cómo legisladores inclinados a la eficiencia deberían proceder en relación con la problemática de cubrir los vacíos en los contratos. Las razones por las cuales las partes dejan vacíos en los contratos deberían afectar fuertemente esta decisión. Nuestra teoría de reglas supletorias debería, en un sentido, ser guiada por nuestras teorías sobre por qué hay vacíos contractuales. Anteriores teóricos han argumentado que las partes dejan vacíos en los contratos debido a que el costo de incluir cláusulas adicionales supera al beneficio. En consecuencia, han sugerido que las cortes simplemente deberían llenar los vacíos con la cláusula que las partes “habrían querido”.

Este artículo, sin embargo, ha desarrollado una segunda causa para los vacíos contractuales. Hemos mostrado que cuando una parte sabe más que la otra, la parte informada puede decidir estratégicamente no pactar en contra incluso de una regla supletoria ineficiente. Debido a que el proceso de pactar en contra de una regla puede revelar información, la parte informada puede retener información relevante para obtener una porción más grande del reducido *pie* contractual. Esta posibilidad de vacíos estratégicos nos lleva a procurar formas más diversas de reglas supletorias. En particular, los legisladores pueden reducir los incentivos para esta búsqueda de rentas a través de este comportamiento negocial estratégico estableciendo penalidades supletorias que fomenten a las partes mejor informadas a revelar su información por el hecho de pactar en contra de la regla supletoria.

Nuestro análisis no implica que las penalidades supletorias deban ser usadas en toda clase de escenarios contractuales. La decisión de las cortes o de legisladores que piensan en términos de eficiencia de imponer una penalidad supletoria, sea ésta mayoritaria y general, o “a medida” de acuerdo con “lo que las partes habrían querido”, en un escenario contractual particular, no es una decisión trivial. El primer paso en el proceso de toma de decisión debe ser preguntarse “¿por qué existe el vacío?”. Hemos sugerido que las partes pueden dejar de pactar en contra de las reglas supletorias ineficientes por razones estratégicas como de costos de transacción. Cuando las partes dejan de pactar en contra de una regla supletoria porque quieren cambiar el costo de transacción *ex ante* a una determinación *ex post* subsidiada por la corte, una penalidad supletoria de no-ejecución puede ser apropiada. Cuando las consideraciones estratégicas causan que una parte más informada no plantee cuestiones que podrían mejorar la eficiencia contractual, una regla supletoria que penaliza a la parte mejor informada puede alentar la revelación de información¹⁷⁷.

¹⁷³ La mayoría reconstruyó el contrato para tener una cláusula de duración “razonable”. 270 Wis. at 146-47, 70 N.W.2d at 592. La oposición habría penalizado al empleador por permitir al empleado competir inmediatamente. *Id.* at 148-52, 70 N.W.2d at 593-94 (Gehl, J., en discordia).

¹⁷⁴ Una penalidad por siquiera intentar pactar en contra de una disposición legal imperativa puede ser necesaria para impedir estos intentos en un mundo donde algunos conflictos no son litigados. Si todos los conflictos fueran litigados, los intentos por pactar en contra de una regla supletoria imperativa nunca tendrían éxito. Pero si algunas partes contractuales fallan en impugnar una regla supletoria imprevisible, entonces la imposición de una penalidad cuando quiera que un caso llega a corte podría justificarse para evitar la disuasión insuficiente. Por ejemplo, generalmente se cree que acreedores y propietarios acostumbran incluir toda clase de cláusulas ilegales en sus contratos no tanto porque crean que las cláusulas serán válidas en la corte, sino porque saben que la mayoría de deudores y arrendatarios tienen un mayor respeto por el contenido de los contratos escritos que la mayoría de cortes. Los autores están agradecidos a las conversaciones con Richard Craswell por este punto. Ver. CRASWELL. Nota 22 *supra*. pp. 64-65.

¹⁷⁵ Ver Sección I-B *supra*.

¹⁷⁶ Ver Fullerton, 270 Wis. at 43, 70 N.W.2d at 590. El examen “*blue pencil*” es el examen tradicional de divisibilidad. Si, luego de remover las cláusulas abusivas, el contrato todavía es comprensible en lo que las partes todavía podrían haber acordado, la corte lo hará cumplir.

¹⁷⁷ En muchos escenarios contractuales, como contratos simples para transacciones pequeñas, resulta sencillo señalar a los costos de transacción como la fuente de los vacíos. Sin embargo, en otros casos, las partes escriben contratos largos y complicados que son cuidadosamente considerados tanto por las partes como por sus abogados. En estas situaciones, una contingencia no pactada puede ser suficientemente importante por lo que resultaría irrazonable atribuir los vacíos a los costos de transacción. Algunas cláusulas omitidas, por ejemplo, pueden ser muy baratas de incorporar en el contrato desde una perspectiva de costos de transacción, tales como liquidación anticipada de daños o depósitos no reembolsables. En tales casos, las cortes encontrarán difícil señalar a los costos de transacción como la fuente de los vacíos, por lo que las penalidades supletorias deberían ser consideradas.

Los legisladores no deben, sin embargo, imponer penalidades supletorias indiscriminadamente. Incluso si se determina que consideraciones estratégicas son una fuente significativa de contratos incompletos, las cortes o los legisladores deben considerar los costos y beneficios de las penalidades supletorias *per se*. Toda vez que la meta de una regla de penalidad es inducir a la revelación de información, los legisladores deben considerar la probabilidad de que la penalidad en verdad cause que la información sea revelada¹⁷⁸, el beneficio (en actitudes de precaución o confianza más eficientes) de la información revelada, y los costos de pactar explícitamente en contra de la regla. Si la información privada es adquirida con recursos económicos, el valor de la revelación de información debe ser ponderado con los incentivos privados de adquirirlo. Las penalidades supletorias resultarán probablemente más eficientes si la información privada es adquirida pasivamente. En suma, una regla supletoria de penalidad debe ser usada si da como resultado la revelación de información valiosa con bajos costos de transacción¹⁷⁹.

Durante la discusión hemos citado ejemplos de normas legales y reglas del *common-law* que son en términos generales consistentes con las categorías de nuestra teoría de penalidades supletorias, reglas supletorias "a medida" y reglas supletorias generales. Pero creemos que tanto legisladores como cortes deben ser más sensitivos al proceso de contratación. Los legisladores deben considerar explícitamente tanto el equilibrio de información como el contractual que se generan por la aplicación de reglas supletorias alternativas. Reglas supletorias diferentes pueden desarrollar diferentes grados de separación o reunión. Cuando partes contratantes heterogéneas se separan en diferentes tipos de acuerdos contractuales, reducen la ineficiencia de la reunión estratégica pero al costo de una mayor

contratación. Los legisladores necesitan evaluar el peso de estos costos de reunión y separación al escoger la regla adecuada; pero fundamentalmente, necesitan ser capaces de predecir cuánta reunión o separación pueden generar las diferentes clases de reglas.

El análisis del artículo es un tanto general y puede ser aplicado a un espectro amplio de situaciones legales¹⁸⁰. Por ejemplo, al interpretar leyes, las cortes son llamadas a menudo a llenar vacíos. Un número de académicos ha usado una aproximación del tipo "legislación-como-contrato" para resolver tales cuestiones¹⁸¹. Jon Macey ha propuesto un tipo de penalidad supletoria al sugerir que los vacíos en normas legales sean llenados con legislación que tenga un contenido de interés público¹⁸². La regla supletoria de Macey no supone ir hacia lo que la legislación habría contratado y, consecuentemente, fuerza a la legislación a hacer públicos sus *pork-barrels deals*. El Juez Scalia ha ido más lejos, sin embargo, en articular una regla supletoria estándar de interpretación legal¹⁸³. En *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assoc.*¹⁸⁴, se solicitó a la Corte Suprema proporcionar una regla supletoria de prescripción para una pretensión civil *RICO* *1970s*¹⁸⁵ porque la legislación guardaba silencio sobre el asunto. Mientras que la mayoría determinó un plazo de prescripción de cuatro años como lo que el Congreso hubiera querido, el Juez Scalia defendió que no debería haber regla de prescripción alguna. Scalia fue "indiferente al miedo de que esta conclusión pudiera resultar "repugnante a los genios de nuestras leyes" "¹⁸⁶ e incluso sugirió que esta penalidad supletoria podría alentar al Congreso a pactar en contra de ella: "De hecho, incluso, podría instar a que el Congreso promulgue un periodo de prescripción que considere "apropiado", decisión más cercana a su competencia que a la nuestra" ¹⁸⁷. Irónicamente, el Juez Scalia está argumentando por una forma extrema de

¹⁷⁸ Por ejemplo, sugerimos que la regla supletoria de penalidad de daño cero de Goldberg no fomentaría suficientemente a los minoristas a contratar por una autoliquidación de daños, y aun si una penalidad mayor si lo hiciera, el monto de los daños auto liquidados en equilibrio podría "reunirse" a un nivel de desinformación bajo. Ver Sección I.C.2 *supra*. Las cortes también deberían considerar la posibilidad de que algunas partes, sin ignorancia o descuido, dejen de pactar en contra de las reglas supletorias de penalidad.

¹⁷⁹ La regla Hadley es un ejemplo de una penalidad supletoria que 1) es barata de pactar en contra incluyendo una cláusula de autoliquidación de daños, 2) probablemente causará que la información de daños sea revelada y, 3) facilitará precauciones más eficientes.

Debemos agregar una importante advertencia vinculada con la transición. El cambio legal de una regla supletoria a otra puede ser costoso —especialmente si el cambio es a penalidad supletoria. Hasta que las partes estén informadas de la nueva regla, pueden haber costos de transición mientras las partes continúen negociando bajo la sombra de una ley inválida.

Finalmente, notamos que en varios escenarios contractuales, ambas partes pueden tener información privada que deciden retener. En tales escenarios de "asimetría informativa dual", las penalidades supletorias pueden no ser suficientes para asegurar que toda la información privada sea revelada.

¹⁸⁰ Ver discusión en nota 10 *supra*.

¹⁸¹ Ver EASTERBROOK. "The Supreme Court, 1983 term-foreword: the Court and the economic system". HARV. L. REV. No. 98. 1984. pp. 4, 15-16.

¹⁸² MACEY. "Promoting public-regarding legislation through statutory interpretation: an interest group model". En: COLUM. L. REV. No. 86. 1986. pp. 223, 236-240.

¹⁸³ Para una discusión más general sobre la utilización de penalidades supletorias para forzar al Congreso a promulgar la ley, ver MARSHALL, L. "Let Congress do it: the case for an absolute rule of statutory stare decisis". 1989. (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

¹⁸⁴ 483 U.S. 143, 157 (1987) (Scalia, J., en concurrencia).

¹⁸⁵ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), 18 U.S.C. § 1964 (1982 & Supp. V 1987).

¹⁸⁶ 483 U.S. at 170 (Scalia, J., en concurrencia) (citando *Occidental Life Ins. Co. v. EEOC*, 432 U.S. 355 (1977) citando *Adams v. Woods*, 6 U.S. (2 Cranch) 336, 342 (1805).

¹⁸⁷ 483 U.S. at 170.

activismo judicial. Sólo escogiendo una regla supletoria que esté completamente reñida con la intención del Congreso puede la Corte asegurarse que el Congreso revele su intención. Entonces, el mensaje fundamental de Scalia es que el activismo extremo puede convertirse en una forma de deshabilitación de la limitación judicial. Ejemplos como tales resaltan nuestra tesis primaria de que las reglas supletorias eficientes pueden a veces desviarse de lo que las partes habrían querido. Con mayor importancia, demuestran que nuestra elección de regla supletoria debe estar basada en el entendimiento de por qué las partes –incluso las legislaturas– dejan vacíos en sus textos¹⁸⁸.

Finalmente, sugerimos que los profesores se enfoquen más explícitamente en la diferencia entre reglas supletorias e imperativas. Frecuentemente los alumnos pueden recitar las varias reglas aprendidas en un curso sin saber si son obligatorias o no. Enseñar qué reglas son supletorias no es una pretensión meramente pedagógica. Para representar efectivamente a sus clientes, los abogados necesitan saber no sólo cuáles son las reglas legales, sino, si pueden ser abrogadas para promover los intereses de sus clientes¹⁸⁹. El conocimiento de las reglas supletorias y de cómo pactar en contra de ellas es un prerrequisito de una abogacía efectiva.

¹⁸⁸ Por ejemplo, el vacío en el tema de la prescripción de RICO en *Malley-Duff* es difícil de explicar como una legislación *hidden pork-barrel*.

¹⁸⁹ Especialmente en el derecho corporativo, el mecanismo para contratar alrededor de una regla supletoria puede ser indirecto. Por ejemplo, mientras que las leyes corporativas no le dan al directorio el derecho de rechazar una fusión, ciertos planes "*poison pill*" tienen el efecto de hacer que el directorio rechace cualquier oferta de adquisición hostil. Ver el caso *Dynamics Corp. of Am. v. CTS Corp.*, 805 F.2d 705 (7th Cir. 1986) (analizando el impacto económico del "*poison pill*").

LAS OBLIGACIONES DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS MERCADOS EMERGENTES DE TELECOMUNICACIONES: UNA APROXIMACIÓN A LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Iván Santos Esteras *
Maite Vizcarra Alarcón **

A la luz del nuevo marco regulatorio europeo y bajo la premisa de que la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr una mayor penetración de los servicios, mejores precios, más inversión e innovación; los autores efectúan una interesante reflexión en torno a las obligaciones de no discriminación en los mercados emergentes de telecomunicaciones.

* Especialista en Telecomunicaciones. Master en Economía por el London School of Economics. Economista Principal de la Dirección de Ofertas en el Mercado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España-CMT.

** Especialista en Telecomunicaciones. Master en Economía por la Universidad de Barcelona. Jefe de Asuntos Legales y Regulatorios de Telefónica Multimedia S.A.C.

I. INTRODUCCIÓN

El sector de las telecomunicaciones está inmerso en un proceso de constante cambio, ya sea consecuencia de los rápidos avances tecnológicos o por la cada vez mayor creciente competencia, lo cual se traduce en la aparición de nuevas oportunidades tanto para los consumidores como para los proveedores. En una dinámica como la que hemos descrito, la regulación juega un importante papel en su correcto desarrollo.

Desde una perspectiva comparada, hasta el momento las políticas regulatorias se han centrado en la gestión de la transición de un mercado maduro, dominado por un operador establecido, a uno en competencia efectiva el cual demanda una perspectiva coherente y eficaz en entornos de rápida evolución.

Una vez superado un primer estadio de liberalización, las políticas necesitarán adaptarse a mercados muy volátiles e incorporar un nuevo enfoque en su intervención en función de un análisis dinámico de la competencia. Bajo esta nueva perspectiva no deberían valorarse tanto los elementos estructurales del propio mercado, como sí los incentivos existentes entre los agentes participantes en el mismo; de modo que se evite penalizar a los agentes innovadores que pueden llegar a alcanzar en determinados momentos posiciones aventajadas, al tiempo que se favorece una intervención más consistente en el largo plazo.

Las políticas regulatorias han tratado por todos los medios de evitar que cualquier agente alcance una posición destacada frente a sus competidores argumentando la búsqueda de la competencia efectiva, dejando a un lado un análisis detallado de las circunstancias que llevaban a determinados agentes a alcanzar esta posición. Esta perspectiva imperante, que podemos denominar estructural, prejuzga los mercados analizados y trata de proteger a los nuevos entrantes penalizando de manera sistemática al operador que asume el riesgo, prote-

giendo de esta manera más la imitación que la propia innovación.

Una perspectiva dinámica por el contrario, entiende y analiza el mercado en el largo plazo e incorpora en su análisis los incentivos y comportamientos estratégicos que se producen en él.

Los nuevos entornos tecnológicos y la innegable convergencia de servicios en las telecomunicaciones están propiciando el desarrollo de los llamados "mercados emergentes", los que necesitan de una óptica dinámica para que los beneficios de consumidores y productores no se erosionen en el corto plazo. Los procesos de innovación y estos mercados requieren de grandes esfuerzos que permitan la recuperación de las inversiones intensivas que los caracterizan; ya que de otra manera, si el agente que toma la iniciativa ve mermada su capacidad de recuperación de todo el valor añadido generado por su acción innovadora, a la larga podría optar por dejar de llevar a cabo nuevos procesos.

En ese entendido, los Estados Miembros de la Comunidad Europea han apostado por el desarrollo de una nueva política regulatoria¹ que persigue la implementación de un mecanismo de análisis capaz de adaptarse a un sector dinámico y convergente como es el que incluirá a los mencionados mercados. Dentro de esta nueva política, se ha dedicado una especial atención a situaciones, tales como el acceso a recursos y redes, que en los hechos suelen estar relacionadas con prácticas comerciales asimilables a tratamientos diferenciados.

En las siguientes páginas se pretende analizar la conveniencia o no de imponer obligaciones de no discriminación² a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas³ que deban prestar acceso a redes y recursos asociados de acuerdo con la Directiva de Acceso⁴ y el nuevo marco regulador europeo. Asimismo, se analizarán los efectos que estas obligaciones pueden generar en entornos ajenos a servicios y mercados maduros en telecomunicaciones.

¹ El nuevo marco regulatorio europeo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se despliega en cuatro principales textos legales, es decir, la Directiva Marco y tres Directivas específicas que se aprobaron el 24 de abril de 2002. Estas son:

- Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados.
- Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las autorizaciones de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al Servicio Universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

² Las obligaciones objeto de estudio, se refieren únicamente a aquellas que afectan a las relaciones entre operadores, es decir, a las relaciones a nivel mayorista. Ello supone que en el presente estudio no se aborden problemas relacionados con la discriminación que pueda realizar un operador entre clientes finales, obligaciones que encuentran su marco lógico en el desarrollo de la Directiva de Servicio Universal y de la protección de los usuarios.

³ El nuevo marco regulatorio también asume la existencia de una convergencia tecnológica y de sectores que supera al de las telecomunicaciones propiamente y en particular el de la telefonía, por lo que su ámbito de aplicación no se limita a éste sino que se extiende a los servicios telemáticos, multimedia y de la Sociedad de la Información (fundamentalmente el correo interpersonal o *e-mail* y la telefonía vocal); por lo que se habla de comunicaciones electrónicas y ya no más de telecomunicaciones.

⁴ La Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de Acceso), relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, en su artículo 1, declara que su intención es establecer un marco regulador para las relaciones entre los suministradores de redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, que haga posible el mantenimiento de la competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios y redunde en beneficio de los usuarios.

La situación actual de las telecomunicaciones se caracteriza por la creciente necesidad de transmitir grandes volúmenes de datos y que además se produce desde la convergencia de sectores y de servicios. Este paradigma se resume en la distinción clara de lo que ha venido siendo el negocio tradicional (básicamente comunicaciones vocales), cuyo grado de madurez es muy alto, y lo que son los nuevos modelos de negocio asociados al desarrollo de la Sociedad y Tecnologías de la Información que, por su carácter emergente, requieren aún generar la demanda que permita asegurar el retorno de las inversiones.

En la base de estos nuevos negocios se encuentran indudablemente, ejemplos como la Banda Ancha⁵, y todas las tecnologías de acceso alternativas (tales como el Power Line Communications⁶ o PLC, el Cable-módem, entre otros). Estos nuevos servicios pueden enmarcarse dentro de lo que ha venido a denominarse como mercados emergentes⁷, para denotar aquellos que se encuentran en las primeras etapas de su ciclo de vida (fase de introducción y/o primera etapa de la fase de crecimiento), que cuentan con una cadena de valor ampliada (en la que aparecen nuevos agentes), en los que la mayoría de servicios y aplicaciones que se soporten están todavía por desarrollarse y en los que es necesario un alto nivel de innovación tecnológica.

En estos mercados, el operador que introduce el producto tiene, inicialmente, el cien por ciento del mercado (o enfrenta competencia incipiente) y la oferta se reduce a un producto (o servicio) básico. Al mismo

tiempo, este primer oferente asume los mayores riesgos del negocio porque la existencia de demanda para el producto no está garantizada en el mediano plazo. Por ello, un mercado emergente se caracteriza por incertidumbre y por la necesidad de realizar grandes inversiones para introducir el producto al mercado y generar la demanda suficiente en busca de la escala eficiente de producción⁸, como ya se indicó.

A diferencia de los negocios tradicionales, que se desarrollaron en régimen de monopolio, bajo el cual se financió el despliegue universal de las redes sobre las que se soportaron, los mercados emergentes desarrollan negocios en situación de competencia. Esto explica por qué cuando los servicios tradicionales se abrieron a la competencia, los nuevos entrantes se encontraron en una posición desventajosa dada la necesidad de invertir en la construcción de redes nuevas para captar clientes, por lo que en muchos casos la red constituía un costo hundido para aquellos. Esta situación justificaba que los operadores establecidos estuvieran obligados a brindar a sus competidores, acceso (transitorio) a sus redes para reducir barreras de entrada al mercado. En los mercados emergentes, la situación de competencia facilitará que en las áreas geográficas donde los competidores decidan invertir en red la concurrencia entre las plataformas no sea muy distinta de la que hoy se da entre los operadores de telefonía móvil.

En el análisis de los problemas de competencia que se presenten en estos mercados, tales como los casos de discriminación o trato diferenciado, será importante distinguir entre servicios nuevos (o innovadores) y servicios emergentes. Estos últimos se desarrollan en

⁵ La expresión "ancho de banda" proviene de las comunicaciones inalámbricas. El espectro radioeléctrico está dividido tradicionalmente en "bandas" y "canales" de radiofrecuencias. Cuando se concede a un operador el derecho a usar en exclusiva determinadas frecuencias, este derecho se define como una parte de las frecuencias disponibles en una banda determinada (por ejemplo, la de los 900 megahercios utilizada en la telefonía móvil GSM en Europa) de tal forma que, a mayor amplitud de las frecuencias concedidas, mayor "ancho de banda" y mayor capacidad de transmisión. De ahí la idea, generalizada a todas las telecomunicaciones, de que las conexiones de gran capacidad tienen el equivalente a un "gran ancho de banda" o simplemente son de "banda ancha" (*broadband*); por el contrario las de menor capacidad tienen poco "ancho de banda equivalente" o, lo que es lo mismo, son "de banda estrecha" (*narrowband*). Para más detalle consultar: PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge (Coordinador). "GRETTEL 2002, Nuevo diseño Europeo de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet". Madrid, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, 2002. p. 911.

⁶ En términos simples, esta tecnología permite replicar una red de telecomunicaciones yuxtapuesta a la red eléctrica, por lo que propicia una mutación funcional de ésta última sin alteración funcional de ninguna de las redes implicadas; convirtiéndose en una alternativa para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que terminen en la propia casa de los abonados o usuarios (bucle local de abonado).

⁷ No existe una definición oficial, aún, de mercados emergentes, pero es posible intentar una sobre la base de las características que se predicen de ellos.

⁸ Aunque todas las redes de telecomunicaciones son negocios muy intensivos en capital que requieren fuertes inversiones, hay que destacar que al menos en los países desarrollados las redes telefónicas tienen ya penetración universal, mientras que las redes o infraestructura para los servicios emergentes no existían hace unos pocos años, y aún hoy están en las fases iniciales de su despliegue. Dicho en otras palabras, las operadoras de voz fija ya han desembolsado el importe de las inversiones necesarias para el despliegue total de sus redes, por lo que la decisión de invertir es ya irreversible y la amortización de las redes se ha convertido en un costo hundido. En cambio, las inversiones en servicios emergentes deben todavía realizarse en su mayor parte, por lo que el gestor de una empresa operadora debe interrogarse caso por caso si merece la pena acometer dicho desembolso. Estas diferencias en el análisis de la inversión se combinan con los muy diferentes objetivos estratégicos de los operadores en ambos tipos de mercados. La voz fija es un mercado maduro, e incluso en declive en muchas zonas, mientras que los servicios emergentes, como por ejemplo la Banda Ancha, reportan fuertes crecimientos anuales de usuarios, tráfico e ingresos. La única forma posible de crecimiento de ingresos en los mercados maduros es ganar una cuota de mercado arrebatando clientes a los competidores, que es el argumento con que los reguladores justifican su énfasis en relacionar el grado de rivalidad competitiva con la evolución de las cuotas de mercado. En un mercado emergente, sin embargo, el objetivo primordial de los operadores es crecer captando nuevos clientes, porque suele ser más fácil y barato que arrebatárselos a los competidores. La estrategia financiera también es muy distinta: los operadores de mercados maduros se concentran en maximizar el flujo de caja que obtienen de sus operaciones, mientras que para un operador en un mercado emergente la prioridad es financiar de modo equilibrado los consumos de caja de la fase inicial de lanzamiento. Como consecuencia, el énfasis de las operaciones es radicalmente distinto: un operador maduro buscará optimizar sus costos unitarios, aumentando su eficiencia por todos los medios, mientras que un operador emergente debe ser capaz de crecer lo más rápidamente posible y desplegar sus redes y su organización al máximo ritmo que soporte el crecimiento de la demanda y, en cualquier caso, antes que la competencia.

mercados emergentes y ello implica que no deben haber estado presentes en ninguno de los mercados previamente existentes. De allí que la dimensión geográfica, sea una variable de análisis importante a considerar en el análisis de competencia respectivo, pues un servicio que es maduro en una región (o país) podría ser emergente en otra.

Los problemas de competencia que se desarrollen en estos mercados, también surgirán, probablemente, cuando el primer operador en aparecer o establecerse, sea el propietario de una infraestructura básica para la prestación del servicio (o bien) emergente, la que además, no sea fácil de replicar. Considerando que estos mercados requieren de una mínima intervención externa que determine las reglas de juego, la aplicación de un análisis con esta orientación podría interpretarse *prima facie* como promotora de situaciones de poder en el mercado (PSM en adelante). Sin embargo, lo recomendable sería, aún ante esa interpretación, ir por un *minimally regulated environment*, pues las condiciones propias de los entornos emergentes tenderán a disciplinar la plaza constantemente, sin necesidad de una intervención *ex ante*⁹.

Desde otra perspectiva, los problemas de competencia en mercados emergentes podrían estar causados por un problema de competencia en un mercado maduro “aguas arriba”, en tal caso la intervención regulatoria debería ocurrir en ése mercado y no en el emergente. Aun así, si fuera el caso que el mercado emergente requiere del desarrollo de infraestructura propia, no existe posibilidad de resolver el problema de competencia a partir de imponer restricciones regulatorias en el mercado maduro “aguas arriba”.

Todas estas consideraciones suponen, la aplicación de una regulación apropiada que responda a las exigencias de crecimiento de nuevos servicios dentro de la evolución que las telecomunicaciones están experimentando actualmente, lo que implica una revisión de los principios ya conocidos. Esta es la motivación que se encuentra detrás de la reciente reforma regulatoria europea, en donde las obligaciones de no discriminación¹⁰ constituyen una variable relevante.

III. DE LA DISCRIMINACIÓN

Se entiende por discriminación en el acceso la aplicación de condiciones desiguales a circunstancias semejantes. Esta aplicación de condiciones desiguales puede referirse tanto a precios como a otras condiciones de prestación del servicio o al hecho de no prestar a los competidores un servicio que sí se presta a otros y especialmente a sí mismo¹¹.

Es importante destacar que esta definición implica, en primer lugar, que no se considera discriminación la aplicación de condiciones desiguales a circunstancias que no son semejantes. Asimismo como se explicará más adelante, no toda discriminación en el acceso, entendida como trato desigual a situaciones equivalentes, constituye necesariamente una práctica perniciosa dado que pueden haber razones de eficiencia económica u otras objetivas que la justifiquen.

Es decir, para que esté prohibida por el derecho de la competencia, la discriminación ha de ser injustificada y ha de tener un impacto contrario a la libre competencia.

La actual Ley General de Telecomunicaciones española así lo entiende, por lo que su artículo 13 sugiere la posibilidad de prohibir *ex ante* la discriminación en situaciones en las cuales el proveedor de acceso a nivel mayorista tiene poder de mercado (individual o colectivamente) y compite en el mercado minorista junto con los demandantes de acceso, por sí mismo o por medio de una empresa que forma parte de la misma unidad económica¹².

Dado que, en definitiva las prácticas comerciales caracterizadas por establecer tratamientos diferenciados tienen un sustrato económico, a continuación se explicarán las razones por las que tradicionalmente la teoría económica predice por qué estas son perjudiciales para el bienestar social; asimismo, se analizará el impacto de estas predicciones en los mercados emergentes.

1. Discriminación en teoría económica

Desde el punto de vista económico se entiende por discriminación cualquier diferenciación en precios que

⁹ Cuando se analizan las tendencias regulatorias respecto a estos mercados, conviene recordar que la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr mayor penetración de los servicios, mejores precios, más inversión y más innovación. Los servicios emergentes se encuentran en fase de desarrollo, y parece lógico que la regulación se concentre en fomentar el despliegue de infraestructuras y modelos de negocio sin preocuparse demasiado por el reparto de cuotas de mercado en un momento dado. Al fin y al cabo, los operadores buscarán “competir por el mercado” antes que “competir en el mercado”.

¹⁰ En el nuevo marco regulador, como explican los considerandos 12 y 14 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; de lo que se trata es de revisar estas obligaciones en función del grado de competencia existente en los mercados y mantener únicamente aquellas necesarias para el funcionamiento del mercado cuando la sola aplicación del derecho de la competencia se revele insuficiente.

¹¹ El artículo 10 de la Directiva de Acceso define “no discriminación” en los siguientes términos: “(que) el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros, servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”.

¹² Existe una tendencia jurisprudencial en el derecho de la competencia comunitario a imputar en la sociedad matriz, el comportamiento abusivo de una filial cuando se actúa como unidad económica. Entre otras la Sentencia del TPI del 1 de abril de 1993, BPB Industries plc y British Gypsum contra Comisión.

un oferente realice entre los consumidores de un mercado. Por tanto, la teoría económica define discriminación de una forma más amplia que el derecho de la competencia y la regulación sectorial que reducen la discriminación a las diferenciaciones en precios que no tengan una justificación objetiva y tenga efectos anticompetitivos. Ahora bien, también cabe decir que desde el punto de vista económico, la diferenciación no es sinónimo de un mercado monopolístico sino que puede deberse a multitud de factores, entre ellos la estructura del mercado, y no siempre es anticompetitiva.

La teoría económica predice que la discriminación en precios (cuando no se basa en diferencias en los costos) es negativa porque aleja el resultado del mercado del paradigma competitivo. En un mercado perfectamente competitivo¹³, el resultado esperado es que el precio de un bien sea igual al costo marginal de su producción. Esta solución es óptima porque no hay ningún consumidor que valore más el bien que el costo de producirlo y que no consuma. Y por otra parte, consumidores que valoran el bien en menor medida que el costo de producirlo no lo consumen.

Dicho lo anterior, es claro que la discriminación de precios implica una distorsión en el mercado dado que incrementa el precio para algunos consumidores sin que se produzca un incremento del costo de producir ese bien. Ahora bien, los resultados anteriores cambian sensiblemente cuando las premisas del modelo cambian. A continuación se analizan dos cambios en este sentido: la presencia de costos fijos en la industria y el poder de mercado desde el lado de la oferta.

Presencia de costos fijos en la industria

El principal problema práctico al que se enfrenta la aplicación del modelo competitivo es que, en general, las industrias enfrentan costos fijos para la producción de los bienes del mercado. Bajo estas circunstancias, en el corto plazo, el precio igual al costo marginal implicaría la pérdida de los costos fijos (área A del gráfico). Por tanto, la solución competitiva no es viable en este escenario.

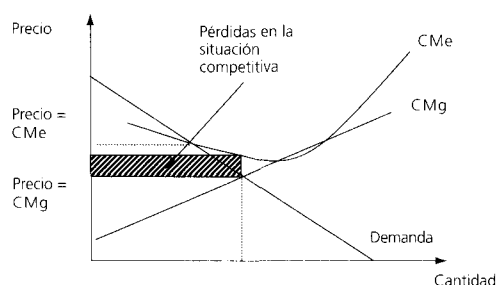


Gráfico. Modelo competitivo en presencia de costos fijos.

En presencia de costos fijos, los oferentes del mercado deben imponer precios superiores a los costos marginales dado que en otro caso, no tendrían incentivos a proveer el servicio. Por tanto, para la aplicación de los preceptos del derecho de la competencia, debe tenerse en cuenta que no todas las divergencias del precio con respecto al costo marginal son sinónimo de abuso de poder de mercado. En particular, la discriminación en función de las diferencias de demanda puede ser óptima a la hora de repartir la carga de los costos fijos entre los consumidores.

Un ejemplo claro de este tipo de prácticas es la diferenciación de precios en los horarios pico y valle en los servicios de telecomunicaciones. En general, durante el horario comercial, el tráfico es cursado en su mayor parte por los clientes empresariales. La demanda de estos es más inelástica dado que no pueden elegir el momento en que cursan dicho tráfico. Esta inelasticidad de la demanda hace que sea más eficiente imponer precios más altos durante este periodo que en el horario valle, cuyos clientes, en general residenciales, tienen una sensibilidad al precio mayor.

Poder de mercado en el lado de la oferta: monopolio

El análisis del caso extremo del monopolista tiene interés dado que aporta los principios sobre cuándo la discriminación es socialmente más eficiente que los precios uniformes. El monopolista maximiza sus beneficios consciente de que su decisión sobre la cantidad afecta al precio final en el mercado. En estas condiciones, restringirá la cantidad producida para incrementar los precios hasta el punto de hacer máximos los beneficios. Es claro que el nivel de precios divergirá sensiblemente del costo marginal y, por tanto, consumidores que valoran más el bien que el costo de producirlo no acabarán consumiendo.

Ahora bien, si el monopolista fuera capaz de discriminar precios en función de factores fácilmente observables y en ausencia de reventa, podría disminuir sus precios de forma selectiva de forma rentable para él. Bajo esta premisa, la teoría económica identifica tres formas de discriminación básicas:

- Discriminación de primer grado. En este caso, el monopolista es capaz de cargar precios diferentes a cada consumidor individual. De esta forma, aunque a un precio mayor, la cantidad comerciada es igual a la cantidad de la solución competitiva¹⁴.

¹³ En el que se cumplen las hipótesis de ausencia de poder de mercado en la oferta, información perfecta de los consumidores, rendimientos decrecientes de escala (ausencia de costos fijos) y preferencias homogéneas.

¹⁴ Ejemplos de este tipo de discriminación suelen encontrarse en el contexto de la negociación bilateral, donde el oferente decide, en función de la reacción del consumidor, el precio final.

- Discriminación de segundo grado. El monopolista decide precios diferentes en función de la cantidad consumida. Este caso es típico y suele implicar descuentos por volumen.
- Discriminación de tercer grado. En este caso el precio es fijado en función del tipo de consumidor. El monopolista decide un rasgo del consumidor que esté correlacionado con su demanda y decide el precio de venta, igual para todos los componentes de ese grupo¹⁵.

Las anteriores prácticas serán socialmente más eficientes si consiguen aumentar el número de unidades comerciadas. Por tanto, este principio también debe ser tenido en consideración a la hora de prohibir de forma general las prácticas discriminatorias, incluso si son practicadas por un oferente con PSM.

A. Discriminación en un entorno de competencia efectiva

Una vez que se han considerado los efectos de la discriminación monopolística, es relevante analizar la discriminación en un entorno más o menos competitivo. A este respecto es necesario hacer algunas puntualizaciones generales, propias del contexto español, pero extensivas a otros.

En principio, las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por una empresa no dominante estarían fuera de las prácticas abusivas penadas por el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea¹⁶. Sin embargo, la regulación sectorial de las telecomunicaciones vigente en España, permite imponer obligaciones generales a los operadores, tengan o no tengan PSM. Estas obligaciones de no discriminación no habrán de imponerse con carácter general en mercados en competencia imperfecta¹⁷ a los operadores no dominantes puesto que existen razones de eficiencia económica que pueden justificar la discriminación, y la hacen compatible con un mercado en competencia efectiva.

Como ya se indicó, empresas productoras de diferentes bienes que enfrentan costos fijos requieren de la discriminación para determinar los precios de cada uno

de los bienes que producen, así como distribuir los costos fijos. En este contexto, la teoría económica previene de obligaciones que reduzcan la libertad de las empresas para decidir el precio del producto, dado que son menos eficientes.

Por tanto y en general, cuando el mercado está en un contexto de competencia efectiva, existen razones de peso para concluir que la discriminación no es ineficiente. Así, la competencia probablemente hará que la discriminación se base en diferencias de costos: la discriminación en precios es factible en mercados en competencia efectiva y, en este caso, en general es pro competitiva.

B. Discriminación con mercados conexos

Líneas arriba, se analizó el comportamiento de una empresa dominante en el mercado en el que ostentaba esa posición. Ahora bien, la política de la competencia también previene de las conductas de estas empresas en mercados en los que no tienen esta posición.

Existe un consenso general en que las empresas dominantes tienen la capacidad y los incentivos para ejercer su poder de mercado en las plazas que dominan. Ahora bien, este hecho no es tan claro en el supuesto de mercados conexos, dado que la presencia en estos puede deberse a la simple complejidad de la actividad y a la multitud de interacciones que tienen las empresas modernas en el despliegue de sus diferentes actividades. Siendo que sobre este supuesto no existen posiciones pacíficas, conviene observar algunas consideraciones en el análisis.

En primer lugar, es relevante describir qué se entiende por mercado conexo. El gráfico siguiente muestra, de forma esquemática, el tipo de situaciones que se pretende analizar.

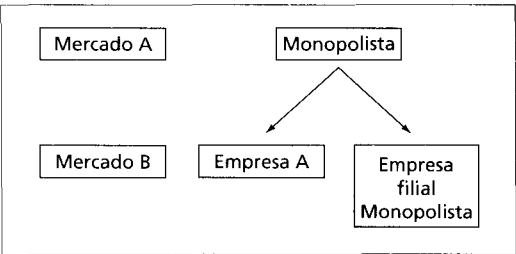


Gráfico. Esquema mercados conexos

¹⁵ Ejemplos clásicos de este tipo de discriminación son los descuentos a los menores de edad, cuya elasticidad de la demanda es mucho mayor que la del resto de consumidores, con mayor renta.

¹⁶ "Artículo 82: Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

¹⁷ Se entiende como mercados en competencia imperfecta aquellos que no cumplen las hipótesis del modelo de competencia perfecta (ver nota 13).

El modelo que se examinará cuenta con dos mercados, A y B. El mercado B, que enfrenta competencia, requiere del producto vendido en el mercado A para su producción. En el mercado A existe una empresa con poder de mercado que está también presente en el mercado B¹⁸.

Dado el modelo anterior, el monopolista del mercado A debe decidir sobre dos cuestiones principales que llevarán a dos situaciones diferentes en el mercado. En primer lugar, debe decidir si estar activo en el mercado B. En segundo lugar, debe decidir si comercializa conjuntamente el producto A y B, o bien si los debe vender por separado para que los consumidores finales los integren. Las anteriores decisiones llevan a los resultados de mercado reflejados por la tabla siguiente:

	Activo en mercado B	No activo en mercado B
Oferta integrada (A+B).	Bienes empaquetados y producción integrada.	Bienes empaquetados y producción subcontratada.
Oferta no integrada (A+B).	Bienes vendidos separadamente.	Únicamente vende bien A.

La decisión que tome la empresa monopolista en el mercado A será función de diferentes factores económicos de producción y mercado. En general, el monopolista tendrá en cuenta si mediante la producción integrada se obtienen economías de escala y de especialización y se producen ahorros en costos¹⁹. Asimismo, si son necesarios conocimientos específicos (*know how*) para la provisión del bien B y que son costosos de adquirir, el monopolista puede optar por la subcontratación de esta provisión. Finalmente, si no hay una demanda diferenciada para la oferta integrada por parte de los consumidores finales, la decisión del monopolista puede encaminarse a la comercialización individualizada de los bienes.

De todo lo anterior, debe concluirse que la empresa dominante en un mercado minorista, en determinadas circunstancias, puede tomar la decisión de estar activa en los mercados conexos no con el fin de trasladar su poder de mercado sino para conseguir una producción más eficiente tanto del bien A como del B.

Ahora bien, también es posible que la presencia de una empresa con posición de dominio en el

mercado de un *input* esencial para la producción de un determinado bien y en el minorista de dicho bien tenga incentivos trasladar dicho poder de mercado mediante prácticas contrarias a la competencia.

Así, el monopolista tendrá incentivos a extender su dominancia desde el mercado intermedio al minorista cuando:

- La empresa dominante puede impedir la entrada de competidores en el mercado minorista.
- La empresa dominante impide la entrada en el mercado minorista porque la competencia en dicho segmento minorista facilita la entrada en el mercado intermedio.

Discriminación para impedir la entrada en el mercado minorista

En un modelo como el descrito anteriormente, en el que existe una empresa dominante en la provisión de un bien intermedio A y que enfrenta competencia potencial en el mercado B, que a su vez requiere del bien A para su producción, la discriminación puede ser utilizada por la empresa dominante para desincentivar la entrada en el mercado B y trasladar así su posición.

Así, supongamos que la disponibilidad máxima a pagar por el consumidor es 6 para el producto B. Por otra parte, los costos de producción de los bienes A y B ascienden a 2. Supongamos la situación de partida en la que los precios de A y B son iguales a 3. En este escenario es evidente que la empresa dominante puede detener la entrada de los competidores potenciales en B mediante prácticas discriminatorias que hagan no rentable la producción de únicamente el bien B. Por ejemplo, si el monopolista ofreciera de forma integrada A y B a un precio igual a 4,5 no sería rentable entrar en el mercado minorista B²⁰.

¹⁸ Puede comprobarse que esta situación es bastante común en los casos de abuso de posición dominante (entre otros Decisión de la Comisión Europea Sea Containers vs. Stenalink del 21 de diciembre de 1993, Sentencia del TJCE de 1981 IBM c. Comisión, STJCE del 5 de abril de 1995 Magill, STPI del 6 de octubre de 1994, Tetra Pack International S.A. contra Comisión de las Comunidades Europeas, confirmada por la STJCE del 14 de noviembre de 1996 Tetra Pak, STJCE Oscar Bronner del 26 de noviembre de 1998). Asimismo, esta situación es bastante común en los mercados de telecomunicaciones, para los que el mercado A puede corresponderse, entre otros, al bucle del abonado, mientras que el mercado B podría asimilarse al mercado telefónico fijo.

¹⁹ Estos costos deben ser entendidos en sentido amplio y no únicamente monetario. Una de las fuentes más importantes de ahorro en costos viene derivada del uso de la información. Así, la demanda del bien A del monopolista es función del precio del bien B.

²⁰ En este escenario, los beneficios de la empresa dominante ascenderían a $4,5 - 2 - 2 = 0,5$; por otra parte, los beneficios de un competidor potencial en B que quisiera emular el citado paquete sería $4,5 - 3 - 2 = - 0,5$.

Finalmente, cabe decir que la anterior estrategia sería beneficiosa para la empresa dominante si consigue incrementar la cantidad vendida, esto es, incrementar su cuota en B, dado que el margen por unidad ha disminuido desde 2 a 0,5.

Discriminación para proteger la posición en el mercado mayorista

La anterior situación implicaba que la empresa dominante pretendía extender su posición a los mercados conexos al que domina. Ahora bien, también es posible encontrar situaciones en las que, la empresa dominante pretenda mantener su posición en el mercado mayorista. Si la entrada de un competidor en el mercado B permite que, con el tiempo, este competidor entre también en el mercado A, la empresa dominante en A puede pretender eliminar la competencia en B para eliminar las amenazas sobre su posición en el futuro.

De las anteriores consideraciones, debe concluirse que la discriminación no es *per se* contraria al beneficio de los consumidores sino que puede ser beneficiosa si se consigue incrementar la cantidad de producto vendido. Ahora bien, el anterior análisis cambia sensiblemente cuando el modelo de análisis se complica para introducir mercados con dos eslabones, en los que un bien se utiliza como bien intermedio en la provisión de uno final. En este contexto, una empresa dominante en el mercado mayorista puede tener incentivos a extender su posición al mercado minorista para apropiarse de todas las rentas en dicho mercado o bien para proteger su posición mayorista.

IV. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN MERCADOS EMERGENTES: LA DIRECTIVA DE ACCESO Y LA NUEVA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

A diferencia del antiguo marco, los cambios establecidos en el nuevo marco regulador europeo (transpuestos en la nueva Ley General de Telecomunicaciones española) establecen que la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso no se predica, salvo excepciones que las Autoridades Nacionales de Regulación (en adelante ANRs) deberán determinar, respecto de todos los operadores con carácter general sino únicamente de aquellos que tienen PSM²¹. Esto

supone una visión más acorde con la necesidad de asegurar el desarrollo de mercados emergentes sobre la base de la libre competencia. Estas obligaciones de no discriminación se dicen dirigidas a garantizar, “en particular que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados, y en las mismas condiciones”. Esta redacción recoge literalmente la definición del artículo 10 de la Directiva de Acceso.

En el considerando 17 de la Directiva de Acceso se explica que el principio de no discriminación garantiza que las empresas con PSM no falseen la competencia, en particular cuando se trata de empresas integradas verticalmente que prestan servicios a empresas con las que compiten en mercados descendentes. Si bien el considerando 14 establece que sólo a título excepcional puede resultar oportuna la imposición de obligaciones de acceso o interconexión a todos los agentes del mercado.

No obstante ello, hay que matizar que no se aplica automáticamente a todos los operadores declarados con PSM, sino sólo en aquellos casos en que esta discriminación fuera contraria a la competencia y, además, cuando los remedios del derecho de la competencia no fuesen suficientes para evitar estos efectos anticompetitivos.

Es en estos casos cuando deben imponerse condiciones de no discriminación *ex ante*, sin perjuicio de su consideración como conducta abusiva en el caso por caso si es que no se ha impuesto expresamente la obligación en el marco.

1. Cuestiones que plantea la aplicación del principio de no discriminación en el nuevo marco

El nuevo marco plantea una aplicación más flexible de la obligación de no discriminación que entendemos se debe aplicar únicamente allí donde la discriminación pueda tener efectos anticompetitivos y no, en todos los casos. Es decir, a la hora de valorar la imposición de tales obligaciones habrá que estar al remedio que a largo plazo resulte más pro competitivo.

²¹ Es importante destacar que por operador con poder significativo de mercado (PSM) se entiende aquél que sería dominante a efectos del derecho de la competencia y reglas *ex post*, lo que implica un cambio importante respecto del marco actual que determina *ex ante* tal condición en función a un determinado porcentaje de ingresos de cuota de mercado (mayor a 25%). Este cambio en la determinación de PSM, se condice con un análisis dinámico de competencia, en el que características estructurales del mercado como el grado de concentración, dejan de ser determinantes, más aún dentro de contextos emergentes en los que las posiciones de dominio, dejan de ser permanentes o estables al soportar constantes amenazas vía innovación y nuevos estándares. Al existir un alto grado de vulnerabilidad (“*tipping*”) en estos mercados, los criterios para la determinación de la existencia de PSM necesariamente se alejarán de parámetros como cuotas de mercado, adquiriendo así mayor relevancia otros factores como la competencia potencial o la innovación que puede producir un rival. En consecuencia, en estos mercados se cuestiona el tratamiento tradicional que el derecho de la competencia ha realizado tanto de las posiciones de dominio como de eventuales conductas abusivas de las empresas que disfrutaban de tal posición. Esto ha llevado a algunos autores a concluir que en estos mercados tecnológicos se deban evitar las prohibiciones “*per se*”, analizando todas las conductas en función de posibles daños a los consumidores.

La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de acceso para operadores sin peso significativo en el mercado

En principio, la discriminación que se ejerce sin poder de mercado no tiene efectos anticompetitivos o es pro competitiva. De ahí, que la imposición de obligaciones de no discriminación sólo será necesaria cuando los operadores estén controlando un elemento esencial del servicio como puede ser el acceso al usuario final.

La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de acceso para operadores dominantes

De este principio se derivan las siguientes cuestiones:

1. Un operador que presta un servicio minorista puede verse obligado a ofrecer a terceros operadores el correspondiente servicio mayorista en el que es dominante en condiciones no discriminatorias respecto de las que se presta a sí mismo o a terceros.

El problema que este tipo de obligación plantea radica en que si el operador dominante en el mercado mayorista, cada vez que ofrece un servicio minorista, se ve obligado a ofrecer un acceso no discriminatorio a terceros en el nivel mayorista tendrá pocos incentivos para prestar sus propios servicios y especialmente para innovar.

Por ello, esta obligación deberá imponerse únicamente cuando sirva para introducir competencia a largo plazo a nivel minorista teniendo en cuenta las condiciones del mercado. Por ejemplo, cuando no sea posible replicar la infraestructura necesaria para prestar el servicio por tratarse de una instalación esencial²². Además, el precio aplicado deberá permitir recuperar adecuadamente las inversiones realizadas.

En cuanto a los mercados emergentes, en principio se recomienda la no imposición de condiciones de no discriminación, excepto que se llegue a la conclusión que es mejor permitir a los terceros operadores el acceso que les garantice la posibilidad de comenzar a prestar los servicios para de este modo impulsar el desarrollo de la demanda (junto con el dominante en el servicio mayorista) y permitir al mismo tiempo el tendido de infraestructura alternativa propia²³.

2. El principio de no discriminación permite que aunque no se regulen todas las condiciones de un servicio minorista los competidores puedan solicitar un acceso que les permita ofrecer un servicio equivalente en condiciones no discriminatorias. El precio a que deba

ofrecerse este acceso debe permitir un margen suficiente para poder competir, es decir, no puede provocar un estrangulamiento de márgenes.

La consecuencia de todo ello es que aunque no se regulen los precios finales de un servicio (como sucede en el nuevo marco), se puede tomar como referencia el precio final del servicio minorista aplicado por el operador dominante para calcular el precio máximo al que se están cobrando los servicios mayoristas internos o intragrupo y solicitar un tratamiento similar y no discriminatorio del acceso. Lo mismo aplicaría para el resto de las condiciones de prestación del servicio.

El problema que se plantea es que el operador obligado a dar acceso no discriminatorio, si tiene posición dominante también en el mercado minorista (y por lo tanto margen de maniobra sobre los precios minoristas) podría perder incentivos para aplicar precios más bajos o mejores condiciones a usuarios finales, puesto que unos y otros se tomarán como referencia para el acceso al servicio mayorista.

Por ello, el nuevo marco y su flexibilidad, permite analizar antes de imponer una obligación de acceso en condiciones no discriminatorias, la situación del mercado minorista relacionado para evaluar la fijación del precio final del operador dominante y demás condiciones de prestación y si es un referente válido para la formación de precio mayorista.

3. Relacionado con las cuestiones 1 y 2, queda pendiente una adicional y es que un operador dominante no tiene, en principio, obligación de ofrecer servicios que él mismo no ofrece ni está dando a terceros²⁴.

Este planteamiento puede provocar situaciones de rigidez en el mercado puesto que se ofrecerán sólo condiciones “estándar” en perjuicio de la libre negociación o ni si siquiera se ofrecerá acceso para evitar tener que generalizar la oferta a terceros. En este caso la única vía posible para un solicitante de otro tipo de acceso sería demostrar que se trata de acceso a una instalación esencial.

Por ejemplo, si existieran servicios basados en una tecnología para la que ya existe una regulación, en principio el operador no tendría obligación de atender solicitudes de acceso que excedan del servicio regulado.

Para evitar este tipo de inconvenientes, las obligaciones impuestas por el nuevo marco ofrecen la posibilidad de regular flexiblemente los servicios mayoristas en la

²² Instalación esencial tal y como se ha recogido en la sentencia del TJCE del 26 de noviembre de 1998 Oscar Bronner.

²³ Solución de la Decisión de la Comisión Europea Nº Comp m.1795 del 14 de abril de 2000 sobre la adquisición de Mannesman por Vodafone/Airtouch. A través de esta decisión se autoriza la fusión sujetándola a obligaciones de no discriminación en el acceso a determinados elementos de la red durante un periodo de tiempo para evitar la creación de un monopolio en un nuevo mercado de servicios y favorecer la construcción de una infraestructura de red alternativa. Asimismo se incorporan obligaciones de transparencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

²⁴ A menos que lo que se solicita sea un acceso a una instalación esencial en condiciones razonables.

línea de la vigente Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) por capacidad y la posible modificación de la oferta GigADSL, entre otros.

4. Por otra parte y en línea con lo anterior la aplicación del principio de no discriminación puede tener por efecto una excesiva rigidez en las condiciones de acceso, que impiden que terceros puedan innovar en servicios o conseguir condiciones diferentes y mejores de las generalmente ofrecidas²⁵.

Entendemos que en este caso debe prevalecer la solución con efectos más pro competitivos evitando una aplicación excesivamente formal del principio de no discriminación.

5. La discriminación en las condiciones de acceso tiene mayores consecuencias anticompetitivas cuando se practica conjuntamente con otras prácticas contrarias a la libre competencia como puede ser la aplicación de precios predatorios y el empaquetamiento de servicios²⁶.

Así por ejemplo siendo dominante en un mercado y existiendo competencia en el otro, si intenta hacer precios predatorios selectivos en el segundo es menos eficaz si hay una obligación *ex ante* que le prohíbe discriminar.

6. Asimismo, puede plantear dificultades la imposición de la obligación de no discriminación *ex ante* a aquellas empresas que ocupen una posición dominante conjunta en un mercado, obligación que sólo podrá imponerse cuando la existencia de tal posición de dominio implique la ausencia de competencia en dicho mercado.

El problema surge a la hora de determinar si la obligación de no discriminación, ha de imponerse al conjunto de empresas identificadas como una entidad colectiva respecto de sus competidores, terceros contratantes, o consumidores, o bien individualmente a aquellas cuyo comportamiento pudiera resultar abusivo de tal posición de dominio conjunta.

En aplicación de la propia definición de posición de dominio colectivo, parece que los mismos incentivos para la coordinación anticompetitiva están presentes en cada una de las empresas, por lo tanto *a priori* resulta difícil distinguir una de ellas con mayor capacidad de

abuso, puesto que para poder entender que existe una posición de dominio colectivo la forma de coordinación ha de ser sostenible sin que ninguno deba tener interés en desviarse del resultado coordinado.

La imposición unilateral de obligaciones a una empresa del conjunto no parece coherente, si tenemos en cuenta además que el análisis que se realiza es *ex ante*. No obstante, tal y como se pone de manifiesto en la Comunicación de Acceso, “en el caso de posición dominante conjunta, el comportamiento de una entre varias empresas que gocen de una posición dominante conjunta puede ser abusivo, aunque las demás no se comporten de la misma forma”, lo cual justificaría la imposición de obligaciones a esta única empresa. Además la imposición a una única empresa en el mercado podría romper las condiciones que hacen posible la existencia de una posición dominante colectiva.

Por lo tanto, *a priori*, lo normal será que, de considerarse necesaria su imposición, se predique la obligación de todos los operadores.

V. CONCLUSIONES

La conveniencia de imponer obligaciones de no discriminación, en los términos de la Directiva de Acceso, a los agentes que se desarrollen dentro de los llamados mercados emergentes debe considerar un análisis en el que se superen los paradigmas tradicionales de regulación conocidos hasta hoy. Esta es la motivación que refleja el nuevo paquete regulatorio europeo, que persigue incentivar la inversión en nuevas redes antes que la obsesiva introducción de competencia en la prestación de servicios. La temprana crisis del sector de las comunicaciones electrónicas, y el consiguiente pinchazo de la “burbuja financiera” han permitido una relectura del modelo de regulación económica aplicado, incluyendo las conductas estratégicas que en la concurrencia por la plaza despliegan los agentes.

El caso de los tratamientos diferenciados, profusamente documentados por la economía y el derecho de la competencia son una de las prácticas estratégicas que

²⁵ Así por ejemplo se ha planteado este problema ante la CMT en relación con la oferta de interconexión por capacidad. En la Resolución del 10 de octubre de 2002, sobre el conflicto de interconexión entre UNIZ y Telefónica de España - TESAÚ, interpuesto por UNIZ sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al Acuerdo General de Interconexión entre ambas entidades, según lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente (expediente DT 2002/5954), se planteaba una contradicción entre el principio de libre negociación y el de no discriminación. En conflicto de interconexión por capacidad se negó a UNIZ el derecho a obtener automáticamente unas condiciones mejores que las de la OIR que sí había conseguido British Telecom - BT en su AGI. Prevaleció en este caso la libre negociación.

²⁶ No obstante ello, una parte de la doctrina económica, sobre todo en los Estados Unidos; ha puesto en entredicho la idea misma de que la vinculación de productos y servicios pueda constituir un abuso de posición de dominio sobre la base de simples cálculos matemáticos que demuestran que esta práctica carece de sentido económico para un monopolista. Esa parte de la doctrina económica, principalmente representada por la Escuela de Chicago, se pregunta por qué hay que prohibir las ofertas conjuntas si el vendedor nunca podrá obtener un precio mayor (rentas monopolistas) vendiendo conjuntamente sus productos o servicios que haciéndolo por separado. En definitiva, las ofertas empaquetadas pueden resultar absolutamente lícitas, incluso desde una posición de dominio, y se debe favorecer su práctica en la medida en que pueden proporcionar a los consumidores importantes ventajas, económicas o de otro tipo, al tiempo que posibilita su acceso al disfrute de determinados servicios o productos probablemente inaccesibles. Para mayor detalle ver: LE BLANC, Gilles. “Bundling Strategies, Competition and Market Structure in the Digital Economy”. LSE, Marzo, 2001.

han merecido una nueva interpretación, en la que se empieza a desechar el supuesto de ineficiencia, imputado a las empresas con PSM, dado que la discriminación puede favorecer la recuperación de inversiones en innovación e I+D permitiendo a la empresa en posición de dominio producir mayor *output* sin necesidad de hundir los precios como consecuencia de esos elevados costos fijos y reducidos costos variables.

Finalmente y para el caso de España, la nueva Ley General de Telecomunicaciones, se aparta de los criterios de análisis tradicionales basados en el análisis *ex ante*, admitiendo una supervisión/regulación *ex post* basada en los principios generales de la competencia; tendencia que por lo demás será la propia de este sector en los próximos tiempos.

ESTUDIO OLAECHEA

1878 - 2003

**BERNARDO MONTEAGUDO 201
SAN ISIDRO**

**TELF: 264-4040
FAX: 264-3080**

ESTUDIO BRAMONT-ARIAS TORRES

Av. Javier Prado Este N° 4215 Dpto. 202 Monterrico - Lima 33 - Perú
Central Telefónica (51-1) 437-8020 434-1745
E-mail: bramont@amauta.rcp.net.pe

LOS OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Análisis Crítico

Juan José Martínez *

La regulación del mercado de valores pretende eliminar la asimetría de información toda vez que la considera una falla de mercado. Al subsanar esta falla de mercado, se protege a los inversionistas no sofisticados que pueden convertirse en accionistas minoritarios de una determinada sociedad.

El presente trabajo analiza el cumplimiento de los objetivos regulatorios del mercado de valores en el Perú y detecta los problemas de la implementación de las normas corporativas que pretenden cumplir tales objetivos.

* LLM, New York University School of Law. Profesor de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica (PUCP) y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

I. ANTECEDENTES

Durante la década del noventa el país llevó a cabo diversas reformas en los ámbitos económico, jurídico y estatal, con la finalidad de promover la inversión y establecer en el Perú, una cabal economía de mercado.

El mercado de valores y su estructura regulatoria no fueron ajenos a dichos procesos de reforma. Durante dicho período se dictaron nuevas leyes del mercado de valores, así como una nueva Ley General de Sociedades¹. Tales normas establecen el marco regulatorio del mercado de valores, así como los objetivos de la regulación, las funciones de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV, es de las entidades y personas participantes en el mercado de valores y los derechos y mecanismos de protección de los inversionistas.

II. OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES

La Ley de Mercado de Valores –en adelante “la Ley”– establece claramente, que los objetivos en la regulación de dicho mercado son: (i) la transparencia en el mercado y (ii) la protección del inversionista².

2.1 La transparencia en el mercado de valores

La Ley, en diferentes artículos hace referencia directa o indirecta a la transparencia en el mercado de valores. Así, el concepto de transparencia es tratado de manera especial en el Título II de la Ley, estableciendo reglas generales que alcanzan a todos los participantes en el mercado de valores. En dicho título se establecen disposiciones relativas a la obligación de informar, la provisión de información relevante, así como la prohibición de realizar prácticas que manipulen el mercado o que deriven del uso de información privilegiada.

Otras disposiciones más específicas de la Ley establecen las obligaciones de las bolsas de valores y los agentes de intermediación (sociedades agentes de bolsa y sociedades intermediarias de valores), en pro de la transparencia del mercado.

¿En qué consiste la transparencia del mercado? ¿Por qué es importante?

Desde un punto de vista económico o de análisis económico del derecho, la defensa de la transparencia del mercado de valores se sustenta en una teoría denominada “Hipótesis de los Mercados de Capital Eficientes” (en adelante la “HMCE”). Esta teoría señala que los precios de los valores, en tanto que bienes a negociarse en un mercado, recogen o reflejan la información que pueda existir sobre ellos.

Ahora bien, la HMCE tiene 3 versiones: la débil, la semi-fuerte y la fuerte. La versión débil señala que los precios de los valores reflejan información histórica (pasada). De acuerdo a esta primera versión, dicha información histórica no permite predecir el movimiento futuro de los precios, ya que siempre existiría un desfase. La versión fuerte sugiere que los precios siempre reflejan toda la información existente sobre los valores, sea ésta pública o no³.

La semi-fuerte es la versión menos controversial y más aceptada de la HMCE. Ella establece que los precios reflejan instantánea o muy rápidamente la información que se hace pública respecto de un determinado valor. Toda información nueva es “digerida” por el mercado y expresada en los precios. Al contener toda la información posible, el precio contiene la “valoración real” de un valor⁴.

Si esta premisa es cierta, el inversionista obtiene lo que espera cuando realiza una operación de intercambio de valores (en el mercado). Desde un punto de vista general, la sociedad se beneficia porque asigna sus recursos (dinero invertido, tomado de los ahorros de las personas y usado por los inversionistas), de acuerdo a sus preferencias y a los verdaderos valores de los bienes (expresado en los precios de los valores).

Si asumimos esta versión de la HMCE, el objetivo de transparencia requiere que toda la información relevante referida a los valores, la empresa emisora, sus actividades y su desempeño sea hecha pública. A mayor información revelada y divulgada (“disclosure”), mayor eficiencia en el mercado de valores. El objetivo de transparencia es finalmente un requerimiento de información, para alcanzar eficiencia en el mercado.

Como corolario de este objetivo, el Estado debe desarrollar ciertas actividades para promover la eficiencia en el mercado de valores. En este sentido, debe promover, establecer y requerir que se divulgue y publicite prontamente, información veraz hacia los

¹ La vigente Ley de Mercado de Valores es el Decreto Legislativo 861, complementada por el Decreto Legislativo 862 y modificada posteriormente por la Ley 27649. La nueva Ley General de Sociedades fue aprobada por la Ley 26887.

² Artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861.

³ KLEIN, William y John COFFEE. “Business Organizations and Finance, Legal and Economic Principles”. 1996.

⁴ Ver: GILSON, Ronald y Reiner KRAAKMAN. “The Mechanisms of Market Efficiency”. En: Virginia Law Review No. 70. 1993; SAARI, Christopher. “Note: The Efficient Capital Market Hypothesis, Economic Theory and the Regulation of the Securities Industry”. En: Stanford Law Review No. 29. 1977; SOLOMON, Lewis y otros. “Corporations Law & Policy”; JENNINGS, Richard y otros. “Securities Regulation Cases and Materials”; KLEIN & COFFEE. Op. cit.; PAYET, José Antonio. “Razones para Regular el Mercado de Valores”. En: THEMIS-Revista de Derecho No. 33. 1996; UGARTE, Manuel y Aldo REGGIARDO. “La Transparencia del Mercado de Valores y el Insider Trading”. En: THEMIS-Revista de Derecho No. 35. 1997.

inversionistas. La Ley sigue esta dirección al haber establecido la obligación del informar y el acceso público a dicha información.

Concordante con ello, toda practica engañosa, fraudulenta o de manipulación debe ser prohibida, ya que ello implica una manipulación artificial de la información disponible y la distorsión de precios, siendo ello inconsistente con la eficiencia del mercado. Es por esta razón que la Ley prohíbe claramente dichas prácticas.

Lo mismo sucede con el manejo de información privilegiada⁵, ya que cierta información no ha sido hecha pública y por tanto, se ha distorsionado el proceso de formación de precios (los valores no reflejan su valuación real), afectando la asignación de recursos y eficiencia. Esta práctica también está proscrita por la ley.

2.2 La protección del inversionista

Cuando un inversionista adquiere valores, asume básicamente el rol de un consumidor de un producto sofisticado (los valores). Adicionalmente, en el caso peruano, el inversionista generalmente también asume el rol de accionista minoritario⁶.

2.2.1 El inversionista como consumidor en un mercado sofisticado.

En el mercado de valores, el inversionista se convierte en consumidor de un producto complejo (valores) y cliente de empresas que prestan servicios muy sofisticados.

¿Quién es el inversionista que debe ser protegido por la Ley? La persona a ser protegida por la Ley es el inversionista no sofisticado. Estas personas presentan las siguientes características⁷:

- Tienen poco dinero disponible (ahorro), para invertir.
- No tienen conocimiento, entrenamiento o experiencia acerca del funcionamiento del mercado de valores.
- No tienen tiempo, dinero (o lo tienen de manera muy limitada), para realizar la investigación y análisis del desenvolvimiento de los valores, de las

empresas emisoras, del mercado, etc. En este contexto, no pueden definir si una alternativa de inversión es buena o rentable.

¿Por qué este inversionista debe ser protegido? El inversionista no sofisticado debe ser protegido por el problema de asimetría de información que lo afecta⁸. El mercado de valores presenta este tipo de problema, debido al producto sofisticado y complejo que se intercambia (valores).

Los valores son títulos que no valen por sí mismos, es decir, como documentos. Su valor depende de los derechos que representan y ulteriormente del valor de la entidad emisora (como empresa o negocio en marcha).

Para tomar la decisión de inversión (adquirir valores), el inversionista necesita saber cuál es el "valor real" del producto que adquiere⁹. En consecuencia, necesita información acerca de los diferentes elementos que pueden afectar su valoración económica. Así por ejemplo, el inversionista necesitará conocer la situación financiera de la empresa emisora, su desenvolvimiento y resultados en el pasado, productos, planes, previsiones, proyecciones, entorno legal, nivel de competencia, contexto macroeconómico, etc¹⁰.

En la relación empresa emisora–inversionista individual, la empresa tiene una ventaja porque posee mejor información sobre sí misma, sus negocios, desarrollo, resultados, etc. El inversionista individual no tiene acceso a dicha información, porque es costosa en términos de tiempo y dinero. Dicho inversionista tiene recursos limitados para destinarlos a la investigación sobre valores y no cuenta con experiencia ni conocimiento sobre la materia. Por otro lado, su conducta es guiada en parte, por un fenómeno denominado "apatía racional"¹¹.

En este contexto (donde existe asimetría de la información y su proceso de obtención es costoso), el inversionista individual se encuentra en desventaja. Si el inversionista no puede determinar el valor de los títulos que va negociar, es probable que una mala asignación de recursos ocurra. Esto afectaría a la persona individual en transacciones específicas y al mercado como un todo.

Bajo estas premisas, los objetivos de la regulación del mercado de valores deben estar dirigidos a reducir las

⁵ Se trata de información no pública, que puede afectar la cotización o precio de los valores, o el desenvolvimiento del mercado.

⁶ La mayor parte de las operaciones realizadas en la bolsa de valores por ejemplo, corresponden a instrumentos de renta variables (acciones y otros). Consultar reportes en la hoja web de la Bolsa de Valores de Lima (www.bvl.com.pe).

⁷ SALINAS, Sergio. "Fondos Mutuos, Información Asimétrica y Regulación de Mercados: Un enfoque de costos de transacción". En: THEMIS-Revista de Derecho No. 33. 1996.

⁸ BULLARD, Alfredo. "Firme Primero, Lea Después. La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor". En: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales. 1994.

⁹ Este aspecto se relaciona directamente con el objetivo de "transparencia" ya que, de existir información completa, se llegará a una formación correcta de los precios de los valores, beneficiándose a todos los participantes en el mercado.

¹⁰ COX, James y otros. "Securities Regulation, Cases and Materials". 1991.

¹¹ Ver más adelante la explicación sobre este concepto.

desventajas del inversionista individual, a través del aumento del flujo de información. Esto puede lograrse, requiriendo de los emisores de valores (empresas), toda aquella información que sea susceptible de afectar la decisión del inversionista individual¹². Por esta razón, diferentes artículos de la Ley se refieren a la obligación de informar.

Sin embargo, los inversionistas no solamente son consumidores de un producto complejo (valores). También son consumidores de servicios sofisticados, proporcionados por empresas de intermediación y corretaje. En este contexto también se presentan problemas de asimetría de información. Nuevamente el proveedor de servicios se encuentra en una situación que le permitiría tomar ventaja sobre el inversionista (consumidor). La conducta oportunista puede presentarse a través de diversas prácticas impropias: innecesarias o numerosas transacciones (sobrettransacción, tratamiento diferenciado o desleal respecto de ciertos consumidores, disposición indebida de bienes, realización de operaciones adelantadas (*frontrunning* o *trading ahead*), compras inducidas (*kickback*), entre otras. Dados estos problemas, uno de los objetivos de la regulación del mercado de valores deberá ser el establecimiento de mecanismos de protección.

Por ello, la Ley ha establecido diversas medidas como: la prohibición de actuar como empresa intermediaria o de corretaje sin la autorización administrativa de CONASEV, la creación de estándares de conducta estableciendo deberes de buena fe y fidelidad frente a clientes, la prohibición de difundir información falsa, incorrecta o que pudiera inducir a error, de usar practicas manipulativas o fraudulentas, de usar indebidamente bienes o activos de los clientes; el establecimiento de derechos de información (de los clientes), responsabilidad por daños y, la creación de fondos de garantía.

2.2.2 El inversionista como accionista minoritario

El segundo rol del inversionista a ser protegido, es el de accionista minoritario, de una sociedad con acciones negociadas en el mercado de valores¹³ y que es controlada por uno o varios accionistas mayoritarios o por sus directores y gerentes.

¿Por qué el inversionista como accionista minoritario debe ser protegido? El inversionista individual en tanto

accionista minoritario, debe ser protegido para evitar que los accionistas controladores o sus directores y gerentes obtengan ventajas indebidas a través de transacciones fraudulentas o desleales¹⁴. Esto se produce debido a que en ese contexto de relaciones, se configura una relación de agencia.

Desde un punto de vista económico existe una relación de agencia cuando se establece un vínculo entre dos sujetos, uno de ellos denominado "Principal" y el otro "Agente", en virtud del cual el Agente se compromete a realizar ciertas funciones, prestaciones o actividades en interés y beneficio del Principal. Si bien estas actividades son determinadas de manera general, la característica primordial de este tipo de vínculo radica en que el alcance, momento y contenido específico de las funciones y actividades es determinada por el propio Agente¹⁵.

Las relaciones de agencia se producen cuando uno o más sujetos no pueden realizar cierto tipo de actividades directamente y se valen de otra persona o personas para tal efecto, todo esto, en un contexto de alta incertidumbre y complejidad. Las pérdidas producidas y los costos incurridos para resolver los problemas de agencia, se denominan costos de agencia (*agency costs*).

El inversionista individual, teniendo una participación minoritaria, es afectado además por el denominado "problema de acción colectiva". Esto significa que dicho inversionista no tiene incentivo alguno para comunicarse con los otros inversionistas como él, para supervisar y fiscalizar la acción del directorio y la gerencia o del accionista mayoritario (monitoreo).

El problema de acción colectiva tiene dos componentes: "apatía racional" y "problema del polizonte".

La "apatía racional", consiste en que ningún accionista minoritario incurrirá en costos de coordinación con los otros accionistas o en costos de supervisión y fiscalización (monitoreo), porque dicho accionista tendría que asumir los costos totales de tales acciones (coordinación más monitoreo); pero recibiría solamente una pequeña parte de los beneficios, porque estos se dividen entre todos los accionistas.

El "problema del polizonte" se produce porque, para un accionista minoritario es mejor esperar y no tomar acción, porque –de todas maneras– si se produce algún

¹² Nótese que esta medida reduce los costos de acceso a la información.

¹³ Ver nota anterior sobre títulos más negociados en la Bolsa de Valores de Lima.

¹⁴ LA PORTA, Rafael y otros. "Investor Protection: Origins, Consequences and Reform". Publicado en la hoja web del Banco Mundial (www.worldbank.org).

¹⁵ Bibliografía sobre el tema "relación de agencia": JENSEN, Michael y William H. MECKLING, "Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure". En: Journal of Financial Economics No. 3; EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHEL. "The Economic Structure of Corporate Law". Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1996; SERRA RAMONEDA, Antoni. "La empresa. Análisis Económico". Barcelona, Labor, 1993; POSNER, Richard A. "El análisis económico del derecho". México, Fondo de Cultura Económica, 1998; ALLEN, William T. y Reinier KRAAKMAN. "Text and Cases on Corporate Law". New York University. New York. 1999 (materiales de enseñanza); HANSMANN, Henry. "The Ownership of Enterprise". The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Mass. 2000.

beneficio derivado de la actividad de alguno de los interesados, el mismo se distribuirá entre todos los accionistas.

Esta mezcla de problemas (costos de agencia y problema de acción colectiva) es particularmente importante en sociedades anónimas abiertas. Como consecuencia, el accionista minoritario no tiene ningún incentivo para tomar el control de las decisiones y la gestión, incluso si como categoría, clase o grupo tuviera la titularidad de la mayor parte de las acciones del capital¹⁶.

En este contexto, un rol importante del derecho es evitar que se presenten situaciones de desventaja o abuso del accionista minoritario (inversionista). Ello explica la existencia de normas de protección del inversionista, que limitan la discrecionalidad en las decisiones de otros sujetos con interés en la sociedad. Algunos ejemplos en ese sentido son la prohibición de los directores y accionistas mayoritarios de contratar con la sociedad, la regulación de la retribución del directorio y de la disposición de bienes o intereses de la sociedad¹⁷.

De manera más general y complementaria, la Ley General de Sociedades ha establecido diversos mecanismos para proteger al accionista minoritario, entre ellos:

- a. Los deberes de cuidado y buena fe que los directores tienen que guardar en su accionar¹⁸ y la responsabilidad civil de los mismos, si tales deberes son violados¹⁹.
- b. La obligación de negociar cabalmente cuando los directores o sus familiares cercanos van a realizar una transacción con la sociedad²⁰.
- c. La legitimidad para obrar de la sociedad, para hacer efectiva la responsabilidad civil de los

directores²¹, previo acuerdo de la Junta General de Accionistas.

- d. La legitimidad para obrar de los accionistas individualmente considerados²². Sin embargo en este caso, el accionista debe probar la causalidad entre la conducta de los directores y un daño específico al accionista demandante.
- e. Voto acumulativo, para la elección de directores por las minorías²³.
- f. Quóruns especiales y votación calificada para ciertas materias como modificación de los estatutos, fusiones, disolución y liquidación²⁴.
- g. Derechos de información²⁵.
- h. Derecho de separación²⁶.

III. LOS OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES Y LAS LIMITACIONES DE LA LEY

En esta sección discutiremos la consistencia y limitaciones de algunas disposiciones concretas del derecho positivo, contenidas en la Ley del Mercado de Valores y complementadas por la Ley General de Sociedades, frente a los objetivos que justifican la regulación del mercado de valores.

3.1 La transparencia y el manejo de información privilegiada (*insider trading*)

El artículo 41 de la Ley establece una primera presunción acerca de las personas que tienen acceso a información privilegiada (no pública)²⁷ de empresas emisoras de valores o inversionistas institucionales²⁸, que de ser divulgada, puede afectar el valor, precio o cotización de valores emitidos. Esta presunción se refiere a personas que

¹⁶ Supongamos que existe una sociedad anónima cuyo capital está representado en 1,000 acciones de la misma clase y que el 55% de ellas está en manos de inversionistas individuales que poseen solamente una acción y que por otro lado, existe un único accionista titular del 45% restante. Si los accionistas individuales se unieran y coordinaran votaciones, ellos tomarían el control de las decisiones y gestión de la sociedad.

¹⁷ Artículo 51 de la Ley de Mercado de Valores.

¹⁸ Artículos 171, 173, 176, 179 y 180 de la Ley General de Sociedades. Sin embargo, estos deberes no alcanzan a los accionistas mayoritarios o controladores.

¹⁹ Artículo 179 de la Ley General de Sociedades.

²⁰ Sin embargo, una transacción será incuestionable, si el Directorio la ha aprobado.

²¹ Artículo 181 de la Ley General de Sociedades.

²² Artículo 182 de la Ley General de Sociedades.

²³ Artículo 156 de la Ley General de Sociedades.

²⁴ Artículos 115 y 126 de la Ley General de Sociedades.

²⁵ Artículo 224 de la Ley General de Sociedades.

²⁶ Artículo 200 de la Ley General de Sociedades.

²⁷ El artículo 40 de la Ley define como información privilegiada, cualquier información proveniente de un emisor referida a éste, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento público, por su naturaleza, sea capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos. Comprende, asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 34 de la Ley y aquella que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores, así como aquella referida a las ofertas públicas de adquisición.

²⁸ El artículo 8 de la Ley define como "inversionistas institucionales" a los siguientes: Los bancos, financieras y compañías de seguros regidos por la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, los agentes de intermediación, las administradoras privadas de fondos de pensiones, las sociedades administradoras de fondos de inversión, las sociedades administradoras de fondos mutuos, así como las entidades del exterior que desarrollen actividades similares y las demás personas a las que CONASEV califique como tales.

por su posición en la empresa pueden tener acceso a información confidencial²⁹. Dicha presunción también alcanza al cónyuge y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad de las personas mencionadas en el párrafo anterior.

Adicionalmente, el artículo 42 señala una segunda presunción, acerca de las personas que tienen acceso a información privilegiada (no pública)³⁰. Se trata de personas que no pertenecen a la empresa, pero que en razón de alguna vinculación comercial o administrativa, pueden tomar conocimiento de tal información.

Finalmente, el artículo 43 prohíbe todo tipo de uso o manipulación de información privilegiada (*insider trading*) y establece que aquellas personas que obtuvieron beneficios por dicha vía, deben restituir a la empresa emisora o al fondo los beneficios percibidos³¹.

La prohibición de este tipo de prácticas (*insider trading*) se basa en los efectos negativos que puede tener³².

Pese a ello, las presunciones sobre manejo de información privilegiada se han establecido de manera restringida. Nótese que las presunciones referidas al primer grupo de personas (artículo 41) solamente alcanzan a los cónyuges y a parientes de primer grado de consanguinidad. Esta presunción se extiende a otras

personas con relación de parentesco, únicamente si se puede demostrar que tuvieron acceso a la información reservada. Resulta extraño que mientras en Estados Unidos, país de donde hemos tomado gran parte de nuestra legislación sobre mercado de valores, se tienda a extender el alcance del *insider trading*; en nuestro país la tendencia sea la contraria.

Esto es particularmente grave, si se considera la distribución de la riqueza y la estructura de la propiedad empresarial en el Perú³³. Tradicionalmente, la propiedad de las grandes empresas se ha concentrado alrededor de un grupo limitado de familias, quienes han tenido el control absoluto de la gestión y han utilizado métodos de financiamiento internos, dentro de sus grupos empresariales, y externos, a través de la banca comercial. En este contexto, es fácil imaginar que muchos miembros de una familia (o familias vinculadas) resulten envueltos en la gestión de sus compañías y con acceso a información confidencial.

El financiamiento masivo de empresas a través del mercado de valores, es escaso y un fenómeno relativamente nuevo en el Perú. A pesar del desarrollo reciente del mercado de valores, la estructura de propiedad de las empresas parece seguir siendo más o menos la misma³⁴. En este contexto, una más extensa presunción de acceso de información confidencial o privilegiada hubiera sido conveniente, en pro del

²⁹ "Artículo 41.- Presunción de Acceso.- Salvo prueba en contrario, para efectos de la presente ley, se presume que poseen información privilegiada: a) Los directores y gerentes del emisor y de los inversionistas institucionales, así como los miembros del Comité de Inversiones de estos últimos, en su caso;

b) Los directores y gerentes de las sociedades vinculadas al emisor y a los inversionistas institucionales;

c) Los accionistas que individualmente o conjuntamente con sus cónyuges y parientes hasta el primer grado de consanguinidad, posean el diez por ciento (10%) o más del capital del emisor o de los inversionistas institucionales, y;

d) El cónyuge y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad de las personas mencionadas en los incisos precedentes".

³⁰ "Artículo 42.- Otras Presunciones.- Además, salvo prueba en contrario, para efectos de la presente ley, se presume que tienen información privilegiada, en la medida que puedan tener acceso al hecho objeto de la información, las siguientes personas:

a) Los socios y administradores de las sociedades auditoras contratadas por el emisor;

b) Los accionistas, socios, directores, administradores y miembros de los Comités de Clasificación de las clasificadoras, así como los integrantes de la Comisión Clasificadora de Inversiones a que se refiere el Decreto Ley 25897;

c) Los administradores, asesores, operadores y demás representantes de los agentes de intermediación;

d) Los miembros del consejo directivo, gerentes y demás funcionarios de las bolsas y entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados;

e) Los directores y funcionarios de las instituciones encargadas del control o supervisión de emisores de valores de oferta pública o inversionistas institucionales, incluyendo CONASEV, la Superintendencia y la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones;

f) Los directores, gerentes y demás funcionarios de las instituciones de compensación y liquidación de valores;

g) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor e inversionistas institucionales;

h) Las personas que presten servicios de asesoría temporal o permanente al emisor vinculadas a la toma de decisiones de gestión;

i) Los funcionarios de las instituciones financieras que estén a cargo de los créditos a favor del emisor;

j) Los funcionarios del emisor y de los inversionistas institucionales, así como de sus sociedades vinculadas; y,

k) Los parientes de las personas señaladas en los incisos a), b) y c) del artículo anterior y de las mencionadas en los incisos precedentes".

³¹ "Artículo 43.- Prohibiciones.- Las personas que posean información privilegiada, están prohibidas de:

a) Revelar o confiar la información a otras personas hasta que ésta se divulgue al mercado;

b) Recomendar la realización de las operaciones con valores respecto de los cuales se tiene información privilegiada; y,

c) Hacer uso indebido y valerse, directa o indirectamente, en beneficio propio o de terceros, de la información privilegiada.

Estas personas están obligadas a velar porque sus subordinados acaten las prohibiciones establecidas en este artículo.

Las personas que incumplan las prohibiciones establecidas en el presente artículo deben hacer entrega al emisor o fondo, cuando se trate de información relativa a las operaciones de los fondos mutuos, fondos de inversión y de pensiones, de los beneficios que hayan obtenido".

³² Ver en el ámbito nacional los comentarios de Ugarte y Reggiardo, quienes comentan las razones por las cuales el "*insider trading*" debe estar prohibido.

³³ De acuerdo a cifras del Banco Interamericano de Desarrollo, Perú ha tenido un coeficiente de Gini de alrededor de 0.44 en la década de los noventa. El coeficiente de Gini muestra la distribución del ingreso en un país. Un número mayor a 0.4 expresa una alta diferenciación en el ingreso y concentración de la riqueza. Ver: hoja web del Banco Interamericano de Desarrollo (www.iadb.org).

³⁴ Aunque ello podría estar cambiando, como consecuencia de la inversión extranjera directa llegada en los últimos años.

principio de transparencia señalado y reiterado varias veces en la Ley. Sin embargo, en este caso, el principio y los objetivos regulatorios parecen retroceder ante los importantes intereses económicos que podrían resultar afectados.

3.2 La protección del inversionista como accionista minoritario

Como hemos visto en la sección anterior, el sistema legal peruano –a través de la Ley o la Ley General de Sociedades– ha establecido una serie de mecanismos de protección del inversionista; en tanto constituye un accionista minoritario. Sin embargo, más allá de la existencia formal de tales mecanismos, corresponde preguntar si los mismos son efectivos y, si evitan el abuso y explotación de los accionistas.

En nuestra opinión, tales mecanismos cumplen un rol parcial y no son efectivos en la consecución del objetivo de protección del inversionista. Así, podemos mencionar una serie de ejemplos:

- En los casos de transacciones de los Directores con la misma sociedad, aquellos quedan a salvo de todo cuestionamiento si la transacción ha sido aprobada por el Directorio.
- Los accionistas mayoritarios (controladores) no tienen asignados deberes de diligencia y buena fe frente a los demás accionistas. La Ley solamente se refiere una serie de transacciones entre uno de tales accionistas y la sociedad (auto-contratación). Sin embargo, dichas transacciones quedan a salvo, si son aprobadas por el Directorio.
- No está establecido en la Ley, quién tiene legitimidad para obrar (la sociedad o el accionista individual), si un accionista mayoritario (controlador) ha infringido dicha Ley.
- Las pretensiones procesales establecidas en la Ley General de Sociedades parecen estar dirigidas únicamente en contra de los Directores. Sin embargo, no se dice nada acerca de los accionistas mayoritarios (de control).

Más allá de dichos mecanismos legales, el problema de acción colectiva sigue siendo extremo para el pequeño inversionista (accionista minoritario). Si ante alguna situación que lo perjudica quisiera actuar poniendo en marcha la pretensión societaria establecida en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades, primero tendría que superar el problema de comunicarse y ponerse de acuerdo con los demás

accionistas. Si por otro lado quisiera actuar directa e individualmente en base a la pretensión establecida en el artículo 182 de la citada Ley, el accionista minoritario (pequeño inversionista) tendría que alegar un daño directo y específico, más allá de la afectación general a sus intereses, derivada de la marcha de la sociedad. Como resultado de ello, el accionista individual enfrenta una serie de límites para hacer efectivos los derechos que le corresponden.

Cabe entonces preguntar por qué no se han mejorado los derechos sustantivos de los accionistas minoritarios y los mecanismos procesales para su tutela, con el fin de superar el problema de acción colectiva.

En el derecho comparado podemos encontrar alternativas que han sido planteadas para enfrentar el problema señalado y cuya aplicación en el Perú podríamos evaluar. La propuesta más conocida se produce en Estados Unidos.

En dicho país se ha establecido un tipo de proceso judicial denominado “*derivative suit*”, el cual es iniciado por un accionista, a nombre de la sociedad, contra los directores o accionistas mayoritarios. En caso de éxito, los costos y costas del proceso son pagados al accionista minoritario, por la propia sociedad. De este modo, el accionista minoritario individual tiene un incentivo para actuar, ya que los costos de su actuación serán cubiertos por todos los accionistas (a través de la sociedad). Esta actuación a su vez beneficia a todos los accionistas, ya que incrementa el monitoreo y supervisión de directores y accionistas mayoritarios. Este mecanismo, a pesar de haberse originado en el Common Law es una alternativa interesante, que empieza a extenderse a otros países de nuestra familia jurídica (Francia y Suiza son los casos principales)³⁵.

En ese contexto, el único mecanismo o instancia de protección de los inversionistas que quedaría vigente es la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV, entidad encargada de la supervisión y monitoreo del mercado de valores. Sin embargo, dados los limitados recursos de las entidades del Estado, las limitaciones en su capacidad administrativa y la magnitud del encargo, los niveles efectivos de protección que se pueden alcanzar son muy limitados³⁶.

En este caso, lo más efectivo hubiera sido generar –a través del derecho– incentivos adecuados y potenciar mecanismos de auto-tutela de los inversionistas individuales (accionistas minoritarios). Finalmente son ellos los interesados y afectados directos por la calidad de gestión, en la sociedad anónima en que participan.

³⁵ Ver: STECHER, Mathias (Editor). “Protection of Minority Shareholders”. 1997.

³⁶ Sobre el delito y castigo ver POLINSKY, Mitchell. “Introduction to Law & Economics”. 1989; COOTER, Robert y Thomas UHLEN. “Derecho y Economía”. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

IV. CONCLUSIONES

En la última década, el país ha venido desarrollando un proceso de modernización y reforma de la legislación, instituciones gubernamentales y su economía, bajo un modelo de economía de mercado.

El mercado de valores no ha sido ajeno a este proceso y habiéndose tomado la ideología, objetivos y modelos de regulación de otros países, siendo Estados Unidos el modelo más claramente seguido.

Sin embargo, los procesos de reforma, legislación y adopción de modelos no son automáticos ni dados al vacío. Ellos están sujetos al contexto (económico,

político y social) en que se introducen y a la presión de los grupos de interés involucrados. En el presente artículo solamente hemos querido llamar la atención de ello, al referirnos a los objetivos teóricos que justifican la regulación del mercado de valores y los problemas, limitaciones y contradicciones que se presentan a nivel de derecho positivo, específicamente en dos aspectos vitales de dicha regulación: el manejo de información privilegiada y la protección procesal del inversionista individual. Desafortunadamente la última reforma legislativa ha obviado estos problemas. Mientras no los afrontemos directamente, estaremos limitando severamente las posibilidades de desarrollo y real masificación de nuestro mercado de valores.

LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DE ACUERDOS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Daniel Abramovich Ackerman *

Daniel Abramovich nos introduce al mundo de los vacíos y contrariedades de la legislación societaria en nuestro país, sobre todo en lo referente al cuestionamiento de los acuerdos de las sociedades anónimas. Analiza los problemas y ambigüedades de la Ley General de Sociedades en lo referente a la nulidad e impugnación, tanto de las decisiones de la junta general de accionistas, como de las del directorio.

Con la ayuda de una serie de ejemplos demuestra cómo la LGS permite interpretaciones diversas y contradictorias de sus disposiciones, pudiéndose incluso concluir que un acuerdo es susceptible de ser cuestionado mediante acción de nulidad y acción de impugnación a la vez.

Asimismo, sobre la base de una amplia doctrina, intenta esclarecer las incertidumbres que surgen a raíz de las diversas interpretaciones.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de la Empresa en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos con los que cuenta todo accionista, es el de cuestionar los acuerdos sociales, en determinadas circunstancias y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos. Como se verá más adelante, inclusive bajo ciertas condiciones, terceros ajenos a la sociedad también cuentan con la facultad de cuestionar acuerdos societarios.

No obstante, para que este derecho pueda ser ejercido en forma cabal, existe un requisito indispensable: que la ley establezca de manera clara y precisa: (i) cuáles son las acciones existentes para cuestionar acuerdos societarios; (ii) los casos concretos en los que procede una u otra pretensión; y (iii) las consecuencias de que una pretensión contra un acuerdo solitario sea amparada. Determinar estos aspectos no es tarea nada fácil. Ya apuntaba Garrigues que “[e]ste es uno de los problemas más arduos del Derecho de sociedades anónimas. Ni aun las legislaciones que contienen normas especiales sobre este tema han conseguido resolverlo satisfactoriamente. Es difícil decir cuándo es válido un acuerdo de la junta general, pero es difícil saber cuándo es nulo y, sobre todo, cuáles son las consecuencias de la nulidad. El acuerdo puede ser absolutamente nulo o simplemente anulable, siendo grande la trascendencia de esta distinción”¹.

Lamentablemente, y después de algunos años de haber entrado en vigencia, podemos afirmar que nuestra actual Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”) -aprobada por Ley 26887- no ha superado a su predecesora, manteniéndose una situación de oscuridad, ambigüedad e incluso duplicidad en la regulación referida al cuestionamiento de acuerdos societarios.

En el presente artículo pretendemos analizar los principales aspectos y problemas relacionados con el cuestionamiento de acuerdos relativos a la principal forma societaria en el Perú, esto es la sociedad anónima. Para esos efectos, analizaremos tanto el caso del cuestionamiento de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas, como por el directorio. Por los múltiples problemas, tanto en la interpretación

de las normas como con respecto a sus efectos, en muchos casos quedarán más preguntas que respuestas.

Por último, queremos hacer una aclaración o “limitación de responsabilidad”. En el análisis del tema que nos ocupa existen muchos temas de derecho civil involucrados (principalmente los referidos a nulidad y anulabilidad); en este artículo no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de esta problemática, sino más bien un análisis crítico de los principales problemas que, a nuestro juicio, contiene la LGS sobre el tema referido, desde la óptica y necesidades del derecho societario.

II. CUESTIONAMIENTO DE ACUERDOS ADOPTADOS POR LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

2.1 Aspectos generales referidos a la impugnación y nulidad de acuerdos

Como se sabe, las dos formas de cuestionar acuerdos de junta general de accionistas reguladas en la LGS, se refieren a las acciones de impugnación y nulidad, reguladas de manera general, respectivamente, en los artículos 139² y 150³ de la LGS. Es por ello que hasta el momento hemos utilizado de manera general el término “cuestionamiento”, justamente porque contempla, propiamente dichos, tanto la acción de “impugnación” como la acción de “nulidad”.

En los puntos siguientes intentaremos analizar (hacemos énfasis en que se trata únicamente de un intento, por lo complicada de la tarea) la regulación que da nuestra LGS a cada una de esas figuras.

2.1.1 Sustento de la distinción entre impugnación y nulidad

De una lectura de los artículos 139 y 150 de la LGS, puede deducirse que la aparente intención del legislador al regular por un lado la impugnación y por otro lado la nulidad de acuerdos, fue la de distinguir entre causales de anulabilidad y de nulidad.

¹ GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. México, Editorial Porrúa S.A., 1993. p. 509.

² Artículo 139 de la LGS.- Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por terceros de buena fe.

³ Artículo 150 de la LGS.- Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará por el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

Más adelante veremos cómo nuestra LGS no cumplió con el cometido que propugna. Pero más allá del problema concreto de nuestra normativa, puesto que tanto nuestra legislación societaria como mercantil se ha inspirado y sigue inspirándose en la legislación española, resulta ilustrativo observar la regulación española a este respecto.

La norma general que regula el cuestionamiento de acuerdos societarios en la legislación española es el artículo 115⁴ de la Ley de Sociedades Anónimas Española. En dicha norma, a diferencia de lo regulado en la LGS, se puede distinguir claramente los diferentes supuestos de impugnación existentes⁵: acuerdos nulos o anulables.

Debido a esta regulación bastante clara, la doctrina tampoco ha tenido problemas en distinguir a los acuerdos nulos de los anulables. Al respecto, Uría, Menéndez y García de Enterría señalan que “[e]n la amplia categoría genérica de los acuerdos impugnables deben distinguirse y separarse dos categorías distintas, que quedan sometidas a regímenes en gran medida divergentes: los acuerdos nulos y los simplemente anulables. Son nulos los acuerdos contrarios a la ley, mientras que los acuerdos que infrinjan los estatutos o que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros merecen la caracterización de acuerdos anulables”⁶. Sobre este tema agrega Garrigues que “los acuerdos anulables quedan sanados si no se impugnan en el breve plazo (...) los acuerdos radicalmente nulos no pueden (...) ser ratificados ni convalidados por otro acuerdo posterior”⁷.

Aunque la regulación italiana sobre acuerdos nulos y anulables discrepa en aspectos sustanciales de la regulación española (y naturalmente de la peruana, que como se verá es poco clara), resulta aleccionador lo que señala Galgano al comentar la regulación italiana sobre acuerdos nulos y anulables. Al respecto, el referido autor señala que “[p]ara que la decisión sea nula es necesario que el objeto, *en sí considerado*, sea ilícito (esto es contrario a normas imperativas) o también imposible, desde el punto de vista material. En cambio, la decisión no es nula, sino anulable, cuando su objeto –lícito en sí considerado– tiene, a su

vez, un contenido ilícito. Por ejemplo, se convoca a la asamblea para aprobar el balance, y el balance aprobado es falso. La decisión tiene aquí por objeto aprobar el balance, o sea un objeto *en sí lícito*, por tanto, como todo objeto típico, esto es, previsto por la ley como posible (y, en este caso, anualmente necesario) objeto de decisión de la asamblea. Sin embargo, el balance aprobado resulta falso, y por esto es ilícito el contenido de la decisión...”⁸.

Del texto transcrito en el párrafo precedente se puede inferir que el sustento de la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas es, en principio, su oposición a normas imperativas, y que por tanto, adolecen de vicios de origen insubsanables, mientras que los acuerdos anulables contienen infracciones, si se quiere de menor grado, y que por tanto pueden ser subsanadas. Lamentablemente, nuestra LGS no ha seguido esta diferenciación y trata de manera poco coherente los supuestos de impugnación (en los términos de la LGS) y de nulidad.

2.2 Impugnación de acuerdos

2.2.1 Supuestos en los que procede la impugnación de un acuerdo

El artículo 139 de la LGS exige que se cumpla alguno de los siguientes requisitos para que proceda la impugnación de un acuerdo de junta general de accionistas: (i) que el contenido del acuerdo sea contrario a la LGS; (ii) que el acuerdo se oponga al estatuto o al pacto social; o (iii) que lesione los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas. Adicionalmente, el artículo 143 de la LGS⁹ contempla un caso específico, consistente en la impugnación que se sustente en defectos de convocatoria o falta de quórum. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

2.2.1.1 Impugnación de acuerdos cuyo contenido sea contrario a la LGS

En este caso nos encontramos con una redacción que podría llevar a equívocos, puesto que la norma no señala que es impugnabile el acuerdo contrario a la LGS, sino cuyo contenido sea contrario a la LGS.

⁴ Artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas Española.- (1) Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o más accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. (2) Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. (3) No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada.

⁵ A diferencia de la normativa peruana, la legislación española se refiere, en nuestra opinión correctamente, únicamente a la impugnación de acuerdos, distinguiéndose únicamente entre los tipos de acuerdos impugnables: nulos o anulables.

⁶ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. Madrid, Civitas, 1999. pp. 888 – 889.

⁷ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 510.

⁸ GALGANO, Francesco. “Las Sociedades”. En: “Derecho Comercial” Volumen II. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999. p. 350.

⁹ Artículo 143 de la LGS.- La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo. Es competente para conocer la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general el juez del domicilio de la sociedad.

En esta línea, y a manera de ejemplo, podemos señalar que un acuerdo por el que se creen acciones con distinto valor nominal podría ser objeto de una acción de impugnación, ya que el contenido mismo del acuerdo sería contrario al artículo 82 de la LGS, que establece que todas las acciones deben tener el mismo valor nominal. Por el contrario, un acuerdo de aumento de capital acordado con el quórum y mayoría correspondientes, pero que no fue materia de convocatoria no sería impugnabile, puesto que el contenido mismo del acuerdo (el aumento de capital) no es contrario a la LGS, sino que se trataría de un punto tratado fuera de agenda.

Esta distinción podría parecer más o menos clara, pero como veremos posteriormente, nuestra LGS no es coherente con esta aparente postura adoptada, y permite interpretar en supuestos concretos, que un acuerdo *cuyo contenido* es contrario a la LGS, y por tanto pasible de una acción de impugnación (porque así lo dispone expresamente el artículo 139 de la LGS), también puede ser objeto de una acción de nulidad conforme al artículo 150, puesto que es contrario a una norma imperativa. Este aspecto puede ser apreciado con claridad en el punto 2.2.1.4, en el que se analiza la impugnación de acuerdos por defectos de convocatoria, así como en el punto 2.3, en el que se analiza la aplicación del artículo 38 de la LGS.

Es más, la doctrina más autorizada no titubea al señalar que “serán nulos los acuerdos cuyo contenido vulnere un mandato legal (...) sólo a guisa de ejemplo de acuerdos contrarios a la ley pueden mencionarse los siguientes: el de emisión de acciones desembolsadas en menos de una cuarta parte de sus valor. . .”¹⁰.

Es que en el fondo, uno de los casos más claros de nulidad (inclusive en el plano netamente civil) es cuando determinado acto jurídico es contrario a una norma imperativa; y obviamente esto se da en el caso de los acuerdos *cuyo contenido* es contrario a la LGS. Aparentemente, en nuestra LGS esto no ha quedado del todo claro.

2.2.1.2 Impugnación de acuerdos que se opongan al estatuto o al pacto social

Como segundo supuesto en el que procede la impugnación de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas, el artículo 139 de la LGS se refiere a los acuerdos que se opongan al pacto social o al estatuto.

En principio, esta causal pareciera no presentar mayores problemas, puesto que únicamente habría que revisar

si el correspondiente acuerdo se opone a una disposición estatutaria o contenida en el pacto social, siendo procedente en estos casos la impugnación.

No obstante, sí existe un problema de interpretación que podría hacer que un supuesto de impugnación de acuerdo por esta causal, pueda al mismo tiempo ser considerado un supuesto para el inicio de una acción de nulidad. Veámoslo mediante un ejemplo.

Supongamos, como ocurre en muchos casos, un estatuto en el que se transcriben determinadas normas imperativas de la LGS, como por ejemplo el requisito, contenido en el artículo 52 de la LGS, según el cual para que proceda la emisión de acciones se requiere que éstas hayan sido íntegramente suscritas, y cada acción suscrita pagada en al menos un veinticinco por ciento.

A pesar de ello, la junta general de accionistas adopta un acuerdo de aumento de capital, acordándose expresamente que para la emisión de las acciones será necesario únicamente pagar el diez por ciento de cada acción. ¿Estamos ante un acuerdo nulo o impugnabile? La respuesta no parece ser tan sencilla.

Por un lado, podríamos señalar que el acuerdo es nulo, puesto que va en contra de una norma imperativa, como lo es el artículo 52 de la LGS. Pero al mismo tiempo también podríamos señalar que se trata de un acuerdo impugnabile, puesto que cumpliría con el requisito de oponerse al estatuto, conforme a lo regulado en el artículo 139 de la LGS.

En nuestra opinión, en este caso concreto estamos ante un caso de nulidad y no ante uno de impugnación, puesto que en realidad lo que se está produciendo es la violación de una norma de carácter imperativo la que, *por accidente*, se encuentra también recogida en el estatuto social. Una interpretación contraria, no haría más que agregar oscuridad y ambigüedad a nuestra ya complicada regulación sobre impugnación de acuerdos.

Esta interpretación, para nosotros clara, ya fue abordada por Garrigues, cuando se refería de manera general a la diferencia entre casos de nulidad y anulabilidad de un acuerdo de la junta general de accionistas. Al respecto señaló que “[p]or regla general, estaremos ante un caso de nulidad cuando el acuerdo viole una norma legal de carácter imperativo; y ante un caso de anulabilidad cuando se trate de la violación de un precepto estatutario que no sea reproducción de una norma legal imperativa”¹¹. De igual parecer son Uría, Menéndez y Muñoz-Planas al señalar que “[c]uando la norma o precepto estatutario infringido

¹⁰ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. “La junta general de accionistas”. En “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”. Tomo V. Madrid, Editorial Civitas, 1992. p. 331.

¹¹ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 511.

no haga más que reproducir un mandato legal imperativo, la violación del estatuto implicará también violación de la ley y el acuerdo, lejos de ser meramente anulable, será nulo”¹².

De acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores, será pasible de una acción de impugnación, únicamente el acuerdo que sea contrario a una norma estatutaria, siempre y cuando se trate de una regla pactada dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y que, por lo tanto, no sea una mera reproducción o refraseo de una disposición legal de carácter imperativo.

2.2.1.3 Impugnación de acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas

Este es el supuesto regulado en el artículo 139 de la LGS que a nuestro parecer ofrece menos problemas de interpretación, pero sobre el cual es conveniente realizar una precisión.

Para que el acuerdo sea impugnabile no basta solamente que éste cause un perjuicio a la sociedad (como podría ser por ejemplo la venta de un activo de la sociedad a un precio evidentemente inferior al real), sino que además resulta indispensable que este perjuicio para la sociedad esté aparejado de un beneficio directo o indirecto para uno o varios accionistas. Entonces, en el ejemplo planteado se requerirá, además de la transferencia a precio vil, que ésta haya sido realizada, por ejemplo, a favor de un accionista de la sociedad o de una empresa vinculada a dicho accionista, generándose así no sólo un perjuicio para la sociedad, sino también un beneficio para el accionista o persona vinculada que adquiere un bien pagando un precio claramente inferior al real.

Sobre esta causal, cabe agregar que es considerado el típico caso de un acuerdo anulable, puesto que se trata de un acuerdo formalmente válido (adoptado por la junta general de accionistas debidamente convocada e instalada, y con el quórum y mayorías correspondientes), pero en la que un accionista o grupo de accionistas impone su voluntad en beneficio propio o de terceros, sin consideración por los intereses de la sociedad. El acuerdo es formalmente válido, pero es anulable por existir una desviación o abuso de poder.

2.2.1.4 Impugnación de acuerdos que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum

De acuerdo con el artículo 143 de la LGS, procedería la impugnación de un acuerdo de la junta general de accionistas, que se sustente en *defectos de convocatoria o falta de quórum*. Aquí nos encontramos tal vez ante el supuesto más complicado de analizar, tanto por la redacción de la norma, como por la definición en cuanto a si nos encontramos ante un supuesto propiamente de impugnación o de nulidad.

En primer lugar, existe un problema para interpretar algunos alcances del concepto *defectos de convocatoria*. Por un lado resulta claro, de conformidad con el artículo 116 de la LGS¹³, que debe ser considerada defectuosa, por ejemplo, la convocatoria realizada con una anticipación menor a la establecida por la ley, o la que no especifica el lugar, día u hora de la celebración de la junta.

¿Pero qué ocurre si simplemente no hubo convocatoria? ¿Estamos ante un caso de *defecto* de convocatoria, o por el contrario, este supuesto no está comprendido dentro de esta acepción, y por tanto, se trata de la *inexistencia* de convocatoria? Como se puede observar, este es un primer problema de interpretación, que no queremos abordar en este momento porque tiene relación con lo que se señala a continuación.

En este caso, creemos que lo más importante de definir es si, conceptualmente, los supuestos de impugnación regulados en el artículo 143 deben ser casos de impugnación (anulabilidad) o nulidad.

Por un lado, y aunque el artículo 139 de la LGS no es explícito al respecto, se puede entender que dicha norma regula únicamente el supuesto de anulabilidad, más aun cuando establece que también son anulables los acuerdos que incurran en causales de anulabilidad prevista en la LGS o en el Código Civil. Por su parte, el artículo 143 de la LGS regula el proceso de impugnación, con lo cual, por interpretación sistemática, puede deducirse que los supuestos de *defectos de convocatoria o falta de quórum*, son consideradas por la LGS como causales de impugnación o anulabilidad. Adicionalmente, también podría considerarse que esa es una definición válida de anulabilidad, puesto que el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil (que regula los actos jurídicos anulables¹⁴), establece que un acto jurídico es anulable cuando la ley lo declara

¹² URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. Op. cit. p. 334.

¹³ Artículo 116 de la LGS.- El aviso de convocatoria de la junta obligatoria anual y de las demás juntas previstas en el estatuto debe ser publicado con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. En los demás casos, salvo aquellos en que la ley o el estatuto fijen plazos mayores, la anticipación es de tres días.

El aviso de convocatoria especifica, el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar. Puede constar asimismo en el aviso el lugar, día y hora en que, si procediera, se reunirá la junta general en segunda convocatoria. Dicha segunda reunión debe celebrarse no menos de tres ni más de diez días después de la primera.

La junta general no puede tratar asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria, salvo en los casos permitidos por la Ley.

¹⁴ Recordemos que por remisión del artículo 139 de la LGS, son impugnables los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en el Código Civil.

anulable: en este caso el artículo 143 lo estaría declarando anulable.

Pero esta conclusión no se encuentra exenta de problemas interpretativos. Volvamos al caso de la impugnación de acuerdos por defectos de convocatoria. ¿Acaso la publicación de un aviso de convocatoria sin la anticipación debida, o sin consignar el lugar de realización de la junta, no va en contra de una norma imperativa, como lo es el anteriormente referido artículo 116 de la LGS? Obviamente sí y, por tanto, también podría considerarse que estamos ante un acuerdo nulo, puesto que había sido adoptado contraviniendo una norma imperativa, lo que constituye una causal de nulidad de conformidad con el artículo 150 de la LGS. Como resulta evidente, a la misma conclusión se arriba si es que analizamos el supuesto de falta de quórum (además, ¿qué pasa si es que no es un problema de falta de quórum, sino de mayoría?, supuesto no regulado por la LGS de manera expresa).

Hemos encontrado opiniones divergentes sobre esta materia. Por un lado, Galgano al comentar “acuerdos” con problemas o vicios en su formación de acuerdo con la legislación y jurisprudencia italianas¹⁵, señala que debe distinguirse entre las soluciones jurisprudenciales “referentes respectivamente a las decisiones que se han de considerar inválidas por su *procedimiento formativo* y las decisiones que se han de considerar inválidas por su contenido. Las primeras deberían ser juzgadas, en rigor de términos, como simplemente anulables, ya que, de acuerdo con el artículo 2379, sólo son anulables las decisiones con objeto imposible o ilícito, mientras que cualquier otra decisión contraria a la ley o la escritura de constitución resulta, por este motivo, sometida al régimen general de la anulabilidad (...). Pero precisamente, en relación con esto, la jurisprudencia introdujo el concepto de “decisión inexistente”; en efecto, se ha dicho que si bien es verdad que el artículo 2377 convierte la causas de nulidad (distintas de la imposibilidad e ilicitud del objeto) en causas de anulabilidad, también es cierto que la conversión actúa dentro de la categoría de las decisiones inválidas y presupone no obstante, que una decisión, por más que sea inválida, *existe*, pero no actúa, según se concluye, frente a las decisiones que han de considerarse como *inexistentes* a causa de vicios radicales en el procedimiento de su formación»¹⁶.

De la cita de Galgano se puede concluir que en los términos del artículo 150 de la LGS (que dispone de manera general la nulidad de los “acuerdos” contrarios a normas imperativas), un “acuerdo” adoptado cuando existieron defectos de convocatoria o falta de quórum vendría a ser un acuerdo nulo (o “inexistente” como lo señala Galgano).

La misma opinión es compartida por Garrigues, quien señala como ejemplos típicos de acuerdos nulos “los que impliquen la violación de una norma legal sobre convocatoria, constitución y celebración de la junta. Así, serán radicalmente nulas las deliberaciones que sólo tengan la apariencia de una junta general, que por esta razón deben ser consideradas inexistentes (asamblea reunida sin convocatoria, a menos que tenga carácter universal (...)) o convocada por quien no tiene facultades para ello, o en forma distinta a la prevista en la ley (...) o fuera de la localidad donde la sociedad tenga su domicilio (...) o constituida sin el quórum exigido por la ley (...) etc.”¹⁷. Ejemplos prácticamente idénticos de nulidad son mencionados por Uría, Menéndez y Muñoz-Planas¹⁸.

Como apoyo a esta tesis de las “juntas inexistentes” en los casos contemplados por el artículo 134 de la LGS, podemos apoyarnos en el artículo 111¹⁹ de la LGS. De esta norma se puede deducir con toda claridad que no toda “reunión” de accionistas constituye una junta general de accionistas, sino que esta condición corresponde únicamente a la reunión que cumpla con determinados requisitos (convocatoria, quórum, etc.). De no cumplirse con esos requisitos, no estaremos ante una verdadera junta general de accionistas y, por tanto, tampoco podríamos impugnar el correspondiente “acuerdo”, puesto que un acuerdo es impugnabile en tanto tenga justamente la calidad de tal, hablando desde el punto de vista societario.

En consecuencia, un “acuerdo” adoptado por una “junta” precedida de una convocatoria defectuosa no es una junta general de accionistas; y de igual manera el “acuerdo” “adoptado” sin el quórum legal o estatutario, tampoco es un verdadero acuerdo. Por ello, y siguiendo a Galgano, podríamos concluir que estos “acuerdos” no podrían ser impugnados por cuanto sólo puede ser impugnado lo que existe, y en estos casos los supuestos acuerdos nunca llegaron a existir.

Pero como lo señalamos desde un inicio, esta es una cuestión no ajena a la polémica (tanto así que nuestra

¹⁵ Nótese que, siguiendo lo que respecto a la legislación italiana señala Galgano, de conformidad con los artículos 2379 y 2377 del Código Civil italiano, son nulos únicamente los acuerdos cuyo objeto sea imposible o ilícito, siendo anulables los demás. Por tanto, lo que señala Galgano sobre los defectos de convocatoria, debe ser analizado a la luz de esta regulación, que por lo demás difiere sustancialmente de la peruana.

¹⁶ GALGANO, Francesco. Op. cit. p. 353.

¹⁷ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 511.

¹⁸ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. Op. cit. p. 329.

¹⁹ Artículo 111 de la LGS.- La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general.

LGS ha optado aparentemente por una posición jurídicamente discutible, de considerar estos casos como supuestos de anulabilidad) y existen autores que consideran de manera tácita que no estamos ante un caso de nulidad propiamente dicho, procediendo en consecuencia la confirmación del correspondiente acto. En esa línea, Frisch hace "referencia a la cuestión de la convalidación retroactiva de una resolución nula, a través de su confirmación por una resolución posterior²⁰. Esta figura tiene importancia práctica en los casos de defectos de forma de una resolución, por ejemplo, convocatoria, quórum o mayorías insuficientes, que quieren subsanarse por medio de una resolución confirmatoria para que se eviten así procesos inconvenientes de anulación. Se entiende que los efectos de convalidación mencionada, no podrán efectuarse en los casos de nulidad absoluta o inexistencia. Con relación a la nulidad relativa se podría aceptar la convalidación con efectos retroactivos si se atribuyera desde el punto de vista general a la subsecuente o segunda resolución efecto retroactivo"²¹.

2.2.2 Revocación y sustitución de acuerdo impugnado

En el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS se estipula que "[n]o procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto".

A pesar de su aparente sencillez, la aplicación de esta norma no está exenta de dudas, especialmente si se tiene en cuenta los conceptos de nulidad y anulabilidad establecidos por nuestro Código Civil y que podrían poner en duda la posibilidad de "curar" determinados acuerdos incorrectamente adoptados.

Como se puede observar de la norma transcrita, los dos supuestos en los que ya no procede la impugnación de un acuerdo de junta son la "revocación" y la "sustitución" del acuerdo.

La revocación de un acuerdo impugnado es un caso que no reviste mayores dudas, puesto que resulta claro que si un acuerdo incorrectamente adoptado ha sido revocado, éste ya no se mantiene vigente y, por tanto, carece de sentido impugnarlo.

Pero el caso más interesante es el de la "sustitución", puesto que, como una vez más apuntan acertadamente Uría, Menéndez y Muñoz-Planas, "la sociedad, en vez de limitarse a dejar sin efecto (revocar) el acuerdo viciado por no interesarle su mantenimiento y a salvo, es obvio, los derechos adquiridos, también puede, según la Ley, *sustituir*

dicho acuerdo por otro que lo reemplaza. Lo que implica que los del segundo acuerdo se producen *ex tunc*, retroactivamente, pues viene a ocupar el lugar del primero (...) para que la sustitución pueda estimarse producida es necesario, por esencia, que ambos acuerdos tengan el mismo contenido y que el segundo sea válido. Si no son de contenido idéntico (lo que no impide que el segundo pueda tener, además, otros contenidos adicionales) o si, aun siéndolo, el segundo incurre en las mismas irregularidades que el primero, todas o algunas o en otras, la sustitución no se produce y la impugnación del primer acuerdo permanece abierta (...) la sociedad antes o después del acuerdo debe haber *rectificado* el contenido del acuerdo, si el vicio es de fondo, o confirmar íntegramente su contenido, pero respetando las formalidades del acuerdo, si éstas eran infringidas"²².

La práctica de revocar, sustituir o "ratificar" acuerdos ha sido ampliamente usada en nuestro medio, no obstante lo cual no queda del todo claro las consecuencias que se derivan de la sustitución o "ratificación" de acuerdos incorrectamente adoptados. Veámoslo retomando el ejemplo del acuerdo por el cual se crean acciones con distinto valor nominal (acuerdo cuyo contenido es contrario a la LGS).

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS, un acuerdo de este tipo podría ser objeto de una acción de impugnación; no obstante, como ya lo adelantáramos, este mismo acuerdo podría ser objeto de una acción de nulidad, puesto que es contrario a una norma imperativa, como lo es el artículo 82 de la LGS, que establece la obligación de que todas las acciones tengan el mismo valor nominal.

Y aquí es donde, ante la falta de una posición clara en la LGS, advertimos (sin profundizar en el tema) posibles problemas de interpretación que podrían presentarse por la aplicación del Código Civil. En efecto, conforme se ha visto, un mismo acuerdo (emisión de acciones con distinto valor nominal) podría ser considerado, en los términos de la LGS, al mismo tiempo impugnado y nulo. Centrándonos en el segundo de los supuestos, el artículo 220 del Código Civil establece que un acto jurídico nulo "[n]o puede subsanarse por la confirmación". Entonces, si es que en el ejemplo en cuestión estamos ante un acuerdo que al mismo tiempo podría ser considerado impugnado (anulable) y nulo, ¿es posible sustituir un acuerdo nulo?; ¿qué efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) tendría la sustitución?

²⁰ En nota a pie de página el autor señala que se incorporó esta institución por su importancia práctica en el artículo 244 de la Ley Alemana sobre Sociedades por acciones de 1965, como novedad no contenida en la ley anterior de 1937.

²¹ FRISCH PHILIPP, Walter. "La sociedad anónima mexicana" México, Editorial Porrúa, 1982. p. 359.

²² URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y José María MUÑOZ-PLANAS. Op. cit. pp. 328 – 329.

Pero aquí no acaban los problemas. La posibilidad de revocar o sustituir un acuerdo impugnabile está contemplada exclusivamente en el artículo 139 de la LGS, pero el artículo 150 (que regula la nulidad de acuerdos) no señala nada al respecto. ¿Esto nos podría llevar a concluir que únicamente en los casos de impugnación y no de nulidad (como si la diferencia fuese clara en la LGS) cabría la sustitución de un acuerdo?

Ante tanta oscuridad legislativa a nosotros no nos resulta posible responder en un sentido o en otro las preguntas esbozadas en los párrafos anteriores. Este aspecto ha sido regulado (o no regulado) en forma tan oscura que, lamentablemente, existen argumentos a favor y en contra de cualquier posición, lo que va en detrimento, como en tantos otros casos, de la tan necesitada seguridad jurídica.

2.2.3 Legitimación activa y caducidad

La legitimación activa del impugnante se encuentra regulada en el artículo 140²³ de la LGS. Puesto que la norma en cuestión resulta bastante clara en cuanto a sus alcances, lo relevante para los efectos del análisis que realizamos es tener presente que, a diferencia de la acción de nulidad, únicamente los accionistas son los legitimados para interponer una acción de impugnación.

Por su relación y comparación con la acción de nulidad, cabe también tener en cuenta que, a diferencia de esa acción, el artículo 142²⁴ de la LGS establece plazos de caducidad relativamente cortos para la interposición de la acción de impugnación. Por tanto, y nuevamente por la duplicidad de causales (de nulidad e impugnación) establecidas por la LGS, consideramos que ante un acuerdo pasible del inicio tanto de una acción de impugnación como de una de nulidad, el accionista podrá optar por una o por otra, de conformidad con los plazos de caducidad de cada una de ellas.

2.2.4 Condición del impugnante

El artículo 144²⁵ de la LGS es, a nuestro concepto, una norma bastante discutible en cuanto a los requisitos que se deben tener para mantener la condición de impugnante.

Las principales disposiciones del artículo en cuestión se refieren a: (i) la necesidad de que en el caso de una impugnación judicial, el impugnante mantenga la

condición de accionista durante todo el proceso; (ii) la prohibición de que de manera voluntaria el impugnante transfiera toda o parte de sus acciones mientras dure el proceso de impugnación, bajo pena de que el proceso quede extinguido con respecto a él.

El primero de los requisitos nos suscita una pregunta fundamental, ¿qué pasa si se está ante una impugnación por la vía arbitral en lugar de la judicial? Como se ha podido observar, el artículo 144 de la LGS establece la necesidad de mantener la condición de accionistas durante todo el proceso con relación al *accionista que impugne judicialmente* un acuerdo de junta general de accionistas. Creemos que en este caso se trata de un simple olvido del legislador, habida cuenta que el artículo 48²⁶ de la LGS establece la improcedencia de las acciones judiciales contempladas en esa norma, cuando existe un convenio arbitral. En consecuencia, opinamos que incluso en el caso de impugnaciones arbitrales, el impugnante debe mantener la condición de accionistas durante todo el proceso.

La segunda de las exigencias contenidas en el artículo 144 nos parece, por decir lo menos, inconveniente. Como es conocido, un proceso (especialmente judicial) de impugnación de acuerdos puede durar varios años en nuestro país, por lo que la prohibición de transferir impone a nuestro juicio una limitación exagerada al derecho de propiedad del accionista. Yéndonos al extremo, podría darse el caso que el único patrimonio del accionista impugnante sea las acciones de las que es propietario en la sociedad cuyo acuerdo es impugnado y, por tanto, la única forma de sufragar los costos legales de la impugnación sea la venta de parte de sus acciones. De acuerdo con la norma analizada, el accionista estaría condenado a no impugnar el acuerdo que lesiona los intereses sociales, por falta de recursos.

Pero dejando de lado el ejemplo (de laboratorio) señalado en el párrafo anterior, no encontramos ninguna racionalidad a que se restrinja en forma tan extrema el derecho de propiedad del impugnante. Una solución intermedia más razonable hubiese sido, por ejemplo, establecer la necesidad de mantener durante todo el proceso al menos un determinado número o porcentaje de las acciones, para así evitar que se recurra a medidas cuasi fraudulentas con la finalidad de

²³ Artículo 140 de la LGS.- La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación solo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones.

²⁴ Artículo 142 de la LGS.- La impugnación a que se refiere el artículo 139 caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del siguiente a la inscripción.

²⁵ Artículo 144 de la LGS.- El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

²⁶ Artículo 48 de la LGS.- No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten (...).

mantener, formalmente, el interés para obrar, como lo sería la transferencia de todas, menos una, de sus acciones con la exclusiva finalidad de mantener la condición de accionista e impugnante.

2.2.5 Suspensión del acuerdo

De conformidad con el artículo 145²⁷ de la LGS, el juez que conoce de una impugnación podrá, mas no estará obligado, disponer la suspensión de un acuerdo impugnado si es que ésta es solicitada por accionistas que representan más del veinte por ciento del capital suscrito.

Esta disposición merece a nuestro parecer dos comentarios. En primer lugar, debe notarse que la norma exige que el pedido de suspensión sea efectuado por accionistas que representen al menos el *veinte por ciento del capital suscrito*. Esta regla modifica en general la regla de cómputo de porcentajes que como regla mayoritaria se ha establecido en la LGS: esto es el cómputo por determinado porcentaje de acciones suscritas con derecho a voto. Por tanto, en las sociedades que cuenten con acciones sin derecho a voto, este requisito va a significar tener que contar con un porcentaje de acciones suscritas con derecho a voto superior al veinte por ciento.

Por otro lado, hacemos notar que, si bien con la finalidad de evitar abusos por parte de la minoría, el legislador ha establecido en veinte por ciento del capital el mínimo necesario para solicitar la suspensión de un acuerdo, en determinados casos esta aparente barrera puede ser superada por la dualidad que contiene nuestra LGS en cuanto a acciones de impugnación y nulidad.

En efecto, como hemos visto, utilizando las definiciones de los artículos 139 y 150 de la LGS, en determinados supuestos sería posible que un acuerdo sea al mismo tiempo pasible de una acción de impugnación y de nulidad. En una situación como ésta un accionista que cuenta con menos del veinte por ciento del capital suscrito podría optar por iniciar una acción de nulidad en lugar de una de impugnación, solicitando la suspensión del acuerdo dentro del proceso de nulidad, basándose en las normas generales sobre concesión de medidas cautelares, según lo regulado por nuestro ordenamiento procesal.

Por otro lado, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, consideramos que no resulta razonable ni conveniente que se hubiese establecido de manera general para la sociedad anónima un único porcentaje para poder solicitar la suspensión de un acuerdo, sin tener en consideración las formas especiales de la sociedad anónima: la sociedad

anónima cerrada y la sociedad anónima abierta. En particular, consideramos que la exigencia del veinte por ciento resulta en extremo elevada para el caso de la sociedad anónima abierta, que por lo general cuenta con cientos o miles de accionistas, y en las que es extraño encontrar, aparte de los grupos de control, a accionistas con ese porcentaje de participación en el capital social.

2.3 Nulidad de acuerdos de junta general de accionistas

2.3.1 Causales de nulidad de un acuerdo de junta general de accionistas

De acuerdo al artículo 150 de la LGS se puede solicitar la nulidad de un acuerdo de junta general de accionistas que: (i) sea contrario a normas imperativas; o (ii) incurra en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

2.3.1.1 Acuerdos contrarios a normas imperativas

Consideramos que este supuesto es bastante claro y de alguna manera ya ha sido tratado al analizar el caso de la impugnación de acuerdos cuyo contenido es contrario a la LGS. Cualquier acuerdo contrario a normas imperativas puede ser objeto de una acción de nulidad. A manera de ejemplo, será nulo un acuerdo que fije en dos el número de miembros de un directorio, cuando el artículo 155 de la LGS establece que en ningún caso el número de directores será menor de tres. Pero, como ya se ha señalado, un acuerdo de este tipo también podría ser objeto de una acción de impugnación por cuanto el contenido mismo del acuerdo es contrario a la LGS.

Teniendo en cuenta la falta de claridad y sistemática de la LGS sobre este punto, opinamos que ante una situación de este tipo, quien cuestione un acuerdo social de esta naturaleza podrá optar por cualquiera de ambas acciones (impugnación o nulidad), no obstante lo cual, ante la oscuridad de nuestras normas, existe la posibilidad de que en un caso concreto el juzgador pueda tener un criterio distinto. Nuevamente, la falta de claridad y/o dualidad de nuestras normas van en contra de la seguridad jurídica.

2.3.1.2 Causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil

Preferimos no hacer mayor comentario en lo que se refiere a las causales de nulidad reguladas en el artículo 219 del Código Civil; bastando con tener presente que se puede solicitar la nulidad de un acuerdo de junta

²⁷ Artículo 145 de la LGS.- El juez, a pedido de accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito, podrá dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado. El juez debe disponer que los solicitantes presten contracautela para resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión.

general de accionistas por alguna de las causales contempladas en el referido artículo 219.

No obstante, la segunda parte (referida a la existencia de otras causales de nulidad previstas en la LGS) sí resulta relevante y no exenta de problemas, puesto que, como se ha visto, algunas causales de nulidad previstas en la LGS pueden entrar en conflicto con la regulación sobre impugnación de acuerdos a la que se refiere el artículo 139 de la LGS.

2.3.2 Norma general sobre nulidad prevista en el artículo 38 de la LGS

Como se ha podido observar, la regulación de la impugnación y nulidad de acuerdos no es lo clara que querríamos y, nuevamente, puede prestarse a distintas interpretaciones y confusiones. Pero el problema no termina aquí. Como elemento adicional de confusión, tenemos el artículo 38²⁸ de la LGS, que regula de manera general la nulidad de acuerdos societarios.

Como aspecto preliminar debemos tener en cuenta dos elementos: (i) el artículo 38 se encuentra dentro del Libro Primero de la LGS referido a las “Reglas aplicables a todas las sociedades”, por lo que resultaría de aplicación directa a la sociedad anónima; y (ii) el artículo 150 establece de manera expresa que procede acción de nulidad para invalidar, entre otros, los acuerdos que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS; consecuentemente es posible interpretar que cabría solicitar la nulidad de un acuerdo de junta general por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 38.

Creemos que no es necesario realizar un análisis punto por punto, ya que la dualidad surge de una simple lectura de los artículos 38, 139 y 150. A manera de ejemplo cabe simplemente señalar que, por remisión del artículo 150 serán considerados también nulos los acuerdos contrarios al pacto social o al estatuto; así como los que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas. Es sencillo observar que éstas son causales típicas de impugnación (y por tanto reservadas a los accionistas) conforme al artículo 139. Queda la alternativa de considerar que, por ser una norma especial, deben considerarse únicamente las causales de nulidad reguladas en el artículo 150, pero esta interpretación podría chocar con el propio texto del artículo 150, que de manera general remite a cualquier norma de la LGS que prevea causales de nulidad (incluido por supuesto el artículo 38).

Por lo señalado en los párrafos anteriores, consideramos que existe un evidente error de sistemática jurídica, que ha generado la posibilidad de que un mismo supuesto pueda ser considerado como causal de impugnación y nulidad al mismo tiempo, así como que tenga distintos plazos de caducidad y distintos sujetos activos facultados para iniciar ambos tipos de acción. Nuevamente, la regulación de nuestra LGS genera inseguridad jurídica, al momento de tener que decidir por qué tipo de acción optar.

III. CUESTIONAMIENTO DE ACUERDOS ADOPTADOS POR EL DIRECTORIO

3.1 Posibilidad de cuestionar acuerdos adoptados por el directorio

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los acuerdos de la junta general de accionistas, la LGS no contiene ninguna norma específica que regule la forma en la que deben ser cuestionados los acuerdos adoptados por el directorio.

Ante la falta de regulación específica, resulta de aplicación el anteriormente citado artículo 38 de la LGS, que de manera general establece la posibilidad de solicitar la impugnación de acuerdos societarios.

3.2 Causales de nulidad

De la lectura del artículo 38 de la LGS se puede deducir que podrá solicitarse la nulidad de cualquier acuerdo societario (incluidos los adoptados por el directorio): (i) adoptado con omisión de las formalidades de publicidad prescritas; (ii) contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; (iii) contrario a las estipulaciones del pacto social o del estatuto; o (iv) que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

No es difícil apreciar que, imputando la consecuencia de la “nulidad”, el artículo 38 de la LGS no hace otra cosa que recoger, ampliar o modificar las causales de impugnación o nulidad contempladas en los artículos 139 y 150 de la LGS, lo que demuestra una vez más la falta de coherencia y uniformidad de la LGS en el tratamiento de la materia del cuestionamiento de acuerdos societarios.

De acuerdo a lo anterior (aunque como se ha visto, en muchos aspectos la situación no es distinta a la existente

²⁸ Artículo 38 de la LGS.- Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuentan con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

para el caso de la impugnación de acuerdos de junta general), las causales de nulidad son variopintas, lo que no hace más que poner en duda la racionalidad de que, en la parte correspondiente a la junta general de accionistas, el legislador, con otro criterio, haya distinguido tan “claramente” entre causales de impugnación y nulidad.

3.3 Legitimidad activa

Si bien el artículo 38 no establece de manera directa quiénes se encuentran legitimados para interponer la acción de nulidad allí regulada, este artículo remite a los artículos 34, 35 y 36 de la LGS, por lo que éstos resultan de aplicación al caso en cuestión.

Al respecto, resultaría de aplicación, por remisión, lo dispuesto por el artículo 35²⁹, pudiendo iniciar la correspondiente acción cualquier persona con legítimo interés.

3.4 Plazo para solicitar la nulidad

Como se ha señalado anteriormente, por remisión del artículo 38, lo establecido en este artículo se rige, entre otros artículos, por lo dispuesto en el artículo 35 de la LGS.

Si bien este artículo establece un plazo de caducidad de dos años para solicitar la nulidad del pacto social, la

aplicación de esta norma para el caso de la solicitud de nulidad de un acuerdo de directorio presenta varios problemas.

En primer lugar, el artículo 35 establece un plazo dos años contando a partir de la inscripción (en ese caso) de la escritura pública de constitución. No obstante, en el caso del directorio, la mayoría de los acuerdos adoptados por dicho órgano social no dan origen a una escritura pública, por lo que la aplicación directa de esa norma trae ciertos problemas de interpretación. Para señalar sólo algunos casos: ¿cuál será el plazo para solicitar la nulidad en caso de acuerdos no inscribibles?; ¿qué ocurre si se trata de un acuerdo inscribible, pero que no requiere de escritura pública? Estas solas preguntas dejan en claro que la remisión del artículo 38 deja muchos temas por resolver. Hubiese sido mucho mejor que se establezca para esos casos plazos de impugnación más claros, como los regulados para el caso de la impugnación de acuerdos de junta general de accionistas en el artículo 142 de la LGS.

Por otro lado, también queda la duda de si tiene lógica (asumiendo que el legislador quiso de manera consciente remitir el tema de los plazos al artículo 35) establecer un plazo de caducidad tan largo (dos años contados a partir de un supuesto no especificado), cuando en el caso de la impugnación o nulidad de acuerdos de junta general de accionistas los plazos son bastante más cortos.

²⁹ Artículo 35 de la LGS.- La demanda de nulidad del pacto social, se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro.

Estudio Rodríguez Larrain S.c.r.l.

Choquehuanca 770 - San Isidro

Central Telefónica: 221 - 2791

Fax: 221 - 2794

E-mail: estudio@erlabogados.com

EDUCACIÓN ESTATAL: UNA MALA RECETA PARA UN PÉSIMO PLATO

Por qué devolver a los privados el control de la educación *

Andrés Bayly Letts **

Gerardo Solís Visscher ***

“Un mundo en el que los hombres sean libres e iguales sería el paraíso en la Tierra. Un mundo así es difícil de lograr; y obligados a escoger, debemos poner la libertad por encima de la igualdad. Porque la ausencia de libertad conduce a la más desastrosa de las desigualdades e injusticias: el despotismo. Pero la desigualdad no conduce necesariamente a la ausencia de libertad”.

Karl Popper.

No es un secreto que la educación pública en el Perú tiene un estándar paupérrimo. Un financiamiento insuficiente, una enseñanza cada día más alejada de la realidad y un menor nivel de los profesores y alumnos han sido las principales características de la educación estatal peruana desde siempre.

Frente a esta penosa realidad, no faltan las voces de quienes proponen una mayor injerencia del Estado en el problema educativo. Los autores – contestatarios frente a esta opinión mayoritaria– sostienen lo contrario: el cáncer de la educación estatal yace en su propia génesis. El Estado como educador es el causante de la crisis y la única solución posible pasa por comprender que sólo los privados pueden hacerse cargo del problema. Contra lo que muchos creen, además, los autores sostiene que el Estado promueve fórmulas de financiamiento perversas: son los más pobres quienes terminan pagando la educación de quienes no lo son.

* Agradecemos la valiosa ayuda de León Trahtemberg, Hugo Díaz y Santiago Cueto durante la elaboración del presente artículo.

** Alumno de noveno ciclo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Fundador de Realidad –Instituto de Estudios Libertarios.

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado Fundador de Realidad –Instituto de Estudios Libertarios.

1. INTRODUCCIÓN

Probablemente a usted alguna vez le ha pasado que, estando en una reunión social, un mozo le haya ofrecido un bocadillo que ni se veía bien, ni olía bien ni mucho menos sabía bien. Seguramente la siguiente vez que el desdichado mozo pase los bocadillos infames, usted replique un cortés pero decidido “no gracias”, al mismo tiempo que busque con la mirada a un mozo distinto, uno que si ofreciese bocadillos apetecibles y de buen sabor.

Imaginemos cuan aterrador sería si la reunión social estuviese atiborrada por algunos millones de personas, todas muertas de hambre, y sólo estuviese para atenderlas el desdichado mozo del párrafo anterior, que no sólo ofrece pésimos bocadillos sino que además, entre tanto por la enorme demanda, brinda un servicio deplorable.

Pues bien, abusando del ingenio, esa situación es en algo parecida a lo que sucede con la educación pública en el Perú. El Estado, en su Constitución Política, consagra la obligatoriedad de la enseñanza y asegura su gratuidad. Sin embargo, serios problemas con el financiamiento y con la gestión de la educación pública hacen de ésta un terrible bocadillo. Lo peor del asunto es que, como sucede en todos los casos en que un Estado ineficiente y sobredimensionado invade el terreno de los particulares, las consecuencias –verbigracia, la mala digestión– las terminan pagando los contribuyentes (y, literalmente, las pagan por partida doble, porque no sólo reciben una pésima educación, sino que además son ellos mismos quienes, impuestos de por medio, tienen que financiarla). Después de todo, como bien dijo Nietzsche, “en los Estados muy grandes la educación pública siempre será mediocre por la misma razón que en las cocinas muy grandes la comida siempre será mala”.

A grandes rasgos, lo que proponemos en este trabajo es devolverles a los padres de familia la libertad de elegir. Claro que no a todos, porque aquellos que reciben la venia de su bolsillo no dudan un segundo en matricular a sus hijos en una escuela particular. Los que han sido privados de la libertad de elegir son los padres de familia más pobres y necesitados (curiosamente, es en nombre de ellos que los gobernantes ensanchan el Estado, generando exactamente lo contrario de lo que predicán).

Para ello, el Estado tendría que desprenderse de la absurda pretensión de brindar educación gratuita. Las consecuencias inmediatas serían una mayor capacidad adquisitiva de los padres de familia al verse reducida la carga impositiva y la aparición de una amplia oferta de escuelas privadas de bajo costo que competirían por

captar a los alumnos que antes estaban matriculados en las escuelas públicas.

Con ello, los padres de familia, que a pesar de la supuesta gratuidad de la enseñanza actualmente asumen una tercera parte del costo real de la educación pública, podrían elegir libremente en qué escuela matricular a sus hijos sin tener que soportar la contradictoria presencia de un Estado que les impone la obligación de hacerlo en escuelas de pésimo nivel. Por último, también tendrían la opción de no matricularlos en ninguna. Después de todo, aún puede existir gente sensata que piense como Goerge Bernard Shaw, quien hace muchos años dijo: “Nunca he permitido que la escuela entorpeciese mi educación”.

2. LAS CIFRAS DEL DESASTRE

Cualquier propuesta de cambio que no parta por reconocer la realidad de las cosas tiene sus días contados. Nos guste o no, la realidad está ahí, es lo que es, y si queremos cambiarla, entonces primero tenemos que conocerla (y reconocerla). Pues bien, ése es precisamente el objetivo de este primer capítulo: dar a conocer ciertos datos estadísticos sobre diversos aspectos de la educación estatal peruana y, a partir de esa realidad desoladora, reconocer lo que muchos enuncian pero pocos afrontan: la educación estatal peruana atraviesa por una situación crítica y urgen medidas para revertirla.

Un primer dato interesante es el nivel de gasto del Estado en educación expresado en términos porcentuales del Producto Bruto Interno (PBI). Mientras que en el Perú, en el 2002, el gasto en educación ascendió al 2.9% del PBI, en Argentina fue alrededor del 3.5% del PBI y en Chile alcanzó el 3.6% del PBI. Brasil y Venezuela se ubicaron como los países con mayor gasto en educación de la región con 5.1% y 5.2% del PBI, respectivamente. Por otro lado, ya en el grupo de países desarrollados, podemos citar –entre varios otros– los casos de Noruega, Israel y Finlandia, que en el mismo año gastaron en educación aproximadamente el 7.4% del PBI.¹

Hay que tener en cuenta que, de los países citados en el párrafo anterior, no sólo todos indican un mayor porcentaje de gasto en educación, sino que además todos registran un PBI mayor que el peruano, con lo cual la diferencia aumenta sustancialmente. Así, por ejemplo, mientras que el PBI del Perú en el 2002 fue aproximadamente \$ 51,900 millones, el PBI de Argentina ascendió a \$ 283,000 millones, el de Chile fue de \$ 67,500 millones, Brasil registró un PBI de \$ 752,000 millones y Venezuela alcanzó un PBI de \$ 102,200 millones. Finalmente, los PBI de Noruega,

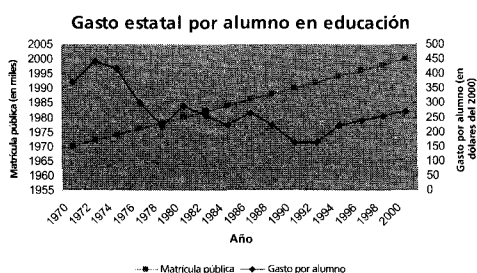
Israel y Finlandia en el 2002 fueron de \$ 153,000 millones, \$ 101,000 millones y \$ 130,000 millones, respectivamente.²

Frente a estos datos, alguien podría sostener –emocionado ante el aparente descubrimiento– que la solución a la crisis de la educación estatal peruana pasa por aumentar el gasto estatal. Después de todo, si una de las principales causas del problema es la falta de recursos, una salida facilista sería endosarle al Estado –es decir, a los contribuyentes– la solución.

Sin embargo, como ya habrá podido deducir de la lectura del título de este trabajo, nuestra propuesta no transita por los onerosos caminos del intervencionismo estatal, ni mucho menos. Que muchos países elijan esa opción no es más que otro dato de la realidad. Pero de ello no se puede concluir que ésa sea la única salida, ni tampoco la mejor.

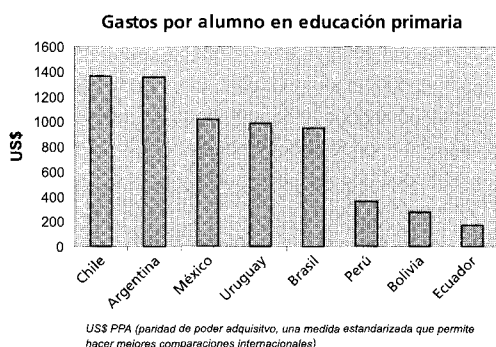
Como bien señalan Hugo Díaz y León Trahtemberg, “un análisis comparativo entre principios y fines del siglo XX muestra como constante el centralismo controlista y como variables principales dos ejes que se cruzan, uno ascendente y otro descendente. El ascendente corresponde a la educación estatal gratuita que se inicia con la primaria y que actualmente abarca desde la educación inicial hasta la superior. El descendente corresponde al financiamiento per capita cada vez menor, asociado con el descenso de la calidad de la educación que está hermanada con el deterioro de las condiciones de vida y profesionales de los docentes”.³

De igual forma, Jaime Saavedra y Pablo Suárez mencionan el mismo fenómeno: “entre 1970 y el 2000, la matrícula pública se expandió a una tasa promedio de 3.04%. A pesar de esta acelerada expansión, mayor que el crecimiento de la población en edad escolar, los recursos financieros reales destinados a la educación pública se mantuvieron constantes, aunque con fluctuaciones ligadas al ciclo económico y político. Esto implicó una clara reducción de largo plazo en el gasto por alumno”.⁴



Así, luego de que en la primera mitad de los años setenta se gastara en promedio \$ 399 por alumno, desde 1976 hasta 1986 la cifra correspondiente osciló alrededor de los \$ 255. El nivel mínimo al que se llegó fue de \$ 162 en 1990. Hacia el 2000, el gasto por alumno fue \$ 278, monto similar al observado en 1981.⁵

A pesar de las mejoras durante los noventa⁶, el nivel de gasto por alumno en el Perú es extremadamente bajo en comparación con otros países.



Ahora bien, el problema no se agota ahí. Al hecho de que el gasto que hace el Estado en educación es manifiestamente insuficiente, tenemos que añadirle un dato que aviva la complejidad del problema: el nivel de gasto público en educación es tan bajo que, en muchos casos, las escuelas no podrían operar sin las contribuciones que hacen los padres. Así, las familias que matriculan a sus hijos en escuelas públicas en el Perú terminan financiando una parte importante de la educación de sus hijos.

Estas contribuciones se producen a pesar de que existe un marco legal según el cual la educación primaria y secundaria es obligatoria, tal como lo establece la Constitución Política.

Textualmente, el artículo 17 de la Constitución dice: “La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación”.

De lo anterior, se presume que el Estado tiene la obligación de proveer del servicio educativo a todos los niños y jóvenes en edad escolar. Pero esta gratuidad no se verifica en la práctica. Para que los colegios

² Ibidem.

³ DIAZ, Hugo y TRAHTEMBERG, León. Plan de acción inmediata en educación escolar. 2001-2005. Ensayo no publicado.

⁴ SAAVEDRA, Jaime y SUAREZ, Pablo. El financiamiento de la educación pública en el Perú: el rol de las familias. Lima, GRADE, 2002.

⁵ Cfr. Ibid.

⁶ El gasto por alumno en la primaria pública creció de \$ 79 en el periodo 1990-1992 a \$ 132 en el año 2000. En la secundaria pública, el crecimiento fue ligeramente menor en términos porcentuales, pero superior en términos absolutos: pasó de \$ 123 a \$ 1914 entre las mismas fechas.

operen, los directores y las asociaciones de padres de familia se ven obligados a recurrir a los padres, salida que logran con distintos niveles de éxito, de acuerdo principalmente con el nivel socioeconómico de estos.

En el año 2000, las familias con hijos matriculados en la primaria pública gastaron \$ 242 millones, cifra sólo ligeramente superior a la que se observó en 1997.⁷ Este gasto es equivalente a 0.45% del PBI e implica que, en promedio, cada familia gastó \$ 64.5 anuales por alumno matriculado en la primaria pública. Como comparación, el gasto total de las familias con hijos matriculados en la primaria privada ascendió, aproximadamente, a \$ 319 millones (0.59% del PBI), lo cual significó un gasto promedio de \$ 572 por alumno. En el caso de la secundaria, el gasto total de las familias con hijos en el sistema público llegó a \$185 millones (0.34% del PBI), y el gasto por alumno de

estas familias, en promedio, fue de \$ 94, casi la sexta parte del gasto por alumno de las familias con hijos en el sistema privado.

De manera agregada, si se quiere saber cuánto se gastaría en promedio por cada alumno en la educación pública hay que sumar, en el caso de la primaria, los \$135 con que contribuye el Estado a los \$ 65 que aportan las familias. Así, se obtiene que la sociedad peruana gasta, en promedio, \$ 200 anuales por cada niño en la primaria pública, de los cuales el 32% corresponde al aporte de las familias. En el caso de la secundaria, el Estado invierte \$ 191 y las familias, en promedio, \$ 94; es decir, de un total de \$ 285, las familias aportan el 33%. En gran medida, este tercio adicional con el que ellas contribuyen sirve para cubrir el déficit de provisión de insumos complementarios indispensables para hacer operar a las escuelas.⁸

Matricula, gasto familiar por alumno y gasto familiar corriente en educación por niveles educativos en 1997 y en el 2000 (Dólares del 2000)

	1997				2000			
	Matricula (miles)	Gasto por alumno	Gasto total (millones)	Gasto total como % del PBI	Matricula (miles)	Gasto por alumno	Gasto total (millones)	Gasto total como % del PBI
Pública								
Primaria	3.728	68	254	0,49	3.757	65	242	0,45
Secundaria	1.815	108	196	0,38	1.965	94	185	0,34
Total	5.543	81	450	0,87	5.722	75	427	0,79
Privada								
Primaria	505	431	217	0,42	558	572	319	0,59
Secundaria	347	491	170	0,33	368	555	204	0,38
Total	852	455	388	0,75	926	566	524	0,97
Total								
Primaria	4.232	111	471	0,91	4.315	130	562	1,05
Secundaria	2.162	170	367	0,71	2.333	167	389	0,72
Total	6.395	131	838	1,62	6.648	143	951	1,77

Fuente: SAAVEDRA, Jaime y SUAREZ, Pablo. El financiamiento de la educación pública en el Perú: el rol de las familias.

Gasto corriente en educación por alumno por parte del Estado (sin incluir pensiones) y de las familias (Dólares del 2000)

	1997			2000		
	Estado	Familia	Total	Estado	Familia	Total
Primaria	128	68	196	135	64	199
Secundaria	180	108	289	191	94	285

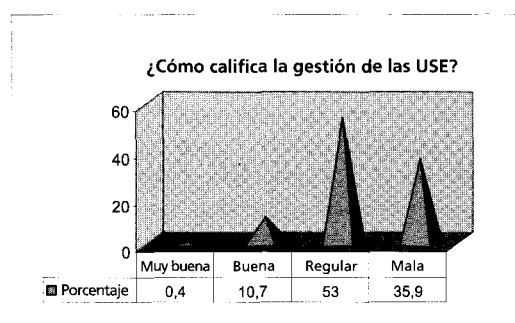
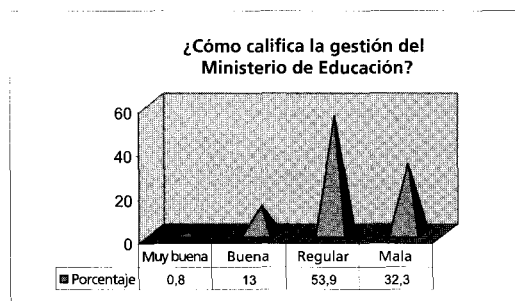
Fuente: SAAVEDRA, Jaime y SUAREZ, Pablo. El financiamiento de la educación pública en el Perú: el rol de las familias.

⁷ El gasto de las familias incluye: i) la matrícula (incluyendo las donaciones); ii) las pensiones (incluyendo el pago para las mensualidades de los profesores y otros cobros regulares); iii) los libros, textos, cuadernos, lapiceros y otros útiles; iv) uniformes de cualquier tipo; v) refrigerio, transporte y otros gastos escolares (principalmente de frecuencia diaria o mensual); y vi) aportes a las asociaciones de padres de familia, apoyo educativo, comités de aula y multas.

⁸ Cfr. SAAVEDRA, Jaime y SUAREZ, Pablo. Op. cit.

Por otro lado, la percepción que tienen los usuarios de la educación pública de los órganos estatales que la dirigen es mala, con lo cual se termina por cerrar el círculo de deficiencia que envuelve a la educación pública peruana: el Estado no sólo falla en proveer los recursos que aseguren la educación gratuita que éste promete en su Constitución Política, sino que falla también en la gestión de los servicios educativos.

En una encuesta realizada entre los meses de octubre y diciembre de 1997 por el Instituto de Investigación para el Desarrollo de Defensa Nacional, las respuestas a las preguntas "¿Cómo califica la gestión del Ministerio de Educación?" y "¿Cómo califica la gestión de las USES?" no dejan de sorprender: el 86.1% de los encuestados cree que la gestión del Ministerio de Educación es regular o mala, mientras que el 88.9% de los mismos opina que la gestión de las USES es igualmente regular o mala.⁹



En síntesis, podemos afirmar que son dos los elementos principales que explican la crítica situación de la educación pública peruana: el financiamiento y la gestión. Claro que esto, en la realidad, se manifiesta de muchas maneras, como por ejemplo el bajo nivel competitivo de los alumnos, los exiguos sueldos que perciben los maestros, la insuficiente infraestructura y la agobiante burocracia. Pero, a fin de cuentas, el origen de estos conocidos males nos remite siempre, de una forma u otra, a los problemas del

financiamiento y la gestión de la educación pública peruana.

3. LA EDUCACIÓN COMPULSIVA

A todos, en diversas ocasiones, nos han ofrecido algo. Desde las cotidianas invitaciones para tomar una gaseosa o compartir un cigarrillo, hasta –quizá– las más apasionadas declaraciones de afecto o las más contritas disculpas. Estos ofrecimientos nos pueden agradar, nos pueden disgustar o simplemente nos pueden causar la más absoluta indiferencia. Pero en todos estos casos, desde los más banales hasta los de mayor trascendencia, conservamos siempre la última palabra sobre el ofrecimiento. Cuando nos ofrecen algo, siempre, en última instancia, podemos rechazarlo. Y, expresa o íntimamente, celebramos que así sea.

Cuando es el Estado quien nos hace el ofrecimiento, muchas veces la historia es distinta, porque no sólo nos promete algo de manera voluntaria, sino que además nos obliga a aceptarlo. Esto ocurre con varios de los llamados derechos fundamentales. El Estado, por ejemplo, les ha ofrecido a los trabajadores, entre otras cosas, el derecho a un salario mínimo y a vacaciones pagadas. Pero no lo ha hecho bajo la lógica del típico favor personal, que le permite al destinatario de la promesa rechazarla si prefiere, sino que se trata de promesas de aceptación obligatoria. El trabajador no puede, libremente, rechazar el ofrecimiento del Estado. Tiene que recibir un salario mínimo (aunque ello reduzca la oferta laboral y condene al desempleo a una gran cantidad de potenciales empleados), y tiene que percibir sus vacaciones (aunque ello suponga menores ingresos para familias a los que estos no les sobran).

En términos más técnicos, esto es lo que se conoce como paternalismo estatal. El Estado, bajo esta perspectiva y en términos absolutamente simples, conoce más que los individuos aquello que mejor les conviene. Por eso, se encontraría facultado para conceder esta extraña especie de ofrecimientos de aceptación obligatoria.

Y es tan absurdo como sostener que uno se encuentra obligado a aceptar ineludiblemente la gaseosa o el cigarrillo que le ofrecen, aun cuando no tenga sed o no sea un fumador (más aun, incluso cuando no le guste el sabor de la bebida ofrecida o sienta que se asfixia con el humo del cigarrillo que le obligan a fumar). O como pregonar que hay ciertos casos en los que la propuesta matrimonial vincula de inmediato a su destinatario.

⁹ DIAZ, Hugo y ELESAPURU, Otto. Educación privada: situación y tendencias. Encuestas de opinión y estadísticas básicas. Lima, Instituto de Investigación para el Desarrollo y la Defensa Nacional, 1998.

Uno de los ámbitos en los que el Estado ha efectuado con mayor énfasis estos ofrecimientos obligatorios es en el de la educación. Incluso a nivel constitucional, mientras que por un lado se ha consagrado una especie de derecho a la educación, por otro se ha establecido, por ejemplo, que la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. El Estado, primero generoso, nos ofrece con una mano el derecho a educarnos, pero más tarde, amenazador, nos muestra la otra mano en forma de puño por si se nos ocurre rechazar su dadivosa propuesta.

Mediante una regla como ésta, una enorme masa de la población es obligada a desperdiciar la parte más importante de los mejores años de su vida en alguna institución, ya sea pública o privada. Miles de niños, al margen de sus necesidades, intereses o aptitudes, son forzados a acudir a una escuela. No hay, al menos en teoría, escapatoria posible. Aproximadamente entre los cinco años y virtualmente la mayoría de edad, las personas deben pasar la mayor parte del día entre cuatro paredes.

¿Cuál es entonces, la diferencia entre las escuelas y la cárcel? Prácticamente ninguna. En todo caso, como diría Rothbard, se trata de una distinción imperceptible. Se han cambiado los barrotes por puertas y muros y los guardias por profesores¹⁰.

Las consecuencias de esta obligación, como ocurre normalmente cuando se restringe la libertad individual, suelen ser perniciosas. Una primera consecuencia es que ésta sea posiblemente una de las razones por las que se ha incrementado la rebeldía, el descontento y el pandillaje entre cierta parte de la juventud, y que ha determinado que algunas escuelas públicas se hayan convertido en lugares violentos en los que quizá hayan pocas cosas más lejanas que la genuina educación.

Asimismo esta coerción educativa, en la medida en que inevitablemente tiende a la uniformidad, hace peligrar la diversidad cultural, lo que genera el descontento de un sector políticamente sensible de la población. Igualmente, restringe la posibilidad de elección de los padres de familia, a quienes simplemente se les ha expropiado el derecho a elegir lo que consideran mejor para sus hijos. Efectivamente, a muchos niños jamás les va a servir nada de lo que aprenden en el colegio. Lo que necesitan, antes que un encierro de once años en un claustro supuestamente educativo, es que se les permita trabajar desde una edad temprana, aprender a hacer negocios o iniciar su entrenamiento para lo que estén más capacitados.

¿Pero qué razones equivocadas pueden haber llevado a nuestros políticos a consagrar, por todos los medios

jurídicos a su alcance, esta manía por la educación, sin paralelo a lo largo de la historia de la humanidad?

En primer lugar, hay una confusión inaudita entre escuela y educación. La educación, por un lado, es un proceso que dura toda la vida y que no sólo toma lugar en las escuelas. Históricamente, es más, ha estado alejado de ellas. Resulta cuando menos discutible, por ejemplo, que al exitoso y pujante comerciante de Gamarra le haya sido de utilidad la década y fracción que tuvo que acudir a la escuela. Lo más probable es que la mayor parte de este tiempo no haya sido más que un desperdicio. Y es que la escuela formal es sólo una pequeña fracción del proceso educativo.

Es cierto que si lo que pretendemos es formar una generación de ilustres humanistas, la escuela puede ser un buen medio para hacerlo. Pero el punto es que, por interés, aptitud o necesidad, la mayor parte de la población no necesita de este tipo de educación. Educación que, por otro lado, ni con financiamiento estatal de por medio, se ha conseguido aunque sea remotamente.

Una segunda razón la encontramos en una especie de altruismo mal entendido, que toma la forma de “te obligo a hacerlo por tu bien”. Ciertamente, la validez de este tipo de argumentación, como ya señalamos, resulta, cuando menos, sumamente discutible.

4. POR QUÉ PRIVATIZAR LOS COLEGIOS PÚBLICOS

a) El costo de la educación estatal

La educación gratuita no existe. No es más que un ideal, una mera declaración de principios hermosa para unos y opresiva para otros. La gratuidad siempre la paga alguien. Y lo penoso es que, en estos casos, por cuestiones intrínsecas al sistema, la terminan pagando también —y sobretodo— los individuos que se encuentran en situación de pobreza extrema.

Por un lado, los padres de familia que tienen a sus hijos en escuelas públicas asumen, como hemos visto en la primera parte del trabajo, en promedio, la tercera parte del costo de la educación estatal. La mentada gratuidad, de arranque, sufre un madrugador tropezón.

Pero eso no es lo único. Y es que los otros dos tercios del financiamiento de la educación pública no lo paga únicamente el grupo de los más adinerados de la sociedad. En la medida en que todos pagamos impuestos (ya sea de manera directa a través del pago del impuesto a la renta o tangencialmente porque pagamos y nos vemos afectados por los diversos

impuestos indirectos que nos gravan) todos, independientemente de nuestra posición económica, terminamos pagando por la educación estatal. Lo hacen los hombres de negocios, las personas de escasos recursos que tienen a sus hijos en escuelas públicas y, lo que es más dramático, incluso los individuos que se encuentran en una situación de pobreza extrema, y que ni siquiera pueden darse el lujo de enviar a sus hijos al colegio público, porque los necesitan trabajando en la calle.

¿Cómo es que los individuos que se encuentran en una situación de pobreza extrema terminan pagando por la educación estatal? No lo hacen, evidentemente, mediante el pago del impuesto a la renta. Pero sí en la medida en que sufren el impacto de la existencia de elevados impuestos sobre el resto de la población. El niño que vende caramelos en la calle, por ejemplo, va a vender menos golosinas cada vez que, bajo pretexto de una reforma tributaria, nuestros políticos no tienen mejor idea que aumentar el impuesto general a las ventas, o al ministro de economía de turno se le ocurre que la mejor manera de cubrir el déficit fiscal es aumentando el impuesto selectivo a la gasolina. Estas medidas van a determinar que sus potenciales compradores tengan ahora menos dinero en el bolsillo. Los niños que venden caramelos, entonces, financian parte del aumento salarial de los profesores, los nuevos colegios que el Estado construye y los materiales para aquellos que sí pueden acudir aunque sea a una escuela estatal.

Pero aun cuando existiera conciencia de que todos (incluso los más pobres) pagamos la educación de algunos, nadie sabe a cuánto ascienden los pagos que realizamos. A nadie le llega a fin de mes una factura con el gasto desagregado del Estado en educación. No sabemos, en suma, qué monto de nuestros impuestos se utiliza para construir más escuelas, qué cantidad para pagarle a los profesores, ni mucho menos, qué porcentaje queda en las ávidas manos de la burocracia del sector.

En términos de financiamiento, entonces, la gran diferencia entre la educación pública y la educación privada es que ésta última la pagan únicamente quienes la reciben y sólo durante el periodo en que la reciben. La primera, por el contrario, la pagamos todos, durante toda nuestra vida.

b) El mercado de la educación

Aun cuando la educación pública nos cuesta a todos, y nos cuesta de manera absolutamente

desproporcionada con nuestro nivel de ingresos, esta sola constatación no basta para sustentar que el Estado debe retirarse por completo del ámbito educativo. La preocupación central que está pendiente de resolver es qué ocurre si es que se eliminan las escuelas públicas. En otras palabras, ¿acaso va a existir suficiente oferta de educación privada barata para aquellos que antes se educaban en colegios del Estado?

No tenemos, evidentemente, una bola de cristal que nos permita avizorar con certeza lo que nos depararía este hipotético futuro. Pero sí tenemos ciertos elementos acerca del actual comportamiento de este mercado que nos permiten predecir que existen altas probabilidades de que efectivamente existiría una oferta educativa suficiente como para cubrir la educación de la gran mayoría de los alumnos, con independencia del estrato económico del que formen parte.

El primero de estos indicios es que, actualmente, existe una oferta de educación privada para prácticamente todos los niveles socio económicos. Y se puede constatar esta presencia aun a pesar de los enormes desincentivos que la participación del Estado en el sector educativo genera para los privados. No es exagerado decir que existe una suerte de competencia desleal entre colegios privados –sujetos siempre al vaivén de las preferencias de los padres de familia, a la calidad de la educación que brinden, a la eficiencia administrativa que desarrollen y a su limitada capacidad de financiamiento–, y los colegios públicos, para los que poco importa cualquiera de estos factores, pues su existencia proseguirá con independencia de su viabilidad económica bajo parámetros financieros esenciales¹¹. Existen colegios privados, entonces, a pesar de la existencia de colegios públicos.

Esta circunstancia nos conduce de inmediato al segundo indicio. Si hoy en día, que las instituciones educativas privadas se ven forzadas a competir en desiguales condiciones con las instituciones educativas públicas, aquellas se dan abasto para mantenerse en el mercado y brindar un servicio por lejos mejor que el de éstas últimas, es lógico suponer que, si es que estas instituciones estatales desaparecen, los centros de educación privados van a tener mayores medios e incentivos para extender sus servicios a sectores de la población a los que no les llegan hoy en día en abundancia, para abaratar sus costos (propiciando, de esta manera, el acceso de alumnos de escasos recursos) y para mejorar la calidad del servicio ofrecido.

Un tercer indicio nos lo proporcionan las concluyentes estadísticas que mostramos en la primera parte de este trabajo. En la actualidad, la educación pública es

¹¹ De hecho, como bien señala McGee, la educación pública muchas veces supone la existencia de monopolios que mantienen las mismas características de cualquier otro monopolio: altos costos y baja calidad. McGEE. "A solution to the educational crisis". En: Policy Analysis, No. 3, 1996. p. 3.

financiada en su tercera parte, bajo diversos conceptos, por los propios padres de familia. Esto es un indicador de que incluso las familias que hacen uso del sistema educativo estatal tienen cierta capacidad de pago que pueden orientar más adelante hacia las instituciones privadas.

A ello hay que agregarle un indicio adicional. En la medida en que el Estado ya no va a tener que invertir en educación, pues no va a gastar un céntimo en infraestructura, sueldos de maestros (que van a dejar de ser un dolor de cabeza para nuestros políticos), ni en la burocracia del Ministerio de Educación, en cierto grado van a poder reducirse los impuestos. Esto va a generar que personas que antes no podían comprar educación en este nuevo escenario sí estarían en capacidad de hacerlo.

¿Qué pasa con los que aún así no pueden asumir el costo de esta nueva educación privada? De este grupo, una parte está constituida por aquellos que tampoco pueden pagar hoy en día ningún tipo de colegio –ya sea estatal o privado– para sus hijos (pero que, paradójicamente, tiene que pagar la de los demás). Un primer vistazo a este escenario basta para percatarnos de que la situación de estas familias no va a empeorar: en ninguno de los dos escenarios pueden mandar a sus hijos al colegio. Si nos detenemos más en el problema veremos que cabe la posibilidad de que incluso experimenten una cierta mejoría en su situación porque, como se reducen los impuestos, los potenciales adquirentes de caramelos en las esquinas van a tener más dinero en el bolsillo que se va a trasladar a estas familias. Ellas ya verán, en todo caso, si es que lo más conveniente es invertir este dinero en la educación de sus hijos.

Un segundo grupo de aquellos que no puedan asumir el costo de la nueva educación privada –cuya extensión no es posible determinar– va a estar conformado por los individuos que hoy en día pueden pagar la educación pública de sus hijos (es decir, que pueden asumir el tercio del costo de la educación que todos pagan, y que pueden, además, soportar la carga de los impuestos que, aun cuando no los grave a ellos directamente, terminan afectándolos) y que no podrían hacerlo si se eliminan las escuelas gratuitas.

Existen dos objeciones para este argumento. En primer lugar, ni siquiera sabemos a ciencia cierta si es que este grupo existirá y mucho menos qué tan numeroso o escaso será, pues estamos asumiendo que el efecto de reducir los impuestos y, por lo tanto, aumentar el ingreso monetario de estas familias, es menor que el costo de la escuela privada más barata en un escenario donde ya no existan colegios públicos. En segundo término, no debemos perder de vista que de este

hipotético último grupo, sólo a una parte le conviene acudir al colegio (al menos al colegio en los términos tradicionales): a aquellos que posean el interés y tengan la aptitud. A los demás, que hoy en día van a la escuela sólo porque es obligatorio hacerlo, les conviene dedicarse al deporte, a las ventas, al trabajo físico o manual, etc.

Pero no todo está perdido para este grupo de personas con la aptitud y el interés para educarse en un colegio, pero sin dinero para hacerlo, pues tienen la posibilidad de acceder a medios de financiamiento baratos y extendidos.

Por un lado, pueden acudir al colegio con los aportes dinerarios de todos aquellos que no están de acuerdo con las ideas expresadas en este artículo y que creen que existe un deber moral por el que unos individuos deben pagarles a otros la educación. Por otro lado, pueden acceder a los programas de becas o préstamos de las numerosas entidades y escuelas privadas, que se sustenten ya sea en la pasión por educar que sienta un grupo determinado de individuos o incluso en que estos programas, como ocurre hoy en día, les permiten percibir ciertos beneficios en forma de prestigio, renombre, etcétera¹².

No existen pues, pruebas concluyentes que nos conduzcan a negar que los privados vayan a estar en capacidad de ofrecer un servicio educativo que se ajuste a las necesidades de los distintos tipos de potenciales usuarios. Parece, por el contrario, que existen indicios de que habría una oferta amplia y que abarque todos los sectores económicos de la sociedad. Lo que sí existe, en todo caso, son pruebas claras de que el Estado ha fracasado de cabo a rabo en temas educativos.

c) ¿Un problema de *free riders*?

Contra lo que hemos señalado en los puntos anteriores, falta contrarrestar un último argumento importante. En el tema educación existe un problema de *free riding*, que impediría que, si es que ésta se privatiza, los privados tengan incentivos para invertir voluntariamente en la educación de los demás. La educación, desde esta perspectiva, es un bien público. El argumento toma normalmente la siguiente forma: para todos es ventajoso que exista en la sociedad una mayor cantidad de individuos bien educados; sin embargo, en la medida en que la educación sólo es privada y, por lo tanto, los aportes son estrictamente voluntarios, sólo un grupo asumirá los costos (los que decidan financiar la educación de los demás), mientras que todos percibiremos sus beneficios.

Debemos reconocer que este argumento tiene un punto a su favor. Como dice Narveson, los niveles de homicidio entre personas que tienen un Ph.D. es mucho menor que entre aquellas que sólo tienen primaria completa¹³. Por lo tanto, se dice, si debiera existir la obligación generalizada de contribuir con la educación de los demás. Si todos nos beneficiamos, todos, también, deberíamos asumir los costos.

Dos objeciones pueden plantearse contra este argumento. Por un lado, todos, de una u otra manera, generamos externalidades positivas de cuyos beneficios nos resulta imposible excluir a los demás. Y, sin embargo, no vamos por la vida exigiendo una compensación por estos beneficios. A nadie, por ejemplo, se le ocurre exigirle a los demás cierto monto de dinero por rociarse un perfume exquisito, por iniciar un negocio que es fuente de trabajo, ni mucho menos por haber culminado la colección completa de las comedias de Shakespeare (lo que sin duda beneficiaría, en términos culturales, a las personas cercanas a este individuo).

Por otro lado, se trata de una posición tremendamente incoherente. Quienes sostienen esto, normalmente consideran que existe una especie de derecho humano a la educación (nunca queda claramente definido si se trata de un derecho natural o meramente convencional). El problema es que en el mundo hay más de cinco billones de seres humanos. ¿Por qué entonces, si se trata de un derecho humano, es decir, de un derecho que por definición es inherente a la calidad de persona, no buscamos con nuestros impuestos, financiar también la educación de individuos de países más pobres que el nuestro? Nos encontramos, paradójicamente, frente a un derecho humano que termina en nuestras fronteras¹⁴.

5. EL DRAMA DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR ESTATAL

Los problemas que se presentan con la educación superior pública no son, como veremos, menores que con el resto del sistema educativo y, en diversos aspectos, son aun más graves.

Por un lado, el financiamiento que requiere la implementación y funcionamiento de la educación superior estatal genera efectos distributivos peores que aquellos que produce la educación primaria y secundaria. Los jóvenes que pueden continuar su educación en alguna universidad pública, es lógico suponerlo, provienen de familias que en su amplia mayoría tienen una situación económica de bastante

mayor estabilidad que la de aquellas que simplemente carecen de esta posibilidad (aun cuando los hijos de ambas familias hayan podido culminar sus estudios escolares). A pesar de ello, son estas familias que no pueden mandar a sus hijos a una universidad pública (por el costo de oportunidad que tantos años de estudio les genera) las que terminan pagando la educación de los hijos de familias con mayor bienestar económico.

Weisbrod y Hansen, en un estudio de hace ya algún tiempo, demostraron cómo en Wisconsin y en California, durante la década de los sesenta, los ingresos anuales de las familias que no podían enviar a sus hijos a una universidad pública eran aproximadamente un tercio menores que la de aquellas que sí podían hacerlo¹⁵. Paradójicamente, los más pobres terminan pagando la educación de individuos de mayores ingresos, lo que hace muy difícil encontrar una razón ética que nos permita justificar esta situación.

A este problema distributivo hay que sumarle dos inconvenientes adicionales. En primer lugar, las universidades privadas tienen que enfrentar también una suerte de competencia desleal por parte de las universidades públicas, en la medida en que, por mayores que sean las ineficiencias y la pobreza educativa de estas últimas, su existencia se encuentra asegurada por el respaldo involuntario de los contribuyentes. Las universidades privadas, además, tienen que lidiar con frondosas y absurdas regulaciones públicas.

En segundo lugar, la mayoría de universidades privadas encuentran serias dificultades para asignar, aunque sea con mediana claridad, derechos de propiedad sobre la propia institución educativa. La posibilidad de crear universidades con titularidades claramente establecidas (que permitan, por ejemplo, que sus dueños se repartan las utilidades que éstas generen) es historia reciente en nuestro medio, y cada cierto tiempo sufre los embates incomprensibles de los académicos frustrados y de los vaivenes de la política. Quienes realizamos nuestros estudios en universidades que no son de titularidad de nadie, hemos sufrido en carne propia las consecuencias de esta ausencia de propiedad: la burocracia elefantiásica, la pésima asignación de los recursos económicos y la escasa inversión en tecnología e infraestructura son pan de todos los días.

La existencia misma de estas universidades privadas en las que nadie tiene derechos de propiedad genera muchas veces efectos discriminatorios muy graves. Normalmente, estas universidades están exoneradas del pago de impuestos, situación que muchas veces no se presenta con las universidades lucrativas.

¹³ Ibid., p. 277.

¹⁴ Ibid., p. 279.

¹⁵ ROTHBARD, Murray. Op cit., p. 139.

Asimismo, en la medida en que estas últimas suelen ser, por la ceguera de los legisladores, instituciones políticamente impopulares, las primeras suelen ser frecuentemente destinatarias de financiamiento público. De hecho, hasta hace algunos años, las universidades privadas en el Perú (cuando todas eran propiedad de nadie) solían recibir periódicamente financiamiento público. Cuando se anunció que se iba a cortar este subsidio estatal, el rector en ese entonces de una de las universidades privadas más prestigiosas y representativas del país auguró la quiebra económica de la institución. El tiempo se encargó de develar la inconsistencia de este oscuro vaticinio.

6. LAS AMBIGUAS PROPUESTAS INTERMEDIAS

Como en todos los ámbitos, en el de la educación también hay soluciones para todos los gustos. Dos soluciones intermedias –que implican sólo un cierto alejamiento del Estado de la educación– que se han voceado en más de una oportunidad como reemplazantes idóneas del sistema educativo estatal en declive son el sistema de *vouchers* y el traslado de la gestión educativa a los privados. Estas salidas, sin embargo, no son ningún paraíso. Si bien constituyen soluciones parciales al problema educativo, presentan, en ambos casos, varios de los problemas del actual sistema de educación estatal.

a) El sistema de *vouchers*

Una primera posibilidad a mitad de camino entre el sistema de educación pública que actualmente tenemos y el sistema de privatización que hemos propuesto es el mecanismo de los *vouchers*, que permite subsidiar la educación sin tener una sola escuela pública¹⁶.

¿En qué consiste este sistema? El gobierno le daría a cada padre o madre de familia (mensual o anualmente) un *voucher* que valdría por cierta cantidad de dinero en educación y que puede ser canjeado en cualquier institución educativa privada. Esto les permite a los padres de familia, por un lado, elegir para sus hijos el colegio de su preferencia entre todos aquellos que cubiertos por el monto del *voucher* y, por otro, en caso su preferencia los lleve a seleccionar un colegio de una pensión más elevada, pueden –en la medida en que su presupuesto se los permita– pagar la diferencia entre el monto cubierto

por el *voucher* y el costo concreto de la pensión escolar.

Entonces, si bien este sistema mantiene el financiamiento educativo a través del sistema tributario (de allí sale el dinero con el que el Estado les “compra” a los colegios privados los *vouchers* que los padres han entregado a cambio de educación) la gran ventaja es que se elimina la ineficiente y monopolística burocracia de la educación pública.

Pero no todo son buenas noticias con el sistema de *vouchers*. Por un lado, todos vamos a seguir pagando por la educación de algunos, al margen de nuestro interés por hacerlo o de nuestra posición económica. Los impuestos que se requieren para financiar este sistema de *vouchers*, si bien serían menores que los que se necesitan para financiar el actual sistema educativo, de igual manera van a aletargar el desarrollo económico y van a terminar afectando, como ya demostramos, incluso a los individuos que se encuentran en situación de extrema pobreza, quienes van a tener menos dinero en el bolsillo con la finalidad de que individuos que gozan de mayores estándares de bienestar puedan recibir educación.

Por otro lado, como señala Rothbard, es inevitable que el poder para subsidiar traiga consigo el poder de regulación y control¹⁷. En este escenario, el gobierno tiene la posibilidad de otorgar los *vouchers*, pero con un uso restringido a ciertos colegios. Esto lo puede hacer, en el mejor de los casos, mediante la creación de una especie de certificados de buena educación¹⁸, que siempre supondrán el nacimiento de una costosa burocracia y podrán ser el germen para que aumente la corrupción.

b) El traslado de gestión

Durante los últimos años se han implementado algunas iniciativas pedagógicas que, de alguna manera, han buscado alejar al Estado de la gestión y administración de ciertos centros educativos públicos. La más notoria de estas iniciativas es la de la Asociación Fe y Alegría, institución especializada en la administración de centros educativos, que ha suscrito con el Ministerio de Educación convenios que le aseguran la suficiente autonomía de gestión de diversas escuelas públicas en ciudades como Lima, Cusco, Loreto y Piura.

Esta experiencia de Fe y Alegría basa su trabajo curricular en tres ejes fundamentales: (i) realismo en cuanto al logro de resultados mínimos centrados en

¹⁶ FRIEDMAN, Milton. “Libertad de Elegir”. pp. 221-264.

¹⁷ ROTHBARD, Murray. Op.cit., p. 135.

¹⁸ Resulta ciertamente complejo prever bajo qué parámetros el Estado, con la escasa información que maneja y en una sociedad tan plural como la nuestra, podría determinar con mediana certeza qué constituye una buena educación. Lo paradójico es que el sistema de educación pública generalizada que hoy en día tenemos presupone que este Estado desinformado, sin dinero y con muy pobres incentivos, pueda precisar en qué consiste la buena educación, con la finalidad de implementarla.

la lecto escritura y las matemáticas; (ii) fuerte relación con la agricultura, lo que incluye contenidos sobre biohuertos que atraviesan todas las asignaturas; y, (iii) formación en valores relacionados con la solidaridad, la autoestima, el civismo y la contribución al desarrollo de la comunidad¹⁹. Lo que se ha hecho, en otras palabras, es adaptar el curriculum de la escuela a las características del medio y, en cierta medida, a las necesidades e intereses de los alumnos.

Si bien la de Fe y Alegría es una experiencia medianamente exitosa, aun se trata de un esquema que presenta varios de los problemas mencionados. Es una educación que continúa apelando al financiamiento de todos los miembros de la sociedad (incluso de los más pobres), que restringe –aunque en menor medida- la capacidad de elección de los padres de familia y que perpetúa la coerción sobre los alumnos que no poseen el interés ni las aptitudes para serlo. El gran mérito de esta propuesta, en todo caso, consiste en haberse percatado de que la

solución pasa por retirar al Estado del proceso educativo.

7. CONCLUSIÓN

No creemos que haya sido necesaria la lectura de este artículo para que usted haya alcanzado la plena certeza de que el sistema educativo público peruano es un desastre. De hecho, ya contábamos con eso. Y es que, en el caso de la educación pública, la realidad es tan evidente que ni siquiera el más desinformado puede evitarla.

Lo que sí esperamos que haya sido producto de la lectura de este artículo es su convencimiento de que la mejor solución al problema pasa por retirar absolutamente al Estado de la provisión de la educación. Sin embargo, si usted siente repudio por estas ideas, pero a la vez comparte nuestro diagnóstico sobre el patético estado de la educación pública, no se quede cruzado de brazos. Allá afuera hay muchos niños esperando que cumpla lo que predica.

Andrés Bayly y Gerardo Solís

¹⁹ DÍAZ, Hugo y TRAHTEMBERG, León. Op.cit. pp. 19-20.

INSTITUTO PROMOTOR DE LA CULTURA DE PAZ

CENTRO DE CONCILIACIÓN

PROMPAZ

Jr. Lampa N° 1115 Of. 208 Teléfono: 428 1834 - 9 847 0615
prompaz03@terra.mail.com.pe

EL PROCESO Y EL PROGRESO DE LAS CIENCIAS ECONÓMICAS*

George J. Stigler **

George Stigler es uno de los más reconocidos economistas de nuestro tiempo. Tuvo la gran facilidad de desarrollar su pensamiento económico a lo largo de casi todo el siglo XX. La experiencia intelectual y científica adquirida en esa etapa y los estudios e investigaciones que realizara de teorías económicas formuladas en siglos pasados le permitieron determinar los factores de desarrollo de la economía.

En el presente trabajo manifiesta las razones que considera trascendentes para las transiciones de las teorías económicas y su aplicabilidad en los distintos aspectos en los cuales la economía juega un rol importante.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Journal of Political Economy No. 91-4. pp. 529-545 bajo el título "The process and progress of economics". La traducción fue realizada por Federico de Cárdenas Romero, miembro de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Alfonso Montoya Stahl, LL.M. Yale Law School. Agradecemos al economista Mario Valencia Vargas por las aclaraciones y notas de traductor efectuadas al presente artículo.

** Graduado del School of Business, Universidad de Chicago. Premio Nobel de Economía en 1982.

En mi trabajo sobre la economía de la información, el cual inicié hace veintitantos años, partí con un ejemplo: ¿cómo hace uno para encontrar al vendedor de automóviles que está ofreciendo un modelo determinado al menor precio? En la medida en que uno compra automóviles con más frecuencia, ¿vale la pena buscar más e invertir en la búsqueda de un gran número de potenciales vendedores? El estudio de la búsqueda de contrapartes en transacciones, de precios y de calidades se ha profundizado y ampliado gracias al trabajo de decenas de hábiles teóricos económicos.

Propongo en esta ocasión reflexionar sobre la misma clase de preguntas, pero aplicándolas a un mercado completamente distinto: el mercado de las nuevas ideas en la ciencia económica. La mayoría de los economistas que entran a este mercado de nuevas ideas, déjenme enfatizarlo, lo hacen con el fin de obtener ideas y métodos para las diversas aplicaciones que realizan de la ciencia económica y así resolver los millares de problemas que los ocupan: estos economistas no son los abastecedores de nuevas ideas sino, más bien, quienes las demandan. Su problema es comparable al del comprador del automóvil: encontrar un automóvil confiable. Sin duda, ellos, usualmente, terminan comprando una idea ya utilizada y, por lo tanto, ya probada.

Estos economistas que buscan ingresar a la investigación de nuevas ideas de esta ciencia, para refutar, confirmar, desarrollar o desplazar las existentes, son en un sentido tanto compradores como vendedores de nuevas ideas. Ellos buscan desarrollar nuevas ideas y persuadir a la ciencia para que las acepte, pero al mismo tiempo están siguiendo pistas, promesas y haciendo exploraciones de las ideas actuales y anteriores de la ciencia económica. Es muy costoso ingresar a este mercado: toma mucho tiempo y esfuerzo mental explorar una nueva idea lo suficiente para descubrir si es prometedora o no lo es. La historia de la ciencia económica, y presumo que la de toda ciencia, ha estado sembrada de errores costosos: de ideas, por así decirlo, que no pudieron llegar lejos ni llevar muchos pasajeros. ¿Cómo se han enfrentado los economistas a este problema? Ese es mi tema.

Comienzo distinguiendo la etapa precientífica de una disciplina de su etapa científica. Una ciencia es un cuerpo integrado de conocimientos, y se desarrolla y avanza gracias a un grupo de practicantes que interactúan, a los que llamamos científicos. La comprobación y expansión de ese cuerpo de conocimiento es la meta intelectual de los científicos, aunque por supuesto la persecución de esa meta a su vez sirve para obtener prestigio, reputación, ingresos y

cualquier otro fin personal buscado por los científicos. Estas son sólo definiciones, pero espero que no sean forzadas o artificiosas.

La etapa precientífica se caracteriza en parte por el carácter parcial del cuerpo de conocimiento, pero esto es relativo, ya que ninguna ciencia llega a ser una ciencia completa. Esta etapa precientífica se caracteriza también por la ausencia de un grupo de practicantes que interactúan y dedican una gran parte de sus vidas a la acumulación de conocimiento, y por esto se caracteriza también por la ausencia de un progreso acumulativo.

1. ECONOMÍA PRECIENTÍFICA: MERCANTILISMO

Nos resultará útil detenernos un momento en ese vasto campo llamado mercantilismo. La literatura sobre el tema se extiende a lo largo de varios siglos por sobre toda Inglaterra y Europa Occidental. Esta bibliografía comprende cientos de panfletos y libros, e incluye participantes de la talla de John Locke y William Petty. Debo confesar desde ya que tengo poco conocimiento directo de esa bibliografía, pues he concentrado mi trabajo histórico en el período siguiente. Sin embargo, hay tres estudios centrales sobre el mercantilismo que proponen un consenso sobre las características que deseo discutir. Los estudios son el libro de Edgar Furniss, "The Position of the Laborer in a System of Nationalism", el famoso ensayo de Jacob Viner, "English Theories of Foreign Trade Before Adam Smith", y el magistral tratado de Eli Heckscher, "Mercantilism".

Una primera característica de estos tres panoramas del mercantilismo es que casi excluyen completamente la dimensión temporal. Furniss sustenta un enunciado a través de referencias a dos tratados escritos con una distancia de más de un siglo entre ellos. Con la que fue la primera doctrina del mercantilismo—es decir, que era de vital importancia tener un exceso de las exportaciones sobre las importaciones—Viner¹ inicia una secuencia de citas ilustrativas con Richard Leicester, quien escribió en 1381 (¡Por cierto si uno pudiera servirse de la ciencia económica sería fácil continuar esta secuencia de alabanzas del balance de exportación favorable durante seis siglos completos hasta 1981 y probablemente durante seis siglos más hasta el año 2581!). Heckscher también rara vez encuentra necesario notar la diferencia temporal entre dos escritores.

Una segunda característica es que la mayoría de los mercantilistas proponen sus respectivas ideas sin ningún intento de utilizar o mejorar el trabajo de otros

mercantilistas. Hubo, por supuesto, controversias agudas, pero no un patrón regular de secuencias de críticas y respuestas. Estos escritos, puede uno notar, fueron, casi siempre, resúmenes o informes hechos para intereses específicos.

La tercera característica es casi un corolario de las otras dos: no hay una evolución acumulativa de las doctrinas que se proponen. Citando a Viner: "En muchos aspectos, por cierto, a medida que el argumento mercantilista se hace más elaborado y complejo, se vuelve más cuestionable desde el punto de vista de la doctrina moderna, y, con la única excepción de la referencia a las doctrinas que privilegian el valor metálico o de la moneda, se puede presentar un argumento poderoso en defensa de la tesis de que la gran masa de los ensayos sobre comercio durante la primera mitad del siglo XVIII mostraban una adhesión más confusa y extrema a las falacias del mercantilismo que los ensayos del siglo XVI y el principio del siglo XVII. (...) En lo que respecta a la teoría del comercio, el progreso obtenido se debió casi exclusivamente a un grupo reducido de escritores muy capaces, que pudieron analizar problemas económicos de una manera más precisa y lógica que sus predecesores, pero no pudieron persuadir a sus contemporáneos y ni siquiera lograron atraer su atención"².

El proceso de análisis simplemente no fue acumulativo: había poca diferencia entre estudiar el comercio exterior si uno había nacido en 1680 en vez de 1580. Ahora estoy listo para venir al rescate de un economista que no necesita ser rescatado: Adam Smith. Un número considerable de economistas, y unos pocos economistas considerables, han subrayado el hecho de que Smith tuvo muchos predecesores talentosos y casi todas o tal vez absolutamente todas sus ideas se encuentran ya expresadas, y a veces muy bien expresadas, por estos predecesores. Algunos economistas, por lo tanto, desean darle el título de fundador de la ciencia económica a escritores anteriores como, por ejemplo, a Cantillon. Esta línea de argumentación, en mi opinión, no resalta lo fundamental.

Fue Smith el que proporcionó una descripción tan amplia y solvente de la doctrina económica conocida que, desde entonces, no fue posible a ningún escritor posterior presentar sus propias ideas ignorando el estado del conocimiento general. Una ciencia consiste en un conjunto de practicantes que interactúan y, a partir de entonces, nadie pudo honestamente ignorar el trabajo

de Adam Smith y, en su momento, tampoco el trabajo de Malthus, Ricardo y la pléyade de economistas que poblaron la primera mitad del siglo XIX.

El cambio ocurrió de manera muy rápida. El propio Smith no interactuó con otros economistas después de 1776 y, por cierto, incluso en su tratado fríamente ignora a su principal rival, Sir James Steuart. En contraposición, cinco años después de la primera edición del "Essay on population" en 1798, Malthus hacía concesiones fundamentales en respuesta a Godwin y otros críticos. La era de la ciencia económica había comenzado.

La magnitud de la transformación de la ciencia económica se puede ilustrar con un episodio de principios de este siglo. A.C. Pigou, quien tenía la cátedra de economía que su predecesor, Alfred Marshall, había convertido en la más prestigiosa en el mundo, cometió un error al sostener la teoría de las deseconomías externas³. Afirmó que cuando una empresa se proponía ingresar a una industria competitiva que estaba sujeta a precios crecientes en la oferta de sus insumos, ésta tomaría una decisión socialmente ineficiente porque ignoraría el efecto que su ingreso a la industria produciría al aumentar los precios que otras empresas tendrían que pagar por sus insumos. El error es la confusión de pagos de transferencias con costos sociales. Este error apareció en su famoso tratado, "Wealth and Welfare" en 1912.

Salvando las distracciones creadas por la Primera Guerra Mundial, grandes economistas pronto se dedicaron a este problema. Las dos refutaciones más importantes, de Dennis Robertson y Frank Knight, llegaron en 1924³, pero el argumento central ya había sido desarrollado antes por J. M. Clark y Allyn A. Young⁴. Bajo estos ataques incluso el mismo Pigou, el más inalcanzable de los académicos, terminó por capitular. Había ya comenzado la era en la que sólo los errores detectados a economistas sin importancia se salvaban de una pronta refutación.

2. CIENCIA ECONÓMICA: EL PUNTO DE VISTA DEL ENTORNO

La posición política y la teoría económica del lineamiento mercantilista fueron los factores determinantes de los temas que la literatura mercantilista abordó. De hecho, la era precientífica de cualquier disciplina está dominada por las

² Ibidem.

³ Nota de Traductor: Una Deseconomía Externa es un evento o conjunto de eventos que impone un daño apreciable a una persona o personas, quienes no tomaron parte en la decisión que llevó directa o indirectamente al evento en cuestión. Este concepto, así como el de Economía Externa, fue introducido por Pigou.

³ ROBERTSON, D. H. "Those Empty Boxes". En: Economic Journal, 1924; KNIGHT, F. H. "Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost". En: Quarterly Journal of Economics, 1924. Ambos reimpresos en IRWIN, "Readings in the Price Theory". En: American Economic Association, 1952.

⁴ CLARK, J. M. Crítica de "Wealth and Welfare". En: American Economic Review, III, p. 624. 1913; y YOUNG, A. A. Crítica de "Wealth and Welfare". En: Quarterly Journal of Economics, XXVII, pp. 682-684. 1913.

preocupaciones prácticas de la sociedad en la cual se desarrolla. El paso siguiente es fácil ya que nos lleva a la conclusión de que los principales problemas de una disciplina, incluso después de haberse convertido en una ciencia organizada, están planteados directamente por los problemas centrales y las políticas de la sociedad en la cual se desarrollan.

Wesley Clair Mitchell llegó al punto de intentar presentar una historia sistemática del pensamiento económico en términos de las respuestas de cada generación a su entorno: “Uno de los resultados de cualquier indagación sobre el desarrollo de las doctrinas económicas es mostrar que, en gran medida, los cambios importantes en la teoría económica han sido respuestas intelectuales a variaciones en los problemas vigentes; es decir, que los teóricos económicos que han sido más influyentes en el desarrollo del pensamiento han sido hombres que estaban profundamente comprometidos con los problemas que preocupaban a sus contemporáneos”.

Como ejemplos señala: “El problema de la población presentado por Malthus era tan evidentemente una reflexión intelectual sobre problemas contemporáneos como el pensamiento de Adam Smith sobre el sistema obvio y simple de la libertad natural. La descripción de la trayectoria de la política inglesa en el Parlamento muestra que Ricardo se planteó el problema (de cómo determinar el modo en que se dividía la producción del país) –la apreciación de su importancia- no en el estudio sino, más bien, a partir del seguimiento de los eventos cotidianos. Debe notarse también que Ricardo obtuvo su peculiar concepción de la naturaleza del problema de la distribución directamente de la pugna parlamentaria”⁵.

Sin embargo, cuando llegó Mitchell a la década de 1870 y al ascenso de la teoría de la utilidad marginal⁶, abandonó su tentativa de encontrar los cambios contextuales a los que respondía la teoría económica. Él atribuyó este cambio metodológico no tanto al fracaso de sus propias hipótesis sino a la dificultad en lograr comprender y distanciarse de trabajos más recientes⁶.

La tarea central de una ciencia empírica como la economía es proporcionar una comprensión general de eventos en el mundo real y, en última instancia, todas sus teorías y técnicas deben servir a este propósito. Esto, sin embargo, no es lo mismo que decir que debe responder a las condiciones y problemas contemporáneos de la sociedad en que se sitúa.

Si los problemas de la vida económica cambiaran frecuente y radicalmente, y no existiera en gran medida

una continuidad en su naturaleza esencial, no podría existir una ciencia de la economía. Un elemento esencial de una ciencia es el crecimiento acumulativo del saber, y ese carácter acumulativo no podría darse si cada generación de economistas se enfrentara a problemas fundamentalmente nuevos que requirieran métodos completamente nuevos de análisis. El cambio de problemas y métodos debilitaría el entrenamiento y la formación de los economistas: cuando los jóvenes estudiaran bajo la dirección de sus mayores, sabrían con toda certeza que su aprendizaje es un aprendizaje de cosas que están volviéndose rápidamente obsoletas. Una ciencia, para existir, requiere un conjunto de problemas fundamentales y duraderos.

En la ciencia económica el más importante de estos problemas fundamentales es la teoría del costo. La teoría del costo debe explicar cómo los costos comparativos de distintos bienes y servicios se establecen. Hasta que ese problema se resuelva, no es posible analizar para propósitos científicos qué se producirá y en qué cantidades, cómo se emplearán los recursos para producir un conjunto de resultados, y cómo serán valorados los recursos. Sin una teoría del costo, el economista no puede tener una teoría sobre comercio internacional ni tampoco una teoría sobre la moneda. Este problema central del costo no cambia su contenido esencial si uno se propone explicar los costos en sociedades urbanas o rurales, o en sociedades agrícolas o industriales. De hecho, si el problema del costo fuera tan camaleónico como para alterar su naturaleza cada vez que el sistema político o económico cambia, cada época en la vida económica requeriría su propia teoría, y las épocas cortas tendrían teorías efímeras.

Si bien es cierto que una ciencia empírica necesita para subsistir un conjunto de fenómenos fundamentales y persistentes, es también obvio que éstos no son los únicos tipos de fenómenos con los cuales debe lidiar. Se verá continuamente confrontada con nuevas circunstancias que requerirán más que una aplicación rutinaria del conocimiento ya adquirido. Así, por ejemplo, la crisis de energía de los años setenta dio mucho trabajo a los economistas; sin embargo, no ha causado cambios importantes en la ciencia económica.

Una ciencia empírica tiene un segundo, y mucho más importante, interés y responsabilidad hacia los problemas contemporáneos: la teoría adquirida, a veces, será del todo incapaz para enfrentarse con estos problemas. Cuando Inglaterra comenzó el largo período de importación de cereales en la época de las

⁵ KELLY, Augustus. “Types of Economic Theory”, Nueva York. pp. 1, 13, 235, 286. 1967.

⁶ Nota de Traductor: La teoría de la utilidad marginal nos remite a la idea sobre cómo varía la utilidad de un consumidor cuando obtiene una cantidad algo mayor de uno de los bienes que forman parte de su canasta de consumo.

⁶ Ibid, II, p. 2

guerras napoleónicas, y llevó al límite su capacidad de producción doméstica, los economistas introdujeron la ley de rendimientos decrecientes¹¹ al tratar el precio de los cereales. Sería difícil negar la importancia del contexto en la aparición de esta ley. Esto en cuanto al origen de esa teoría, pero para entender el famoso análisis de Edgeworth de esta ley, análisis realizado en 1911, de nada sirve mirar en el contexto económico. El importante lugar que la ley de los rendimientos decrecientes ha obtenido se debe, precisamente, al hecho de que la utilidad de este concepto no se limita al análisis que hizo Ricardo de la agricultura en Gran Bretaña.

La capacidad de respuesta de la economía a los problemas del contexto será más completa y más rápida en la medida en que los problemas contemporáneos sean más urgentes. Asimismo, la respuesta será más completa mientras el cuerpo relevante de análisis económico esté menos desarrollado. La capacidad de respuesta de la macroeconomía a los eventos contemporáneos es notoria. El gran logro de Keynes en la década de los treinta se debió a que la teoría neoclásica no podía explicar el desempleo persistente de esa década. Una generación más tarde, la inflación persistente, en circunstancias en que incluso no había pleno empleo, fue también decisiva para acabar con la supremacía de Keynes. Cuando llegue el momento en que la macroeconomía produzca una buena teoría del ciclo empresarial, su capacidad de respuesta a los cambios en el contexto disminuirá abruptamente.

Una ciencia viable y saludable requiere tanto de teorías persistentes y casi atemporales que naturalmente ignoran las condiciones fluctuantes de su sociedad como de las teorías inestables aunque encuentran gran dificultad en explicar problemas contemporáneos. Sin la base de una teoría persistente, no habría cuerpo de conocimiento que evolucione lentamente para constituir la ciencia. Sin los desafíos de los problemas importantes y no resueltos, la ciencia sería estéril.

Una observación final: no hay una relación simple o conocida entre los cambios del contexto y los cambios en el análisis económico. Durante la revolución industrial, los economistas adoptaron la ley de los rendimientos decrecientes, pero ignoraron el más amplio y difundido crecimiento de la producción que el mundo ha visto. Los vastos programas gubernamentales de redistribución del ingreso en los últimos cien años recién han atraído la atención de los teóricos económicos. Los académicos que crean teoría

económica no leen los periódicos ni frecuente ni detenidamente durante sus horas de trabajo.

3. ¿EL ACADÉMICO OMNISCIENTE?

Una vez que la ciencia está bien generalizada, ha conseguido una segura base académica, y está equipada con la maquinaria de publicaciones de intercambio intelectual, de sociedades ilustradas, y conferencias -es presentada con una corriente de propuestas para nuevas direcciones o nuevos métodos de investigación. De hecho, la ciencia misma se encarga cuidadosamente de la producción de nuevas ideas. Robert K. Merton ha mostrado en sus estudios fundamentales de la estructura compensatoria de la ciencia que un inmenso valor es agregado, como prioridad, en el desarrollo de nuevas ideas exitosas⁷.

Y aun así se proponen ideas que son ignoradas en el momento, pero luego, en fechas posteriores, son aceptadas (casi invariablemente después de un redescubrimiento independiente) como importante para la ciencia. Este fenómeno ha sido traído repetidamente a colación en los repasos de Schumpeter en su gran "History of Economic Analysis". Aquí hay algunos ejemplos de personas que, Schumpeter creía, con certeza, estar "escribiendo más allá de su época": "Los méritos de Longfield pueden ser resumidos diciendo que él sobrestimó la teoría económica en su integridad y produjo un sistema que habría sobrevivido bien en 1890. (John Stuart Mill) incluso llegó tan lejos como comparar el planteamiento de John Rae sobre la acumulación con el planteamiento de Malthus sobre la población. ¡Y todo esto, escrito en lo que se convertiría en el libro de texto más influyente en economía por cuarenta años, fue insuficiente para introducir a Rae a la profesión o para despertar la curiosidad concerniente al resto de su libro!"⁸.

Por supuesto Schumpeter, para el que ningún economista era más sofisticado, dio algunas sensibles razones para justificar estos actos de omisión de la genialidad, pero dejó de dar la razón más importante de todas.

En cada período de la constante búsqueda de una ciencia, son continuamente propuestas nuevas ideas. Cualquier nueva idea -una nueva conceptualización de un problema existente, una nueva metodología, o la investigación de una nueva área- no puede ser totalmente dominada, desarrollada en un estado de hipótesis tentativamente aceptable, y posiblemente expuesta a algunos exámenes empíricos, sin una gran inversión de tiempo, inteligencia,

¹¹ Nota de Traductor: La Ley de Rendimientos de Escala Decrecientes nos dice que si un productor duplica la cantidad de factores en el proceso de producción, el productor obtiene un volumen de producción menor al doble. Esto es pues un buen indicador de un error en el proceso productivo, pues siempre cabe la posibilidad de replicar exactamente lo hecho normalmente. Usualmente son un fenómeno a corto plazo, en el que hay algún factor que se mantiene fijo.

⁷ MERTON, Robert. "The sociology of Science". En: University of Chicago Press, esp. Ch. 14. 1973

⁸ SCHUMPETER. "History of economic Analysis". En: Oxford University Press, Nueva York. pp. 465, 496. 1954.

y recursos de investigación. Ese es el hecho número uno. El hecho número dos es que una abrumadora mayoría de estas nuevas ideas probarán ser improductivas, de hecho, es muy probable que se compruebe que todas las nuevas ideas de un determinado período de años sean improductivas. Sólo después, con todo el conocimiento que la historia provee, podremos identificar las ideas realmente fértiles de un período.

Algunos hombres poseen grandes instintos para reconocer qué nuevas ideas del momento justificarán una exploración intensiva, pero nadie es infalible. Aun los grandes economistas persiguen algunos problemas que los conducen a nada. En los últimos meses de su vida, Ricardo aún intentaba obtener la medida precisa del valor, sin avanzar una pulgada. John Stuart Mill y León Walras dedicaron mucha energía a la propagación de una propuesta sobre la nacionalización de futuros incrementos imprevistos en el valor de la tierra, no fue la primera o la última vez que alguien propuso nacionalizar una suma con un valor esperado no mayor que cero. Jevons no pudo ir más allá de la idea de que los ciclos solares dejan sus huellas en los ciclos comerciales. El gran Pareto se desvió de su camino tratando de resolver el problema del orden en que las personas consumen varios productos, sin llegar a entender que eso estaba relacionado al rubro de la integración de una ecuación diferencial parcial^{IV}.

No sólo los grandes economistas, sino todos los economistas que persiguen algo, investigan *will-o-the-wisps*, por períodos, problemas que no les son útiles y que luego son penosos de evaluar contemplándolos en forma retrospectiva. En la década de los treinta, el área mayormente conocida como la de organización industrial y la de hechos basados en los estudios microeconómicos ofrecieron las siguientes grandes hipótesis de investigación:

1. La propiedad y el control efectivo de las grandes compañías han sido separados.
2. El fenómeno de la diferenciación de los productos pide cambios fundamentales en la teoría de la firma y la industria (la teoría de competencia monopolística^V).
3. Los precios no responden en forma descendente a los cambios en el abastecimiento y la demanda, quizá porque una expectativa particular con respecto a los hábitos de la competencia crea un pliegue en la curva de la demanda de la firma.

4. El economista es capaz de construir criterios del satisfactorio o a veces insatisfactorio desempeño de una industria donde la satisfacción del economista debería ser compartida por la sociedad (la teoría de la competencia practicable).

Éstas no fueron las únicas nuevas propuestas de investigación: la producción anual de nuevas teorías sobre el oligopolio fue complementada por otras búsquedas de la verdad a través del sustento y ganancias de los empresarios líderes.

Cada una de estas cuatro propuestas de investigación que he enumerado recibieron una gran cantidad de atención: ninguna ha perdido su atractivo coyuntural, por lo menos para algunos muy competentes economistas, por un período de cinco o diez años, y ciertamente ninguna se puede considerar cadáver hoy en día. Pero también es verdad que ninguna de ellas ha sido absorbida en la corriente principal de la teoría del precio como una parte regular y significativa del análisis del funcionamiento de los mercados e industrias. Es muy posible que uno pueda encontrar que Schumpeter siguió varios de estos desvíos por lo menos a una corta distancia. Por supuesto algunas importantes nuevas ideas (como aquella de Hotelling sobre los recursos agotables y de Ramsey sobre la valoración óptima) fueron abandonadas. Equivocarse no solamente es humano sino también científico.

4. LA CONTINUIDAD DEL CAMBIO CIENTÍFICO

"La naturaleza no se mueve dando saltos", dice el proverbio, y también una ciencia progresa a través del tiempo sin dar grandes saltos. Esta continuidad es frecuentemente ilustrada por dos tipos de evidencia.

Una evidencia de la continuidad científica, que ha sido sostenida por Robert Merton, es la existencia de descubrimientos independientes múltiples y casi simultáneos de una teoría por varios científicos. Los ejemplos populares en la ciencia económica son el descubrimiento de la teoría de la renta de Edward West y Thomas Robert Malthus en 1815, y la publicación de la teoría de la utilidad a comienzos de 1870 por Jevons, Menger y Walras. En cada caso, la nueva idea fue presumiblemente apropiada para el desarrollo de la ciencia económica en ese momento: la teoría de la renta permitió la construcción de una teoría de la distribución del ingreso; y la teoría de la

^{IV} Nota de Traductor: Una ecuación diferencial parcial es aquella ecuación en donde existe una función a calcular, la cual depende de otras variables relacionadas (por ejemplo, la función consumo puede depender de otras variables como consumo actual y consumo futuro) y de sus respectivas derivadas. Al ser calculada esta función, se encuentran los valores de estas otras variables intrínsecas.

^V Nota de Traductor: La competencia monopolística nos remite a una estructura industrial en donde existe una diferenciación del producto, por lo que cada empresa tiene un cierto poder de monopolio sobre el tipo de bien que produce. Sin embargo, también existe una libre entrada, por lo que los beneficios se reducen a cero. En este tipo de estructura, el grado de diferenciación del producto puede ser excesivo o demasiado bajo.

utilidad condujo naturalmente a la teoría de la productividad marginal^{VI} y a la generalización de la teoría sobre una conducta que maximizara las utilidades⁹.

Esta continuidad también se utiliza para explicar el no tan extraño fenómeno del fracaso de un hombre de genio para conseguir la aceptación de sus ideas por sus contemporáneos, aun si luego las generaciones posteriores aplaudan su desempeño. Augustin Cournot, por ejemplo, fue un erudito importante en uno de los centros intelectuales de Europa, pero no pudo persuadir a los economistas en 1838 que la teoría matemática de la máxima y la mínima fuera una herramienta útil para el análisis económico.

Yo encontraría más persuasivo establecer la continuidad del desarrollo científico mediante un examen detallado de la evolución de los conceptos importantes en la ciencia económica, pero esa ruta no parece apropiada en esta ocasión¹⁰. Candor me hace notar que la ruta de un estudio histórico muy meticuloso no sería fácil de seguir porque requeriría respuestas definitivas a las preguntas: ¿qué es un gran cambio en una ciencia? y ¿qué es un cambio rápido en una ciencia?

Gary Becker ha sugerido que una resistencia sustancial en aceptar las nuevas ideas formuladas por científicos puede ser explicada por dos familiares conceptos económicos. Uno es el concepto de un capital humano específico: el académico establecido posee una ventaja sobre el capital valorizable en su control sobre un particular cuerpo de conocimiento. Ese capital sería reducido si su conocimiento se volviera obsoleto por la aceptación general de una nueva teoría. Entonces, académicos establecidos deberían, en su propio interés, atacar a las nuevas teorías, posiblemente aún más de lo que lo harían en ausencia de una acción conjunta. El segundo concepto es la aversión al riesgo, lo que lleva a los académicos jóvenes a preferir dominar las teorías establecidas en vez de buscar teorías radicalmente diferentes. Innovadores científicos, como los aventureros en general, probablemente no le tengan aversión al riesgo, pero para la masa de académicos en una disciplina, la aversión al riesgo es una sólida base para el conservadurismo científico. Encontraremos la teoría del capital humano ilustrada en episodios sobre los que pronto volveré.

Nadie puede describir las precisas características o el contenido de una nueva pieza del trabajo científico

que encontrará una ya preparada y entusiasta recepción por parte de los científicos de un período. De hecho, si se tuviera el conocimiento suficiente para identificar las teorías que tendrán éxito, entonces sería de gran valor encontrar y desarrollar esas teorías y esa sería la llave para la fama científica. ¡Para los científicos ese tipo de conocimiento sería incluso más valioso que un método preciso de predecir la bolsa de valores! Aún sin una invaluable llave como esa para el entendimiento de la innovación científica, es interesante examinar varias rutas a través de las cuales una idea científica va haciéndose un camino en el trabajo de los economistas. Voy a ilustrar dos de esas rutas mediante temas en los que he trabajado.

4.1 Aceptación sin lucha: la ciencia económica de la información

Los economistas siempre han sabido que el alcance y la exactitud del conocimiento del agente económico tenía una influencia, y muchas veces decisiva, en su comportamiento y, por lo tanto, en el comportamiento de los mercados.

Un ejemplo llamativo de este rol crítico de la información nos es dado por la teoría del oligopolio. La primera formulación del problema del oligopolio como un problema específico de la teoría económica fue planteada por Cournot, cuyo prolongado fracaso para ser aceptado ya fue mencionado. Era esencial, para explicar cómo dos competidores en el mercado se comportarían, atribuir a cada uno alguna creencia sobre el patrón de comportamiento del otro. Cournot planteó que cada uno de ellos asumía que el competidor no hacía nada en respuesta a sus propias acciones. Todas las teorías posteriores del oligopolio descansan sobre diferentes suposiciones concernientes a patrones de conducta que cada vendedor atribuye a sus competidores. Una docena de otras áreas de análisis económico, como aquellas que tienen que ver con los trabajos del mercado laboral y el rol de la publicidad, también descansaban cómodamente en suposiciones sobre la información de los agentes económicos. En esta tradición, la cantidad de información poseída por los individuos en cualquier mercado fue arbitrariamente propuesta en vez de estar derivada de los principios económicos. El consenso era que los consumidores sabían poco, los participantes en mercados organizados bastante; los inversionistas o eran muy inocentes o eran

^{VI} Nota de Traductor: La idea de la Productividad Marginal es similar a la de Utilidad Marginal, utilizada para medir el aumento en la producción que se consigue añadiendo una unidad más de un factor de producción.

⁹ He presentado en otro lugar una interpretación alternativa de la teoría de Merton sobre los descubrimientos múltiples que enfatizó, aún más de lo que él hace, lo esencial que es para la ciencia estar "lista" para una nueva idea: ver STIGLER, George. "Merton on Multiples, Denied and Affirmed". En: Transaction Of the New York Academy of Sciences, 1980. Reimpreso como "The Economist as Preacher". En: University of Chicago Press, 1982.

¹⁰ Para el estudio de un caso fascinante en otra disciplina: FISHER, Nicholas: "Avogadro and the Historians". En: History of Science, Junio y Septiembre, 1982.

omniscientes. Incluso el poderoso e iluminador ensayo de Friedrich von Hayek en "The Use of Knowledge in Society"¹¹, no había consignado los principios de la adquisición del conocimiento.

Yo propuse (en 1961) el uso de la teoría económica estándar sobre la conducta de la maximización de la utilidad para determinar cuánta información la gente podría adquirir con una atención especial a los precios a los que comprarían y venderían, y un año después hice una aplicación sobre el análisis de los mercados de trabajo. Existe un rasgo interesante en la subsiguiente historia de la acogida de este trabajo por los economistas, sobre el cual quiero llamar la atención.

La propuesta de estudiar la economía de la información fue muy rápida y ampliamente aceptada, e incluso sin un mínimo respetable de controversia. En una década y media, la literatura se había hecho tan numerosa y los teóricos trabajando en ese campo tan prominentes, que al tema se le dio una clasificación separada en el "Índice de los Artículos Económicos", y más de un centenar de artículos al año son ahora dedicados a este tema.

La ausencia de una controversia ciertamente no se debió a lo definitivo de mi exposición. Yo había escogido ejemplos bien determinados en vez de hacer un análisis secuencial, que es lo que la mayoría de recientes economistas prefieren. No presenté una solución de equilibrio general en la cual la conducta de ambos lados de un mercado fuera analizada, y ese paso resultó bastante difícil de tomar. He hecho muy poco con la información sobre la calidad y otras variables, sin embargo, rápidamente amplí la aproximación a una clase diferente de información en la teoría del oligopolio. No apliqué la teoría al problema del desempleo, una literatura iniciada por un importante escrito de Armen Alchian¹². Todo lo que hice fue abrir una puerta a un cuarto que contenía muchos problemas fascinantes e importantes.

La ausencia de controversia se debió más bien al hecho de que ninguna teoría científica establecida había sido desafiada por este trabajo: de hecho, todo lo que yo estaba desafiando era la omisión de un tema muy prometedor. Además, la economía de la información era susceptible de estudiarse por técnicas de análisis económico bastante estandarizadas. La teoría inmediatamente cosechó resultados que eran plausibles de manera intuitiva u ostensible. ¡Teníamos aquí una teoría hecha en Chicago que ni siquiera molestaba a los socialistas!

4.2 Aceptación por necesidad: la economía de la regulación

El trabajo sobre la economía de la regulación ha ingresado en la economía por una ruta diferente.

La era moderna del interés de los economistas por las labores económicas de un Estado puede ser fechada por el influyente trabajo de Anthony Downs, "An Economic Theory of Democracy" (1957), y también el trabajo de James Buchanan y Gordon Tullock, "The Calculus of Consent" (1962). Si bien he leído algunos de estos trabajos con gran interés y admiración, mi propio trabajo sobre regulación, al principio, siguió una ruta diferente, digamos más empírica.

Un examen de la literatura económica no ha revelado intentos profesionales serios para medir el impacto de la regulación pública en áreas con antiguas problemáticas: La regulación de las proporciones de las utilidades eléctricas; la revisión de nuevos tópicos por la Securities and Exchange Commission; y la política antimonopolio de los Estados Unidos. Las investigaciones de estos problemas, fuertemente reforzadas por trabajos afines de colegas y estudiantes, gradualmente me forzaron a confrontar una pregunta que debió haber sido obvia inmediatamente: ¿por qué es que el Estado se mete en actividades reguladoras?

La respuesta (por lo menos para un economista) parecía apoyarse mucho menos en los teoremas de la economía del bienestar o en las prescripciones de la ciencia política tradicional, que en el examen sistemático de los propios intereses de los diferentes participantes en la vida política. Estos participantes, para estar seguros, operaban bajo diferentes reglas y condiciones que los comerciantes en los mercados, pero eso no entraba en conflicto con utilizar esa herramienta poderosa de análisis económico, la teoría del comportamiento maximizador de utilidades. Una vez que el economista puede identificar los costos y devoluciones de varias acciones, esta teoría le permite hacer predicciones sobre el comportamiento que han sido razonablemente exitosas.

Esta aproximación demostró ser muy poco compatible para muchos economistas. Mi profesor, Frank Knight, a menudo expresaba la creencia -que muchos economistas aún comparten- de que los actores (y especialmente los votantes) en la vida política son ignorantes, emotivos y usualmente irracionales. En un famoso discurso, no publicado, terminó una parábola con las siguientes palabras: "La verdad en la sociedad es como la estricnina en el cuerpo, medicinal bajo

¹¹ En: American Economic Review, Setiembre, 1945.

¹² ALCHIAN, Armen. "Employment and Inflation Theory". En: Information Costs, Pricing, and Resource Unemployment. Editado por E. S. Phelps. Norton, 1970.

ciertas condiciones y en dosis medidas; de lo contrario y por lo general, un veneno mortífero". Estos economistas creen que los votantes son miopes y olvidadizos, y que las instituciones políticas están diseñadas o pervertidas para permitir que los funcionarios públicos busquen principalmente sus propios intereses. Otro y quizá más grande grupo de economistas es crítico de la aproximación de la maximización de la utilidad, pero por la razón contraria: que parece que hubiera un ataque contra el principal instrumento que una sociedad posee para lograr la mejora social: el Estado.

Sin embargo, la teoría económica de la regulación está consiguiendo una substancial prosperidad científica. Sus descubrimientos en lo que respecta al funcionamiento y orígenes de las políticas reguladoras dirigidas a determinadas industrias (tales como los mercados de seguros, transportes y licencias ocupacionales) conllevan un apoyo substancial. Para estar seguros, los triunfos explicados no han sido tan notorios y, de hecho, la teoría misma todavía es relativamente primitiva. La principal razón para una aceptación considerable de esta aproximación es esta regla fundamental del combate científico: se necesita de una teoría para vencer a otra teoría. Ninguna acumulación de escepticismo acerca de la fertilidad de una teoría puede quedar inutilizada a menos que un escéptico indique otra ruta por la cual el problema científico de la regulación pueda ser estudiado con éxito.

Hay una interesante asimetría en el éxito de esta literatura al tratar con los dos problemas en relación a los cuales la teoría generalmente se ha dividido: ¿por qué son adoptadas o abandonadas las políticas reguladoras? y ¿cuáles son sus efectos? Los economistas han sido mucho más exitosos en medir los efectos de las políticas que en explicar por qué se adoptaron. La explicación de esto es que uno puede escoger los efectos de una política que se desea estudiar y, generalmente se escogen efectos más fáciles de medir para ser estudiados.

Uno no tiene tales opciones cuando se le hace la siguiente pregunta: ¿por qué los Estados Unidos adoptó una política *antitrust* en 1890?

Los estudios de los efectos de las políticas reguladoras generalmente han estado preocupados por las consecuencias sobre los precios y las producciones, a pesar que los efectos deseados por aquellos que apoyaban estas políticas probablemente se han dado

sobre la distribución del ingreso. El conjunto de medidas reguladoras puede ser utilizado para generar una vasta redistribución de los ingresos, y estas redistribuciones no aparecen explícitamente en el presupuesto del Estado. La frecuente exclusión de nuevos competidores de un campo, por ejemplo, conduce a una menor producción, precios más altos, y ganancias mayores para las empresas protegidas, y permite que estos beneficios se incrementen con el crecimiento del área protegida. Si estas transferencias de ingresos son tan grandes como sugiere la evidencia fragmentaria, la teoría de la regulación bien puede convertirse en una compañera de la teoría del impuesto y el gasto en el financiamiento público.

4.3 ¿La Aceptación de un Juicio por Combatir?

¿Es algo excepcional de las teorías que he estado discutiendo el que ninguna haya estado sujeta a un juicio directo por combate con otra teoría alternativa? Hablamos continuamente de la competencia entre ideas, pero: ¿cómo se produce esa competencia?

La confrontación directa de dos teorías alternativas, cada una buscando explicar el mismo cuerpo de fenómenos observables, es poco común en la economía¹³. (Quizá uno pueda encontrarla con mayor frecuencia en la macroeconomía que en la microeconomía). Dos ejemplos modernos de la microeconomía ilustrarán la propuesta de que los economistas raramente escogen entre teorías directamente rivales sobre la base de exámenes empíricos críticos: 1) La doctrina de la limitación del precio por los oligopolios aseveraba que las firmas en una industria determinarían los precios a tal nivel que desalentarían o prevendrían la entrada de otras firmas en esa misma industria. La teoría tenía una larga prehistoria bajo el nombre de competencia potencial, pero fueron Sylos-Labini, Joe Bain y Franco Modigliani los que le dieron una formulación explícita¹⁴. Esta versión dio origen a una literatura substancial, pero en ningún momento se hizo un examen empírico directo de ella como contraria a las teorías alternativas sobre el comportamiento de los oligopolios. 2) La teoría Pigoviana sobre las economías externas fue directamente desafiada por Ronald Coase, que en efecto argumentó que ella había asumido un comportamiento no-económico en relación con los actores económicos en un amplio repertorio de fenómenos¹⁵. Este desafío se encontró por un tiempo con un sin número de argumentos contrarios, pero

¹³ Solamente una vez hice una confrontación tan directa entre la teoría sobre la curva de la demanda oligopólica y otras teorías más tradicionales, no encontrando evidencia que apoye la existencia de un *kink*. La teoría ha desaparecido de los trabajos científicos, pero se le puede encontrar en todos los libros de texto. Ver "The Literature of Economics: The Case of the Kinked Oligopoly Demand Curve". En: *Economic Inquiry*. Reimpreso en *The Economist as Preacher*, 1978.

¹⁴ SYLOS-LABINI, Paolo. "Oligopoly and Technical Progress". En: Harvard University Press, 1962; BAIN, Joe S. "A Note on Pricing in Monopoly and Oligopoly". En: *American Economic Review*, 1949; MODIGLIANI, Franco. "New Developments on the Oligopoly Front". En: *Journal of Political Economy*, Junio de 1958.

¹⁵ COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: *Journal of Law and Economics*, 1961.

estos argumentos fueron dirigidos a la lógica de lo que iba a hacerse conocido como teorema de Coase. No existe, hasta ahora, una comparación explícita sobre los poderes explicativos de las aproximaciones Coasianas o Pigovianas.

¿Por qué es que la profesión no buscó examinar directamente estas teorías y, a propósito de esto, también las cuatro teorías de los años treinta que caractericé como innovaciones muy poco exitosas? Una parte de la respuesta puede residir en el hecho de que los exámenes empíricos formales de las teorías económicas han sido históricamente muy escasos, a pesar que han ido incrementando su frecuencia, pero no voy a apresurar una respuesta. En cambio, el procedimiento para examinar -el juicio por combate- toma una forma diferente.

Es raro que una teoría económica tenga un campo tan definido de aplicación. Puede haber sido creada para explicar una clase específica de eventos, como la determinación del precio, por parte de los grupos oligopólicos, cuando el ingreso de competidores en la industria es posible, citando nuestro primer ejemplo, pero siempre ha habido un campo mucho más amplio de aplicabilidad posible. La especificación de un examen crítico, el cual, si se conduce correctamente en una escala suficiente, decidirá el combate entre dos teorías alternativas, es rara vez posible sobre todos los aspectos entre las dos teorías.

Los economistas, entonces, por lo general, han escogido entre las teorías alternativas a través del proceso de utilizar cada una para explorar una variedad de problemas. ¿Cómo es que la teoría límite de la determinación de precios por parte de los oligopolios, por ejemplo, maneja el proceso de crecimiento de una industria o el fenómeno de una integración vertical? ¿Cómo es que la teoría Coasiana ilumina la estructura de la ley de los agravios o la economía de los deportes profesionales? Estas exploraciones son una manera de probar las teorías: prueban la fertilidad de las teorías (o por lo menos la fertilidad intelectual de los economistas), y las variadas aplicaciones son pruebas empíricas parciales de las teorías. Gradualmente emerge un consenso entre los economistas trabajando en el tema: La teoría se hace parte de un corpus analítico estándar o muere por abandono.

5. CONCLUSIÓN

Nuestra lista de factores que influyen la receptividad de una ciencia a nuevas ideas podría ser fácilmente ampliada.

En particular, sería muy útil examinar la pregunta respecto de si lo atractivo de las posiciones de las políticas públicas asociadas con una teoría han tenido

un efecto sobre la aceptación de la misma teoría. Los libros de texto sobre la metodología nos enseñan sobre la necesidad de separar las teorías positivas de las normativas. El estudio de la economía nos dice que muy pocas sino ninguna de las teorías han conducido inequívocamente a favorecer implicaciones políticas. Así la ciencia y las políticas deberían estar separadas. Pero ¿lo están? Creo que la separación está muy lejos de haberse completado, especialmente en el corto plazo, pero ésta no es la ocasión para ocuparnos de un estudio substancial que apoye esa creencia.

Otra vez, la organización institucional de la investigación económica es una potencial influencia sobre la receptividad de la ciencia hacia las nuevas ideas. La poderosa posición institucional de Schmoller y la Escuela Histórica Alemana sin duda jugaron un rol en el lento desarrollo de la ciencia económica en Alemania después de 1870. El rol preponderante de la Universidad de Cambridge en la ciencia económica desde Marshall hasta Keynes ciertamente no ha sido favorable a la receptividad de nuevas ideas por parte de los que se encuentran fuera del sistema. Creo que el traslado del centro de los estudios económicos a los Estados Unidos se debió también, en parte, al fracaso de los economistas ingleses en compartir el estudio empírico cuantitativo de la ciencia económica.

Aun si extendiera esta lista de determinantes potenciales para la elección científica, y documentara cada una más ampliamente de lo que he hecho, habría mantenido mi promesa de no decirles las características detalladas de las exitosas nuevas teorías en la ciencia económica. No lamento este fracaso.

La fascinación del trabajo científico no reposa en una utilización artesanal de las herramientas de la ciencia. Es admirable para el gimnasta tensar su disciplinado cuerpo en una serie de intrincadas maniobras, y, sin duda, es igualmente admirable para el científico utilizar su mente disciplinada en una secuencia de complejas maniobras experimentales o analíticas. La gran fascinación del esfuerzo científico reside precisamente en la búsqueda de nuevas ideas que ampliarán el horizonte de nuestra comprensión del mundo. Este esfuerzo no es el de un intelectual gimnasta: muy por el contrario, el científico va tropezándose en una jungla de ideas o hechos que parecen desafiar el sistema o la lógica, y generalmente fracasa en obtener algo más que arañazos. Los peligros de esta búsqueda incluyen la oportunidad de que un rival virtuoso pueda alcanzar esta meta, y el peligro no disminuye por el hecho de que la rivalidad se conduzca bajo lo que para competidores hábiles y ambiciosos son reglas de caballerosidad poco usuales. Aún así, aprender más sobre cómo funciona esta búsqueda de nuevo conocimiento, es en sí misma una búsqueda que vale la pena, y no debemos abandonarla.

EL VALOR UNIVERSAL DE LA DEMOCRACIA*

Amartya Sen **

Winston Churchill pronunció hace ya muchos años el cada vez más célebre lema de la democracia: "la democracia es la peor de las formas de gobierno, pero es la mejor que tenemos". La segunda parte de esta oración, es decir, las razones por las cuales la democracia es la mejor forma de gobierno que tenemos, son demostradas por Amartya Sen en el presente artículo. Sobre el particular, el autor manifiesta que la democracia resulta una buena cuna para el desarrollo económico, da a los ciudadanos la posibilidad de aprender el uno del otro y ayuda a la sociedad a que forme sus valores y prioridades.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Journal of Democracy de The Johns Hopkins University Press No. 10 volumen 3 bajo el título "Democracy as a Universal Value". La publicación se hace bajo expresa autorización del Journal of Democracy. La traducción fue realizada por Michel Seiner Pellny, Director de THEMIS.

** Doctor por la Universidad de Cambridge. Profesor del Trinity College de la Universidad de Cambridge. Premio Nobel de Economía en 1998 por sus contribuciones a la investigación del bienestar económico.

En el verano de 1997, un reconocido diario japonés me preguntó acerca de cuál había sido, a mi juicio, el acontecimiento más significativo del siglo XX. Encontré esta pregunta inusualmente estimulante ya que los últimos cien años han servido como escenario de incontables eventos de suma trascendencia. Los imperios europeos, especialmente el británico y el francés que tan claramente dominaron el mundo, llegaron a su fin. Fuimos testigos de dos guerras mundiales. Vimos la caída del fascismo y el nazismo. El siglo fue testigo del auge del comunismo y de su caída (como en el bloque soviético) o su transformación radical (como en China). También vimos un desplazamiento del dominio económico de Occidente hacia un nuevo equilibrio que protagonizan tanto Japón como el sur y sudeste de Asia. A pesar que esta región esté atravesando algunos problemas económicos y financieros actualmente, los efectos de estos problemas no neutralizarán el desplazamiento del equilibrio de la economía mundial obtenido a lo largo de varias décadas (en el caso de Japón, a lo largo de la mayor parte del siglo).

Sin embargo, de todos los procesos de desarrollo que sucedieron a lo largo del siglo XX, al fin y al cabo, no tuve dificultad alguna al escoger uno solo como el más influyente del período: el auge de la democracia. Esta elección no fue tomada en desmedro de la importancia de otros hechos, sino basada en la firme creencia que en un futuro lejano, cuando el ser humano estudie lo que pasó a lo largo de este siglo, no será difícil que concuerden en la primacía del apogeo de la democracia como una de las formas de gobierno preeminentes.

La idea de la democracia se originó, que duda cabe, en la Grecia antigua, hace ya más de dos milenios. Nimios esfuerzos orientados a la democratización se realizaron en otras partes del mundo también, incluso en la India¹. No obstante, es en la Grecia antigua que la idea de la democracia toma cuerpo y es practicada seriamente (aunque con ciertos límites), hasta su colapso ante otras formas de gobierno más autoritarias y asimétricas. Después de sucumbir ante el autoritarismo, no existió otra práctica de gobierno semejante.

Desde este punto, la democracia como la conocemos tomó largo tiempo para renacer. Su paulatino y finalmente victorioso ascenso como sistema funcional de gobierno fue catalizado por muchos acontecimientos, desde la firma de la Carta Magna en 1215, pasando por las Revoluciones Francesa y Americana del siglo XVIII, y llegando a la separación cultural, social y económica de Europa y América del Norte en el siglo XIX. Fue en el siglo XX, sin embargo, que la idea de la democracia se convirtió en la forma

“normal” de gobierno a la que cualquier nación tiene derecho, esté en Europa, América, Asia o África.

La idea de la democracia como forma de compromiso universal es muy reciente y es, esencialmente, un producto del siglo XX. Los rebeldes que limitaron el poder del rey de Inglaterra por medio de la Carta Magna vieron su necesidad como una netamente local. En clara discordancia, tanto los americanos en la lucha por su independencia como los franceses de la revolución, contribuyeron enormemente al entendimiento de la necesidad de la democracia como sistema general. Sin embargo, el enfoque de sus demandas prácticas se mantuvo confinado localmente a los dos lados del Atlántico Norte y fue fundado sobre la especial historia económica, política y social de la región.

A través del siglo XIX, los teóricos de la democracia discutían cómodamente si una nación u otra eran consideradas aptas para el sistema democrático. Este pensamiento finalmente cambió en el siglo XX, cuando se reconoció como errada la pregunta en sí misma: una nación no tiene que ser *declarada* apta para la democracia; por el contrario, tiene que convertirse en apta *mediante* la democracia. Este es un cambio trascendental, extendiendo el alcance potencial de la democracia a billones, a pesar de sus variadas historias, culturas y dispares niveles de afluencia.

También en este siglo fue que la gente aceptó que la “libertad para todos los adultos” tiene que referirse, precisamente, a *todos los adultos* —no sólo los hombres sino también las mujeres. Cuando en enero de este año tuve la oportunidad de conocer a Ruth Dreyfuss, distinguida mujer y Presidenta de Suiza, recordé que hace un cuarto de siglo, las mujeres suizas no podían votar. Hemos, finalmente, alcanzado el punto de reconocer que la cobertura de la universalidad, como la cualidad de la merced, no es restringida.

No niego que existen retos para la universalidad que la democracia proclama. Estos retos se manifiestan de distintas maneras y provienen de distintas direcciones. Más aun, ésta es una parte de la temática del presente ensayo. Me dispongo a examinar la proclamación de la democracia como valor universal y las disputas que envuelven esta proclamación. Antes que empiece este ejercicio, sin embargo, es necesario asir claramente el sentido en el cual la democracia se ha convertido en una creencia dominante en el mundo contemporáneo.

En cualquier época y clima social, existen creencias marcadas que parecen suscitar el respeto de una regla

¹ En “Punto Contra Punto” de Aldus Huxley, esto fue suficiente para dar una excusa adecuada a un marido infiel, quien dice a su esposa que debe ir a la biblioteca del British Museum en Londres a estudiar la democracia en la India Antigua, cuando en realidad va a visitar a su amante.

general —como ajuste en un programa de computación; son considerados correctos salvo que su asunción esté precisamente negada. Por más que la democracia no sea practicada ni aceptada universalmente, en la opinión mundial general el sistema democrático ha alcanzado ahora el *status* de ser visto como correcto. La pelota está, en gran medida, en la cancha de quienes atacan a la democracia para obtener justificación de su propio rechazo.

Este es un cambio histórico de data reciente, que se remonta a cuando quienes abogaban por la democracia de Asia o África tenían que hacerlo con sus espaldas contra la pared. Aunque todavía tenemos razón suficiente para discordar con aquellos que, implícita o explícitamente, rechazan la necesidad de la democracia, también debemos notar cómo el clima general de opinión se ha desplazado de lo que fue en siglos pasados. No tenemos que establecer, nuevamente, si tal o cual país (Sudáfrica, Camboya o Chile) es “apto para el sistema democrático” (una pregunta prominente en el siglo XIX); eso ya lo damos por hecho. Este reconocimiento de la democracia como sistema universalmente relevante, que se mueve en la dirección de su aceptación como valor universal, es una revolución importante en la evolución del pensamiento y una de las mayores contribuciones del siglo XX. Es en este contexto que examinamos la cuestión de la democracia como valor universal.

LA EXPERIENCIA HINDÚ

¿Qué tan bien ha funcionado la democracia? Aunque nadie cuestiona el rol de la democracia en, digamos, los Estados Unidos, Inglaterra o Francia, todavía es una materia en disputa para muchos de los países pobres del mundo. Esta no es la ocasión para un examen histórico detallado, pero yo argumentaría que la democracia ha funcionado razonablemente bien.

India, por supuesto, fue uno de los mayores campos de batalla de este debate. Al negar la independencia de los hindúes, los británicos expresaron ansiedad sobre la habilidad hindú para autogobernarse. India estaba en crisis en 1947, año en que se independizó. Tuvo un gobierno nuevo, una partición sin digerir y líneas políticas poco claras, combinadas con violencia comunal difundida y desorden social. Era difícil creer en el futuro de una India unida y democrática. Y, sin embargo, medio siglo después, encontramos una

democracia que, dentro de todo, ha funcionado extremadamente bien. Las diferencias políticas se han ajustado a las directrices constitucionales, y los gobiernos se han erigido y caído de acuerdo a normas electorales y parlamentarias. Pese a haber sido una desarreglada, desgana y poco probable combinación de diferencias, India sobrevive y funciona excelentemente como unidad política con un sistema democrático. En efecto, la nación está sostenida por su democracia funcional.

La India también ha sobrevivido tremendos retos al relacionarse con un variado espectro de idiomas y credos. Las diferencias comunales y religiosas son, en efecto, vulnerables para la explotación de políticas sectoriales y han sido utilizadas en incontables ocasiones (incluyendo en meses recientes), causando consternación masiva en el país. Más aun, el hecho que la consternación afecte violencia sectorial y que la condenación de estos actos de violencia venga de todos los sectores del país provee, últimamente, la principal garantía democrática contra la escasa explotación del sectorialismo. Esta garantía es, en efecto, esencial para la supervivencia y prosperidad del país como variado hogar no sólo de una mayoría hindú, sino de la tercera mayor población mundial musulmana y hogar de millones de cristianos y budistas, al igual que la mayoría de los Sikhs¹, Parsis¹¹ y Jains¹² del mundo.

DEMOCRACIA Y DESARROLLO ECONÓMICO

Se dice que los sistemas no democráticos son mejores para forjar el desarrollo económico. Esta creencia a veces se denomina “Hipótesis Lee”, por la postulación hecha por Lee Kuan Yew, líder y ex presidente de Singapur. Sin duda, está en lo correcto al afirmar que algunos estados disciplinarios (como Corea del Sur, Singapur y la China de la *post* reforma) tienen mayores índices de crecimiento económico que muchos países de corte menos autoritario (incluidos India, Jamaica y Costa Rica). La “Hipótesis Lee”, sin embargo, se basa más en el empirismo esporádico de selectivismo extremo y con relativamente escasa información, que en exámenes estadísticos generales sobre grandes campos de información. Una relación general de este tipo no puede ser establecida sobre la base de evidencia tan selectiva. Por ejemplo, podemos tomar el alto crecimiento de Singapur o China como pruebas definitivas acerca del éxito económico del autoritarismo en exactamente la misma medida en la cual arribamos

¹ Nota de Traductor: Los Sikhs son un grupo étnico de casi 20 millones de habitantes de la región hindú de Punjab. Su religión es una mezcla de budismo con hinduismo. Los Sikhs ocuparon cargos prominentes en el ejército inglés durante la etapa colonial en India.

¹¹ Nota de Traductor: Los Parsis son un grupo migratorio de zoroastrianos a la India (especialmente al área de Bombay) provenientes de Irán. Se les conoce como Parsis por ser “gente de Persia”. Sus comunidades han recibido una gran influencia de las religiones y prácticas hindúes por lo que en la actualidad no se puede hablar de un zoroastrismo puro de sus creencias.

¹² Nota de Traductor: La religión Jain es una de las más antiguas religiones del mundo. La religión Jain también era conocida como Shraman Dharma, Nirgranth Dharma, etc. No deriva de ninguna otra religión sino que es una religión independiente reconocida por varios nombres durante diversos periodos.

a la conclusión opuesta del hecho que Botswana, el país con mejor récord de crecimiento económico de África, en efecto, uno de los mejores récords de crecimiento económico del mundo, es un oasis de la democracia en el continente desde hace muchas décadas. Necesitamos un estudio empírico mucho más sistemático para arribar a este tipo de conclusiones.

De hecho, no existe evidencia contundente que muestre que el gobierno autoritario y la supresión de derechos civiles y políticos sean beneficiosos para el desarrollo económico. En efecto, una foto de la estadística general no nos permite llegar a tal conclusión. Estudios empíricos sistemáticos (por ejemplo por Robert Barro o por Adam Przeworski) no dan fundamentos significativos a la posición que plantea un serio conflicto entre derechos políticos y rendimiento económico². El vínculo direccional parece depender demasiado de otras circunstancias, y mientras que algunas investigaciones estadísticas denotan una mínima relación negativa, otras encuentran una marcadamente positiva. Si todos los estudios son vistos en conjunto, la hipótesis más plausible es la que plantea que no existe relación alguna entre desarrollo económico y democracia. Ya que la democracia y la libertad política tienen importancia en sí mismas, el caso, por tanto, permanece brumoso³.

La cuestión también implica un tópico fundamental de métodos de investigación económica. No debemos sólo ver conexiones estadísticas sino que también debemos examinar y escrutar los procesos causales que se incluyen en el crecimiento y desarrollo económico. Las políticas económicas y las circunstancias que llevaron al suceso económico de Asia Oriental ya están razonablemente bien entendidas. Mientras que diferentes estudios empíricos tienen énfasis variados, existe amplio consenso de una lista de políticas positivas que incluyen la apertura hacia la competencia, el uso de mercados internacionales, la provisión pública de incentivos para la inversión y la exportación, un alto nivel de alfabetismo y escolaridad, reformas territoriales exitosas y otras oportunidades sociales que amplían la participación en el proceso de expansión económica. No existe razón alguna para asumir que cualquiera de

estas políticas es inconsistente con el sistema democrático y tan solo podría ser impuesta a la fuerza por métodos autoritarios que coincidentemente se encontraban en Singapur, China y Corea del Sur en ese entonces. En efecto, existe evidencia importante que muestra que lo que se necesita para generar rápido crecimiento económico es un clima económico amigable y no un sistema político fuerte.

Para completar este examen, debemos ir más allá del restringido campo del crecimiento económico y escrutar las demandas más amplias del desarrollo económico, incluyendo la necesidad de seguridad económica y social. En ese contexto, tenemos que ver la conexión entre derechos civiles y políticos, de un lado, y la prevención de grandes desastres económicos del otro. Los derechos civiles y políticos le dan a la gente la oportunidad de atraer atención hacia las necesidades generales y para demandar la correspondiente acción pública. La respuesta de un gobierno hacia un intenso sufrimiento de su gente muchas veces depende de la presión que se ejerza sobre él. El ejercicio de derechos políticos (como votar, criticar, protestar y demás) puede marcar una verdadera diferencia sobre los incentivos políticos que operan sobre un gobierno.

He discutido en trabajos anteriores acerca del asombroso hecho que, en la terrible historia de la hambruna en el mundo, nunca ha habido una verdadera hambruna en alguna nación democrática e independiente con una prensa relativamente libre⁴. No podemos encontrar excepciones a esta regla, sin importar dónde busquemos: la hambruna reciente de Etiopía, Somalia u otros regímenes dictatoriales; hambruna en la Unión Soviética en los años treinta; China en 1958-1961 con el fracaso de "el gran salto adelante"^{IV}; o más temprano aún, la hambruna de Irlanda e India mientras eran gobernadas por extranjeros. China, por más que en muchos sentidos estaba mucho mejor económicamente que India, pasó hambre (a diferencia de India), en efecto, China tuvo la hambruna más grande de la historia mundial: alrededor de treinta millones de personas murieron entre 1958 y 1961, mientras que las paupérrimas políticas gubernamentales permanecieron sin corregirse

² PRZEWORSKI, Adam y otros. "Sustainable Democracy". Cambridge, Cambridge University Press, 1995; BARRO, Robert J. "Getting It Right: Markets and Choices in a Free Society" Cambridge, Mass: MIT Press, 1996.

³ He examinado la evidencia empírica y las conexiones causales en algún detalle en mi libro "Development as Freedom", publicado por la editorial Knopf en 1999.

⁴ Ver SEN, Amartya. "Development: Which Way Now?". En: Economic Journal No. 93. Diciembre 1983; SEN, Amartya. "Resources, Values, and Development". Cambridge, Mass. En: Harvard University Press, 1984; y SEN, Amartya. "Rationality and Social Choice", discurso presidencial a la American Economic Association. En: American Economic Review 1995. También ver en DREZE, Jean y Amartya SEN. "Hunger and Public Action". Oxford, Clarendon Press, 1987; D'SOUZA, Frances. "Starving in Silence: A Report on Famine and Censorship". Londres, International Center on Censorship, 1990; "Human Rights Watch, Indivisible Human Rights: The Relationship Between Political and Civil Rights to Survival, Subsistence and Poverty". Nueva York. En: Human Rights Watch, 1993; e "International Federation Red Cross and Red Crescent Societies" World Disaster Report 1994 (Génova: Red Cross, 1994).

^{IV} Nota de Traductor: El "gran salto adelante" se produjo a partir del verano de 1955 hasta el verano de 1956 y consistió en un brutal movimiento de colectivización rural en China. En su origen estuvo, como siempre en la Historia de la China comunista, una decisión personal del dirigente supremo. Mao recordó que en el Partido Comunista chino ponían en cuestión la rapidez del proceso de colectivización sucedido en la URSS para que lo tomaran como ejemplo.

por tres años. Las políticas no fueron criticadas porque no existían partidos opositores en el parlamento, no había una prensa libre y no habían elecciones rutinarias. En efecto, es precisamente esta carencia de desafío de oposición que permitió que políticas severamente erradas permanezcan en vigor a pesar de estar matando a millones cada año. Lo mismo se puede decir sobre los dos casos similares contemporáneos, que hoy tienen como escenario a Sudán y Corea del Norte.

El hambre usualmente es asociado con lo que parecerían desastres naturales y los comentaristas muchas veces se satisfacen con la simplicidad de explicar el hambre por medio de estos elementos: las inundaciones en China durante el "gran salto adelante", las sequías en Etiopía o fallas de cosecha en Corea del Norte. Sin embargo, muchos países con problemas similares, problemas de naturaleza u otros peores, arreglan la situación sin problema porque un gobierno con respuestas interviene para aliviar el hambre. Ya que, las primeras víctimas de la hambruna son los indigentes, las muertes se pueden prevenir recreando ingresos (por medio de programas de empleo), que hagan accesible la comida para potenciales víctimas de la hambruna. Hasta los más pobres países democráticos que han sufrido terribles inundaciones, sequías o peores desastres naturales (como India en 1973, o Zimbabwe y Botswana a principios de los años ochenta) han podido alimentar a su pueblo sin experimentar hambruna.

La hambruna es un fenómeno fácil de prevenir si existe un esfuerzo serio para hacerlo y un gobierno democrático, que enfrente elecciones y criticismo de partidos de la oposición y medios de comunicación independientes, no puede dejar de actuar. De tal manera que, mientras India pasaba hambre durante el gobierno británico, el año de su independencia (la última hambruna que yo puedo atestiguar como niño, fue en 1943, cuatro años antes de la independencia), se desaparecieron de un día para otro con el establecimiento de una democracia multipartidaria y una prensa libre.

He discutido estos temas en otros trabajos, particularmente en mi trabajo conjunto con Jean Dr'èze, por tanto, no voy a discutir más de ello en el presente trabajo⁵. En efecto, el tema de la hambruna es sólo un ejemplo de los alcances de la democracia, aunque es, en muchos sentidos, el caso más fácil de analizar. El rol positivo de los derechos civiles y políticos se aplica a la prevención de desastres políticos y sociales en general. Cuando las cosas van bien este elemento particular de la democracia puede no extrañarse. Sin embargo, es cuando las cosas se complican, por cualquier razón, que los incentivos políticos provistos por el gobierno democrático adquieren un gran valor práctico.

Me parece que subyace una importante lección en este tema. Muchos tecnócratas del campo económico recomiendan el uso de incentivos (que el mercado provee) mientras ignoran los incentivos políticos (que los sistemas democráticos proveen). Esto significa optar por normas base sumamente contradictorias. El poder protector de la democracia puede no ser extrañado cuando un país tiene la buena suerte de no ser expuesto a calamidad alguna, cuando todo se maneja relativamente bien. Pero el peligro de la falta de seguridad, proveniente de cambios económicos o de otras circunstancias, o de errores de política no corregidos, puede carcomer el progreso de lo que parecería un estado saludable.

Los problemas recientes del oriente y sudoriente de Asia acarrearán, entre otras cosas, las penalidades de un gobierno no democrático. Esto es así en dos importantes formas. Primero, el desarrollo de la crisis financiera en algunas de estas economías (incluyendo Corea del Sur, Tailandia e Indonesia) ha sido vinculado estrechamente a la poca transparencia del negocio, particularmente en la carencia de participación pública en la revisión de arreglos financieros. La ausencia de un foro democrático efectivo ha sido esencial respecto de esta falla. Segundo, una vez que la crisis financiera llevó a la recesión económica general, el poder protector de la democracia -no muy distinto al que protege a los países democráticos de la hambruna- fue muy extrañado en un país como Indonesia. Los recientes despojados no tuvieron los medios de expresión que necesitaban.

Una caída en el producto bruto de, digamos, diez por ciento no parecerá mucho si sigue la estela de crecimiento de cinco o diez por ciento cada año a lo largo de las últimas diez décadas y, sin embargo, la caída puede diezmar poblaciones y crear miseria para millones si el peso de la contracción no es compartido ampliamente sino que se le permite caer sobre aquellos -los desempleados o los económicamente redundantes- que son los que menos pueden soportarlo. Los vulnerables en Indonesia posiblemente no extrañaron la democracia cuando las cosas fueron de alza en alza, pero la laguna mantuvo sus voces bajas y distorsionadas cuando una crisis desigual se desarrolló. El rol protector de la democracia se extraña cuando más se le necesita.

LAS FUNCIONES DE LA DEMOCRACIA

Hasta este punto he permitido que la agenda de este ensayo esté determinada por quienes critican la democracia, especialmente los economistas. Debo virar hacia otros temas, analizando los argumentos de los

⁵ DR'EZE, Jean y Amartya SEN. Op. cit.

críticos culturales en particular, para que persiga un análisis positivo acerca de lo que la democracia hace y acerca de qué mentira podría estar en la base de su supuesto contenido universal.

¿Qué es democracia exactamente? No debemos identificar democracia con gobierno por la mayoría. La democracia tiene complejas exigencias, que ciertamente incluyen la votación y el respeto por los resultados electorales. Pero también requiere la protección de libertades, el respeto por los derechos legalmente conferidos, la garantía de discusión libre, la distribución de noticias y comentarios sin censura alguna. Hasta las elecciones pueden ser tremendamente defectivas si ocurren sin que los diferentes participantes tengan una adecuada oportunidad de presentar sus posturas, o sin que el electorado goce de la libertad de obtener noticias y considerar los puntos de vista de los protagonistas principales. La democracia es un sistema exigente, y no sólo una condición mecánica (como el gobierno por la mayoría) tomada aisladamente.

A la luz de lo dicho, los méritos de la democracia y su supuesta universalidad pueden relacionarse con ciertas virtudes distintivas que van de la mano de su práctica pura. En efecto, podemos distinguir tres formas diferentes en las que la democracia enriquece la vida de los ciudadanos. Primero, la libertad política es una parte de la libertad humana en general, y el ejercicio de los derechos civiles y políticos conforma una parte crucial de las buenas vidas individuales como engranaje de la maquinaria social. La participación social y política tiene un valor intrínseco para la vida humana y el bienestar. Ver nuestra libertad restringida en materia de participación en la vida política de la comunidad es una privación significativa.

Segundo, como ya he estudiado antes (en la disputa por la supuesta tensión entre la democracia y el desarrollo económico), la democracia tiene un importante valor al embellecer la atención que la gente obtiene cuando expresa y fundamenta sus pedidos hacia la atención política (incluyendo pedidos económicos). Tercero —y este es un punto que debe ser explorado con más profundidad— la práctica de la democracia le da a los ciudadanos la posibilidad de aprender el uno del otro, y ayuda a la sociedad a que forme sus valores y prioridades. Hasta la idea de las “necesidades”, incluyendo el entendimiento de las “necesidades económicas”, requiere discusión pública e intercambio de información, puntos de vista y análisis. En este sentido, la democracia tiene importancia constructiva en adición a su valor intrínseco por la vida de los ciudadanos y su importancia instrumental en las decisiones políticas. La supuesta universalidad de la democracia tiene que tomar nota de la diversidad de estas consideraciones.

La conceptualización —y hasta la comprensión— de lo que podemos considerar “necesidades”, incluyendo las económicas, puede en sí mismo requerir del ejercicio de derechos civiles y políticos. Un entendimiento adecuado de lo que son las necesidades económicas —su contenido y fuerza— podría requerir discusión e intercambio. Los derechos civiles y políticos, especialmente aquellos referidos a garantizar la discusión abierta, el debate, el criticismo y el disenso, son centrales respecto del proceso de generar decisiones informadas y ponderadas. Estos procesos son cruciales para la formación de valores y prioridades, y no podemos, en general, tomar preferencias porque sí, independientemente de la discusión pública, esto es, al margen de que el intercambio y el debate abierto esté permitido o no.

De hecho, el alcance o efectividad del diálogo abierto es muchas veces subestimado al evaluar problemas sociales y políticos. Por ejemplo, la discusión pública tiene un importante rol en la reducción de los altos niveles de natalidad que caracterizan muchos países en vías de desarrollo. Existe evidencia contundente que el pronunciado declive en los índices de natalidad en los Estados con mayor alfabetización de India ha sido profundamente influenciado por la discusión pública de los malos efectos de altos índices de natalidad, tanto en la comunidad en general como en las vidas de jóvenes mujeres. Si el enfoque que señala que una familia feliz, en la edad moderna, es una familia pequeña emergió en, digamos, el estado Hindú de Kerala o de Tamil Nadu, mucha discusión y debate participaron de la formación de estas perspectivas. Kerala tiene un índice de natalidad de 1.7 (similar al de Inglaterra o Francia, y claramente menor que el 1.9 de China), y esto ha sido logrado sin coerción alguna, sino que principalmente a través del surgimiento de nuevos valores —un proceso en el cual el diálogo social y político ha tenido una actuación protagónica. El alto índice de alfabetismo de Kerala (supera en esta cifra a cualquier provincia china), especialmente entre mujeres, ha contribuido enormemente para hacer que este diálogo político y social sea posible.

La miseria y privación pueden ser de varios tipos, algunos más amenos hacia remedios sociales que otros. La totalidad del predicamento humano podría ser una base gruesa para identificar nuestras necesidades. Por ejemplo, existen muchas cosas acerca de las cuales podríamos tener buenas razones para valorar y, por tanto, podrían ser tomados como “necesidades” si fuesen posibles. Hasta podríamos querer inmortalidad, como Maitreyee, esa fascinante mente en los Upanishads, en su conversación de hace 3000 años con Yajñvalkyā. Pero no vemos la inmortalidad como una “necesidad” porque es claramente imposible. Nuestra concepción de necesidades se relaciona con

nuestras ideas de naturaleza previsoras de algunas privaciones y a nuestro entendimiento de qué puede hacerse respecto de estas. En la formación de entendimientos y creencias acerca de lo posible (particularmente, posibilidad *social*), las discusiones públicas tienen un rol crucial. Los derechos políticos, incluyendo la libertad de expresión y de discusión son, no sólo pivotaes al inducir respuestas sociales a necesidades económicas, sino también centrales a la conceptualización de las necesidades económicas en sí mismas.

UNIVERSALIDAD DE LOS VALORES

Si el análisis anterior es correcto, entonces el argumento de universalidad de la democracia no descansa sobre un mérito particular. Existe una pluralidad de virtudes, incluyendo, primero, la intrínseca importancia de la participación política en la vida humana; segundo, la importancia *instrumental* de los incentivos políticos que trae el dejar a los gobiernos en posiciones de responsabilidad; y tercero, el rol *constructivo* de la democracia en la formación de valores y en el entendimiento de necesidades, derechos y deberes. A la luz de este diagnóstico, podemos referirnos a la pregunta que motivó este ensayo, simplemente la argumentación para ver a la democracia como un valor universal.

Al debatir esta idea, a veces se argumenta que no todos concuerdan acerca de la decisiva importancia de la democracia, particularmente cuando está en competencia con otras cosas importantes para nuestra lealtad y atención. Esto es, en efecto, así, y no hay unanimidad en este sentido. Esta carencia de unanimidad es vista por algunos como evidencia suficiente para probar que la democracia no es un valor universal.

Claramente, debemos comenzar por trabajar con una pregunta metódica: ¿qué es un valor universal? ¿Para que un valor sea considerado universal, debe tener el consentimiento de todos? Si eso fuese en efecto necesario, entonces la categoría de valores universales estaría vacía. Yo no sé de ningún valor—ni siquiera la maternidad (y pienso en *Mami Querida*)—al que nunca nadie haya cuestionado. Yo argumentaría que el consentimiento universal no es requerido para que algo sea considerado un valor universal. Por el contrario, la idea de un valor universal es que la gente en cualquier lugar pueda verlo como algo de mucho valor.

Cuando Mahatma Gandhi argumentó a favor del valor universal de la no-violencia, él no estaba argumentando que la gente en todos lados ya actuaba en concordia

con este valor, sino que la gente tenía buenos motivos para verlo como valioso. Similarmente, cuando Rabindranath Tagore argumentó a favor de la “libertad de la mente” como valor universal, él no estaba diciendo que esta idea era aceptada por todos, pero que todos tienen motivos suficientes para aceptarlo —una razón por la que hizo mucho por explorar y propagar⁶. Entendido esto, cualquier propuesta acerca de la universalidad de algo involucra algún análisis contra fáctico —en particular, si la gente puede ver algo de valor en la idea que todavía no ha considerado adecuada. Todas las propuestas de valor universal —no sólo las de democracia— tienen esta presunción implícita.

Yo argumentaría que es respecto de esta frecuente presunción implícita que el mayor desplazamiento altitudinal hacia la democracia ha ocurrido en el siglo XX. Al considerar la democracia para un país que no la tiene y donde muchos pueden no haber tenido la oportunidad de considerar su práctica real, se presume que la gente involucrada la aprobaría una vez que se convierta en una realidad en sus vidas. En el siglo XIX esta asunción típicamente no se hubiese hecho, pero la presunción que es tomada como natural (lo que antes llamé el ajuste “*default*”) ha cambiado radicalmente durante el siglo XX.

También se debe notar que este cambio está, en gran medida, basado en la observancia del siglo XX. En la medida que crece la democracia, sus partidarios han crecido, y no al revés. Empezando en Europa y América, la democracia como sistema ha llegado a costas muy lejanas, donde se ha encontrado con ganosa participación y aceptación. Más aun, cuando una democracia existente ha sido derrocada, han existido grandes protestas, inclusive si estas protestas han sido brutalmente reprimidas. Mucha gente se ha visto convencida de arriesgar su vida en la lucha por devolverse a la democracia.

Algunos que disputan el *status* de la democracia como valor universal se basan no en la ausencia de unanimidad, sino que en la presencia de contrastes regionales. Estos supuestos contrastes son algunas veces relacionados con la pobreza de algunas naciones. De acuerdo con este argumento, la gente pobre está y tiene los motivos suficientes para estar interesada en pan, no en democracia. Este incansable argumento es falaz en dos niveles.

Primero, como ya discutimos, el rol protector de la democracia puede ser particularmente importante para los pobres. Este obviamente se aplica para las potenciales víctimas de la hambruna cuando la encaran. También se aplica para destituir al trono de la escalera

⁶ Ver SEN, Amartya. «Tagore and his India». En: New York Review of Books. 26 de Junio 1997.

económica durante las crisis financieras. La gente en necesidad económica necesita también una voz política. La democracia no es un lujo que puede condicionarse a la llegada del bienestar general.

Segundo, existe poca evidencia de que la gente pobre cuando se le da a elegir, prefiera rechazar la democracia. Es por tanto de algún interés notar que cuando un corto gobierno Hindú a mediados de 1970 trató un argumento similar para justificar una supuesta “emergencia” (y la supresión de muchos derechos civiles y políticos) que declaró, se convocó una elección que dividió a los votantes en precisamente el mismo problema. En esa funesta elección, peleada largamente sobre este fuerte tema, la supresión de los derechos civiles y políticos fue firmemente rechazada, y el electorado Hindú —uno de los más pobres del mundo— se mostró no menos amigable a protestar contra la enajenación de sus libertades y derechos básicos que al quejarse de su privación económica.

Al punto que ha existido poca evaluación a la proposición que afirma que los pobres no se preocupan por los derechos civiles y políticos, la evidencia está absolutamente contrapuesta a esta proposición. Puntos similares se puede hacer observando la lucha por libertades democráticas en Corea del Sur, Tailandia, Bangladesh, Pakistán, Burma, Indonesia y demás países de Asia. Similarmente, mientras que la libertad política es negada abiertamente en África, han existido movimientos y protestas contra esta supuesta represión cada vez que las circunstancias lo han permitido.

EL ARGUMENTO DE LAS DIFERENCIAS CULTURALES

Existe otro argumento en defensa de un supuesto fundamental contraste regional, uno relacionado no a circunstancias económicas sino a diferencias culturales. Probablemente el más famoso de estos argumentos es lo que ha sido llamado “Valores Asiáticos”. También se ha dicho que los asiáticos tradicionalmente valoran la disciplina y no valoran la libertad política, y por tanto, la actitud hacia la democracia por parte de estos países es mucho más escéptica. He discutido esta tesis en algún detalle en mi Exposición de Morgenthau Memorial en el Consejo Carnegie de Ética y Relaciones Internacionales⁷.

Es muy difícil encontrar una base real para esta propuesta intelectual en la historia de las culturas asiáticas, especialmente si vamos a las clásicas tradiciones de India, el Medio Oriente, Irán, y otras

partes de Asia. Por ejemplo, uno de los más tempranos y más enfáticos abogados de la tolerancia del pluralismo y el deber del Estado de proteger a las minorías se puede encontrar en las inscripciones del emperador Hindú Ashoka en el siglo III A.C.

Asia es, sin duda, un área particularmente grande, que contiene el sesenta por ciento de la población mundial, y las generalizaciones acerca de un sector tan vasto de gente no son fáciles de comprobar. Algunas veces quienes sostienen la tesis de los “Valores Asiáticos” tienen la tendencia de concentrarse fundamentalmente en el oriente de Asia como la región donde se aplica su tesis particularmente. La tesis general de un contraste entre el oeste y este asiático se concentra en las tierras del este de Tailandia, inclusive existe una tesis más ambiciosa que en el resto de Asia es “similar”. Lee Kuan Yew, a quien debemos agradecimientos por haber sido tan claro expositor (y por articular totalmente lo que muchas veces es proclamado vagamente en esta literatura enredada), enmarca “la diferencia fundamental entre los conceptos occidentales de la sociedad y el gobierno y los conceptos de Asia Oriental” como explicación “cuando digo asiáticos orientales me refiero a Corea, Japón, China, Vietnam, distinto de Asia sudoriental, que es una mezcla entre los sinicos y los hindúes, aunque la cultura hindú en sí enfatiza valores similares⁸.

Incluso Asia Oriental en sí misma, sin embargo, es marcadamente diversa, con muchas variaciones a ser encontradas hasta incluso *dentro* de cada país. Confucio es el autor citado estándar al interpretar valores asiáticos, pero no es la única influencia intelectual en estos países (en Japón, Corea y China, por ejemplo, existen diversas y muy antiguas tradiciones budistas, poderosas a lo largo de más de un milenio y medio, y también existen otras influencias, incluyendo una considerable presencia Cristiana). No existe un credo homogéneo de orden sobre la libertad en alguna de estas culturas.

Más aun, el mismo Confucio no recomendó el ciego respaldo al Estado. Cuando Zilu le pregunta “cómo servir a un príncipe,” Confucio le contesta (en una frase que los censores de regímenes autoritarios podrían querer ponderar), “Dile la verdad aunque le ofenda”⁹. Confucio no rechaza la cautela práctica y el tacto, pero no deja de lado la idea de ir en contra de un mal gobierno (con tacto, si es necesario): “Cuando el (buen) camino prevalece en el Estado, habla firmemente y actúa de la misma manera. Cuando el Estado ha perdido el camino, actúa firmemente y habla con suavidad”¹⁰.

⁷ SEN, Amartya. “Human Rights and Asian Values”. Morgenthau Memorial Lecture (Nueva York: Consejo Carnegie sobre Ética y Asuntos Internacionales, 1997), publicado en versión resumida en The New Republic, 14-21 de Julio 1997.

⁸ ZAKARIA, Fareed. “Culture is Destiny: A conversation with Lee Kuan Yew”. En: Foreign Affairs No. 73: p. 113. Marzo-Abril 1994.

⁹ Los Analectos de Confucio, Simon Leys, traducción. Nueva Cork, Norton, 1997. 14.22, 70.

¹⁰ Los Analectos de Confucio, 14.3, 66.

En efecto, Confucio provee un claro punto, el hecho que dos pilares del imaginario edificio de los valores asiáticos, lealtad a la familia y obediencia al Estado, pueden estar en severo conflicto entre sí. Muchos de los que abogan por el poder de los “Valores Asiáticos” ven el rol del Estado como la extensión del rol de la familia, pero como Confucio notó, puede existir tensión entre ambos. El Gobernador de She dijo a Confucio, “En mi pueblo, hay un hombre de integridad inquebrantable: cuando su padre robó una oveja, lo denunció”. A esto Confucio contestó, “En mi pueblo, los hombres de integridad hacen las cosas de manera diferente: un padre protege a su hijo, un hijo protege a su padre —y subyace integridad en lo que hacen”¹¹.

Esta interpretación monolítica de los valores asiáticos como hostiles a la democracia y a los derechos políticos no resiste el mayor análisis crítico. No debería, supongo, ser demasiado crítico de la carencia de escolaridad en apoyar estas creencias, ya que aquellos que han hecho estas aseveraciones no son académicos sino líderes políticos, muchas veces portavoces oficiales o no oficiales de gobiernos autoritarios. Es, sin embargo, interesante ver que mientras que nosotros los académicos podemos ser imprácticos sobre política práctica. Los políticos prácticos pueden, a su vez, ser imprácticos respecto del academicismo.

No es difícil, por supuesto, encontrar escritos autoritarios dentro de las tradiciones asiáticas. Pero tampoco es difícil encontrarlas en clásicos occidentales: uno tan solo tiene que reflejar los escritos de Platón o Aquino para ver que la devoción a la disciplina no es sólo de sabor asiático. Dejar de lado la plausibilidad de la democracia como valor universal por la presencia de algunos escritos asiáticos sobre la disciplina y el orden sería similar a rechazar la posibilidad de la democracia como una forma natural de gobierno en Europa y América hoy sobre la base de los escritos de Platón o Aquino (sin mencionar sustanciosa literatura medieval que apoya las inquisiciones).

Debido a la experiencia de las batallas políticas contemporáneas, especialmente en el Medio Oriente, el Islam es muchas veces caracterizado como fundamentalmente intolerante y hostil frente a la libertad individual. Pero la presencia de la diversidad dentro de la tradición se aplica mucho al Islam también. En India, Akbar y la mayoría de los emperadores Moghul (con la notable excepción de Aurangzeb) proveen buenos ejemplos de la teoría

de la práctica de tolerancia política y religiosa. Los emperadores turcos eran muchas veces más tolerantes que sus contemporáneos europeos. Abundantes ejemplos también se pueden encontrar entre gobernadores de El Cairo y Bagdad. En efecto, en el siglo XII, el gran judío Maimónides tuvo que escapar de una intolerante Europa (donde nació) y de la persecución de judíos, a la seguridad y tolerancia urbana de El Cairo y el patronato del Sultán Saladín.

La diversidad es una característica de la mayoría de culturas del mundo. La civilización occidental no es la excepción. La práctica de la democracia que ha vencido en el Occidente moderno es, en gran medida, el resultado de un consenso que emergió desde el Alumbramiento y la Revolución Industrial, y particularmente durante el siglo pasado. Leer este compromiso histórico de Occidente —a lo largo de los milenios— con la democracia, y luego contrastarlos con tradiciones no occidentales (tratando a cada una como monolítica) constituiría un grave error. Esta tendencia a la sobre simplificación se puede ver no sólo en los escritos de algunos de los portavoces de gobiernos en Asia, sino que también en las teorías de los más destacados académicos occidentales.

Como ejemplo de lo escrito por un importante académico cuyo trabajo, en muchas otras formas, ha sido absolutamente impresionante, me permito citar la tesis Samuel Huntington sobre el choque de civilizaciones, donde las heterogeneidades dentro de cada cultura es un reconocimiento muy inadecuado. Su estudio llega a la clara conclusión que “un sentido de individualismo y tradición de derechos y libertades” se puede encontrar en el Occidente que contiene civilizaciones “únicas entre las sociedades civilizadas”¹². Huntington también argumenta que “las características centrales de Occidente, esas que lo distinguen de otras civilizaciones, predatan la modernización de Occidente”¹³. En su opinión, “el Occidente fue Occidente mucho antes de su modernidad”. Es esta tesis sobre la cual recalqué su extrema precariedad frente al análisis histórico.

Por cada intento de un miembro del gobierno asiático para contrastar supuestos “Valores Asiáticos” contra los supuestos valores occidentales, existe, al parecer, un intento de Occidente de hacer un contraste similar respecto de su contrapartida de Oriente. Pero aun así estos contrastes juntos no logran desestimar la universalidad de la democracia.

Amartya Sen

¹¹ Los Analectos de Confucio, 13.18, 63

¹² HUNTINGTON, Samuel P. “The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order”. Nueva York, Simon and Schuster. p. 71. 1996.

¹³ Ibid. p. 69.

¿DÓNDE CORRESPONDE EL DEBATE?

He intentado cubrir una serie de temas relacionados a la proposición de que la democracia es un valor universal. El valor de la democracia incluye su valor *intrínseco* en la vida humana, su rol *instrumental* al generar incentivos políticos y su función *constructiva* en la formación de valores (y al entender la fuerza y posibilidad de cumplimiento de necesidades, derechos y deberes). Estos méritos no son de carácter regional. La creencia en la disciplina y el orden tampoco lo son. La heterogeneidad de los valores parece caracterizar a la mayoría, e incluso a todas, las culturas mayores. El

argumento cultural no cierra ni constriñe las decisiones que podemos tomar hoy.

Estas decisiones tienen que ser tomadas aquí y ahora, tomando nota de los roles funcionales de la democracia, sobre los que depende su rol en el mundo contemporáneo. He argumentado que este rol es muy fuerte y no está localmente confinado. La fuerza de la proposición que otorga universalidad a la democracia reside, finalmente, en esa fuerza. Es en este punto donde el debate se debe propiciar. No puede ser agotado por tabúes culturales imaginarios o supuestas predisposiciones culturales impuestas por los distintos pasados históricos de nuestras civilizaciones.

¿“REGLA *PER SE*” O “REGLA DE LA RAZÓN”?: PREMISAS Y EFECTOS DE UN CAMBIO

Juan Francisco Rojas Leo

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia – INDECOP

Joselyn Olaechea

Ex Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia – INDECOP

Alberto Rebaza

Abogado del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano

Enrique Felices

Abogado del Estudio Miranda & Amado

La conocida Resolución del SOAT dictada en el presente año por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI dispuso el cambio de criterio para analizar y sancionar las concertaciones de precios. De acuerdo con la mencionada Resolución, los carteles de precios –ahora– serán sancionados mediante la regla de la razón. La regla *per se*, aplicable para sancionar estas prácticas, quedó en el olvido.

Ello generó más que un mero cambio de precedente. En efecto, para los entendidos en el tema, el criterio adoptado resulta un gran paso adelante en las políticas de competencia nacionales. Sin embargo, ese no es el razonamiento de todos. Así pues, otros sostienen que el cambio de precedente es ilegal, perjudicial y hasta anticompetitivo.

En la medida que el tema del presente número de THEMIS-Revista de Derecho es precisamente Libre Competencia, resultaba imposible no tratar esta materia tan controversial y, sobre todo, importante. A continuación, usted podrá apreciar las distintas opiniones generadas por el cambio de precedente.

1. ¿Por qué cambiar o, de ser el caso, por qué no cambiar el precedente?

ROJAS: El cambio forma parte de la dinámica de la realidad y del derecho, por ello el cambio en sí mismo, siempre es necesario. En el caso específico, el cambio era necesario e impostergradable: el precedente dejado sin efecto era a todas luces ilegal, contrario a la norma expresa de competencia y un intento fallido de alterar –por la vía de la interpretación– la opción del legislador de competencia.

La norma de competencia en el Perú es –al igual que la norma Argentina, aprobada en esa misma época, es decir, a principios de los noventa– una copia del Tratado de Roma que aplica la Unión Europea. En estos ordenamientos la regla para la evaluación de los carteles y sus acciones anticompetitivas está por la afectación al interés económico general, es decir, por el hecho de que sus efectos sean negativos para el interés de la sociedad, que no es otro que el interés de los consumidores por obtener la satisfacción de sus necesidades al más bajo costo posible. Esta norma y la opción que ella contempla se quiso modificar por la vía de una reforma parcial y en época del gobierno y el parlamento de Fujimori se introdujeron algunos cambios con ese propósito: instituir la regla *per se* en la evaluación de los carteles con el objetivo de sancionar incluso el pensamiento anticompetitivo. El intento fue fallido pues se olvidaron de modificar el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, norma de prohibición general, que sigue exigiendo para sancionar una conducta anticompetitiva que el efecto de la misma produzca un perjuicio al interés económico general.

Adicionalmente, el precedente debía ser dejado de lado porque significaba la expresión más clara del absolutismo en el accionar de la Administración Pública al sancionar a los particulares sin darles la posibilidad de defenderse o alegar eximentes. Este tipo de actuaciones no son aceptables en un Estado de Derecho que respeta el debido proceso.

OLAECHEA: No existía motivo para cambiar el precedente. Tal y como señala (irónicamente) el propio nuevo precedente la regla *per se* es una de las verdades más indiscutibles del derecho de competencia. Incluso en foros como la OMC (en el Grupo de trabajo de Comercio y Competencia) existe consenso absoluto en la condena *per se* de los acuerdos de precios. Resultaba absolutamente innecesario derogar dos precedentes, que tenían varios años de aplicación con los resultados de claridad, predictibilidad, transparencia, ahorro de gastos administrativos, entre otros, propios de este tipo de reglas. El propio precedente de “Ciccía”, derogado por el nuevo precedente, contenía la excepción de permitir acuerdos que resultaban complementarios (“ancillary doctrine”). Resultaba innecesario además puesto que el nuevo precedente carece totalmente de sustento económico, legal y jurisprudencial (el “origen europeo continental” de nuestra norma no es un argumento válido para desechar reglas aplicadas por muchos años en la jurisprudencia norteamericana y europea).

REBAZA: Sin importar qué postura doctrinaria tenga uno respecto de la aplicación de una “regla *per se*” o una “regla de la razón”, lo que resulta importante es tener claro el objetivo que está detrás de toda esta discusión, cual es tener reglas que faciliten el desarrollo económico.

Bajo esta perspectiva, hay quienes pensamos que la mejor manera para obtener este desarrollo es dándole a sus partícipes el mayor grado de libertad posible, y que sean éstos quienes decidan qué es lo que más conviene al mercado.

No tengo dudas que una empresa del sector telecomunicaciones o una del sector eléctrico conoce bastante mejor cómo funciona su respectivo mercado que un miembro del Congreso o un funcionario de Indecopi.

En este sentido, creo que si existe la posibilidad de que las empresas adopten acuerdos cuyos efectos finales generen un mayor desarrollo económico, estos acuerdos deben ser permitidos. De la misma manera, si dichos acuerdos son perjudiciales para la economía, entonces, y sólo en ese caso, deberán ser sancionados.

Por ello, creo que es saludable que se hayan modificado los precedentes aprobados en las Resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC, y se haya optado por una

“regla de la razón”, permitiendo que las empresas denunciadas por prácticas restrictivas de la libre competencia eviten la sanción en la medida que puedan demostrar que la conducta cuestionada es beneficiosa para la economía.

FELICES: Cambiar un precedente no es contraproducente en sí mismo. De hecho, el desarrollo de políticas de competencia es un proceso dinámico en el cual es perfectamente admisible que se modifiquen disposiciones del marco legal o se tome la decisión de revertir un precedente de observancia obligatoria. Lo que no es admisible es que esta decisión se tome sin un verdadero fundamento que la sustente. En mi opinión, la Resolución expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso del SOAT es cuestionable precisamente porque no se desprende de ella una razón de fondo que justifique el cambio de precedente.

El cambio se ampara principalmente en un análisis exegético del artículo 3° del Decreto Legislativo 701 que, me parece, privilegia de manera errada una interpretación del concepto de “interés económico general” en desmedro de la literalidad y racionalidad del propio artículo 3°, pero, además, de lo que establecen el artículo 6° de la misma norma y su Exposición de Motivos, así como de la evidencia que se desprende de la evolución histórica de las normas que regulan la libre competencia en nuestro país. Pero la ausencia de sustento se hace más evidente en la Resolución cuando el Tribunal introduce en su análisis esta presunta incompatibilidad entre la regla *per se* y nuestro ordenamiento jurídico, por ser la primera de origen anglo-sajón y el segundo romano-germánico. Este no es, desde mi punto de vista, un argumento válido.

2. El precio en un mercado competitivo se determina libremente por la interacción de la oferta en la demanda. En este último aspecto, es decir en la demanda, los consumidores participan en la configuración del precio ¿No se le quitaría al consumidor esta facultad, propia por excelencia del libre mercado, al declarar razonable una concertación de precios?

ROJAS: El precio en el mercado competitivo se determina por el juego de la oferta y la demanda. Precisamente esa es una característica del mercado competitivo. Sin embargo un mercado afectado por prácticas anticompetitivas no es un mercado competitivo sino un mercado afectado por algunos comportamientos que no son – en principio – apropiados. Es en estos mercados en que actúa el derecho de la competencia para corregir cuando exista alguna conducta que deba ser corregida. La opción

del legislador ha sido dejar opción a que el acusado de una infracción pueda sustraerse a la sanción demostrando que su conducta envés de perjudicar beneficia. Si se logra demostrar que hay un beneficio, el legislador ha optado por la finalidad y no por el medio, es decir, el juego de la oferta y la demanda es un medio para lograr el beneficio de los consumidores, si dicho beneficio se logra de otra manera, por la conducta de uno de los agentes, esta conducta no debe ser sancionada y el beneficio debe ser disfrutado por los consumidores. No es un tema de libertad de elección, es un tema de beneficio real para los consumidores y de opción del legislador.

OLACHEA: Efectivamente, al haberse establecido mediante el nuevo precedente un sistema de reglas que permite al Estado autorizar concertaciones de precios, los ofertantes de determinado bien o servicio estarían siendo autorizados a privar a los demandantes de dichos bienes o servicios de su derecho a participar en la formación de los precios de los diversos mercados de la economía, principio fundamental de un sistema económico de libre mercado. Ello equivale además a vulnerar el derecho de los consumidores y usuarios a elegir entre una variedad de precios.

REBAZA: Lo importante en estos casos es determinar el costo de acceso al mercado para los nuevos competidores y el nivel del precio acordado, de forma que si éste último es mayor al razonable, propiciará el ingreso de nuevos competidores que ofrecerán un menor precio en beneficio de los consumidores.

No olvidemos que donde haya un mercado rentable, habrán nuevos competidores en busca de obtener una tajada de dicho mercado, por lo que la demanda siempre terminará siendo un elemento fundamental en la conformación de los precios.

FELICES: Es cierto. Los acuerdos sobre precios o condiciones de comercialización (al menos los que no están asociados a procesos de integración productiva) afectan de manera adversa la capacidad de elección de los consumidores. Después de todo, en una decisión de consumo el precio constituye el principal indicador sobre la calidad de un producto o servicio.

Los costos que ocasionan al mercado las concertaciones de precios no son de naturaleza muy distinta a los que genera un monopolista, aunque suelen ser más altos. En competencia perfecta, el mercado establece el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por un producto o servicio. Las empresas son simples “tomadoras” de precios y, por ende, solo pueden decidir cuántas unidades producir al precio que les fija el mercado. Por el contrario, en un mercado monopólico el monopolista es un “fijador” de precios, en la medida en que lo que produce equivale a la producción total de la industria. En este contexto, el

monopolista es capaz de reducir su nivel de producción con el fin de generar artificialmente una situación de escasez y con ello elevar sus precios. Por ello, cuando las empresas toman acuerdos para fijar precios se comportan de una manera similar a la del monopolista y, al hacerlo, transfieren para sí una parte de lo que en economía llaman el “excedente del consumidor”.

3. Se dice que en todo tipo de economías los acuerdos desnudos sobre precios deben ser sancionados mediante la regla *per se*. Esta regla se ha generalizado tanto para los países con una economía fuerte como para países con economías en desarrollo ¿en una economía incipiente e incluso aún en transición, como la peruana, los acuerdos desnudos de precios resultan siempre perjudiciales?

ROJAS: La afirmación de partida es inexacta: la sanción de los acuerdos desnudos mediante la regla *per se* no es una opción generalizada en el mundo. Lo que sí es un consenso en el mundo es que difícilmente un acuerdo desnudo de precios podría ser beneficioso para los consumidores.

En efecto, en Europa la opción legislativa ha sido evaluar los acuerdos desnudos bajo la regla de la razonabilidad antes de imponer una sanción. La mayoría de países tributarios de la corriente latina siguen esta previsión legal. La sanción bajo la regla *per se* es de creación jurisprudencial norteamericana e, incluso en dicha jurisprudencia hay variaciones hacia la regla de la razón incluso en el caso de acuerdos desnudos. En otras palabras, los jueces norteamericanos no se encuentran atados a principios rígidos, sino que analizan caso por caso y aplican justicia y derecho.

En un país como el nuestro, hay que aplicar la ley y no desnaturalizarla con interpretaciones contrarias a su texto, pues esa es la única manera de construir un Estado creíble y una economía más justa para todos.

Desde el punto de vista teórico hay carteles que no resultan perjudiciales para la economía de un país, como por ejemplos los carteles de exportación, es decir, los acuerdos de fijación de precios de productos para la exportación. O, el caso de los carteles de reducción de precios, o el caso de los carteles utilizados para romper otros carteles de distribución. Si bien son situaciones límite, siempre pueden presentarse.

OLAECHEA: Si bien podría calificarse a la economía peruana como una economía en transición, en materia de aplicación de políticas de competencia el Perú es considerado como un Estado líder en la región. La experiencia acumulada en 12 años de aplicación de la Ley de Competencia Nacional (el Decreto Legislativo N° 701 de 1991) y la jurisprudencia emanada por las

dos instancias administrativas al interior del Indecopi en dicho periodo han consolidado el prestigio de la institución en dicha materia.

Respecto a los acuerdos “desnudos”, tal y como dicha denominación refiere, se trata de determinados acuerdos que tienen como fin y efecto exclusivo eliminar la competencia (un ejemplo de acuerdo desnudo es que dos o mas competidores que están enfrentándose en una competencia agresiva, la misma que ha determinado que sus precios bajen significativamente, de pronto deciden no “perjudicarse” más con dicho proceso competitivo y se ponen de acuerdo en fijar un único precio para el producto mediante el cual compiten). Acuerdos entre competidores con esas características serán siempre nocivos para todos los consumidores y usuarios, independientemente de que estos pertenezcan a economías en desarrollo o ya desarrolladas.

REBAZA: Como ya lo he repetido en anteriores ocasiones, la realidad económica es bastante más compleja de lo que nosotros, el legislador o los miembros del Indecopi pueden imaginar. Los continuos cambios tecnológicos, la dinámica de las relaciones económicas y el proceso de globalización que estamos viviendo, hace que sea necesario de normas flexibles que permitan analizar la racionalidad económica de acuerdos que en principio se podrían pensar como perjudiciales, pero que no necesariamente lo sean.

Es por ello, que asumir desde ya, sin experiencias que así lo respalden, que determinadas actividades serán perjudiciales en nuestra economía me parece que es un error y que limita el accionar de las empresas, debilitándolas frente a las empresas extranjeras.

FELICES: Personalmente, estoy en contra de una actividad del Estado que privilegie los controles previos, y más tratándose de economías concentradas y en desarrollo como la nuestra. Sin embargo, me parece que la aplicación de una regla *per se* para los llamados “acuerdos desnudos” se ubica precisamente en un reducido ámbito de excepción: los acuerdos desnudos son siempre contraproducentes para los consumidores y para el mercado y, por ende, no hay razón que justifique que no sean ilegales en sí mismos. Sostener que la regla *per se* no debería aplicarse en un país como el Perú porque su economía no suficientemente desarrollada es tan absurdo como afirmar que no deberíamos instalar semáforos en nuestras calles porque no tenemos todavía el suficiente grado de civismo como para aprovecharlos plenamente. Tampoco considero válido el argumento de que los carteles tienden siempre al fracaso en el largo plazo porque, por definición, quienes los celebran tienen un incentivo para traicionarlo. Esta es una comprobación empírica cierta, pero una que no debería afectar la

aplicación de una regla *per se* que sancione la existencia de “acuerdos desnudos”. El hecho de que la nuestra sea una economía incipiente requiere precisamente que establezcamos reglas claras; no que las evitemos.

4. **Analizar la concertación de precios mediante la regla de la razón implica desarrollar un cierto margen de discrecionalidad. En estos términos ¿podría tal discrecionalidad atentar contra la seguridad jurídica?**

ROJAS: Toda acción interpretativa y el derecho es esencialmente interpretativo lleva implícito un margen de discrecionalidad. La discrecionalidad es absolutamente legal y es distinta a la arbitrariedad. Arbitrariedad es interpretar la norma contra su texto expreso. Discrecionalidad es aplicar la norma dentro de los márgenes de la ley, y atendiendo a la finalidad para la cual ésta existe.

En el Perú, la Sala de Competencia ha aplicado la ley, tal y como ha sido previsto por el legislador. Ello no es inseguridad jurídica sino más bien seguridad toda vez que los funcionarios públicos han dejado de introducir sus visiones ideológicas sobre el fenómeno de la competencia y se han apegado al texto legal que les sirve de marco para la actuación.

Adicionalmente, la interpretación efectuada del texto legal rescata el derecho de defensa para los acusados, lo cual sólo puede ser visto por cualquier inversionista o incluso ciudadano como una acción en beneficio de restringir la arbitrariedad del juzgador.

OLAECHEA: Tratar de buscar una explicación a una concertación de precios va a ser una tarea costosa para el Indecopi. La nueva regla en efecto disminuye la predictibilidad de las resoluciones de las dos instancias del Indecopi, atentando contra la seguridad jurídica. Se atenta además directamente contra la seguridad jurídica desde el mismo momento en que se desconoce la voluntad del legislador de establecer que los acuerdos de precios son *per se* ilegales, voluntad expresamente contenida en la de exposición de motivos del D.L. 807 que modificó el D.L. 701 y en virtud de la cual se elaboró la versión actualmente vigente del D.L. 701. Sin embargo, particularmente, tengo confianza en que la Comisión de Libre Competencia, la primera instancia de Indecopi, al analizar un nuevo caso de concertación de precios desconozca el nuevo precedente por su falta de sustento.

La ley se lo permite y la Comisión tiene suficientes argumentos legales, económicos y jurisprudenciales para hacerlo.

REBAZA: Esa discrecionalidad de los miembros de Indecopi existe ya, y existió anteriormente, para analizar

los acuerdos desnudos o acuerdos complementarios, para analizar el abuso de posición de dominio, para analizar la concertación de empresas eléctricas, entre otros ejemplos, y no veo que dicha discrecionalidad haya producido un descalabro en la economía o una afectación a la seguridad jurídica.

Además, si se fuera consistente con el argumento que aplicar una “regla de la razón” es malo porque le da discrecionalidad a la administración pública, la conclusión lógica sería cerrar el Poder Judicial, el Indecopi, el Tribunal Constitucional, el Osiptel, y demás organismos públicos porque sus miembros tienen cierto grado de discrecionalidad que afecta la seguridad jurídica. Resulta obvio que ese no es el camino.

FELICES: Por definición, el ejercicio de la función pública supone y requiere cierto grado de discrecionalidad. La principal garantía contra los abusos que se puedan cometer en el uso de dicha discrecionalidad, se encuentra en el establecimiento de reglas claras, de precedentes coherentes que se mantengan en el tiempo (no necesariamente de forma inalterada pero sí consistente), en la organización de cuadros técnicos capacitados, y en la existencia de mecanismos para el nombramiento de funcionarios que permitan a éstos enfrentar con independencia las presiones políticas y de los grupos de interés. Lamentablemente, en ausencia de reglas claras y en un contexto de inestabilidad institucional, el poder que obtienen los funcionarios al gozar de mayor discrecionalidad es inversamente proporcional al perjuicio que se le causa al marco institucional.

5. **Una de las justificaciones de la aplicación de la regla de la razón a la concertación de precios es que, para el análisis que se efectúe, deberá tomarse en cuenta el desarrollo productivo que genere la concertación. Para ello, se tomará como criterio el grado de participación del consumidor en tal desarrollo ¿En qué medida puede participar el consumidor en el desarrollo productivo de la empresa concertadora?**

ROJAS: En primer lugar, es necesario precisar el foco del debate, el cual se encuentra sesgadamente mal planteado: el «grado de participación del consumidor» en el beneficio resultante no es una «justificación de la aplicación de la regla de la razón a la concertación de precios» sino un requisito general de exención de reproche y sanción a posteriori -habilitado legalmente por el ordenamiento nacional y consistente con la práctica comunitaria europea-. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, al ser el nuestro un sistema de prohibición general, lógicamente el régimen de exenciones también es general, es decir, no se limita -

como falsa e interesadamente algunos pretenden presentar- a la concertación de precios. En tercer lugar, y respondiendo directamente a la pregunta, el precedente se ha cuidado de reconocer expresamente -no podía ser de otra manera- que los cárteles -en especial la fijación concertada de precios- no se beneficiarán casi en ninguna circunstancia del sistema general de exenciones a posteriori. Esto último no quiere decir que, por exigencia de la propia norma, no se deje la vía abierta a la demostración de la existencia de ventajas económicas y, ante dicha existencia, que existe una participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante. Como todos sabemos, la sola existencia de ventajas económicas será imposible de demostrar en la casi totalidad de los casos de cartelización, pero esto es un tema de la realidad. Lo que no podía hacer la Sala de Defensa de la Competencia era cerrar esta puerta contra el texto expreso de la ley. En otras palabras, la puerta está abierta pero el sistema de control de ingreso es tan estricto que será muy difícil -por no decir imposible- que un cártel franquee la entrada.

OLAECHEA: Como muchas partes del nuevo precedente, esta también puede estar sujeta a una variedad de interpretaciones. La lectura “buena” sería que el acuerdo analizado debería permitir ganancias en eficiencias que redunden en el bienestar de los consumidores, por ejemplo, como en el caso del precedente derogado de “Ciccía” (un acuerdo complementario que resultaba en eficiencias para varias empresas de transporte que compartían un terminal y permitía a su vez un incremento de la competencia entre terminales de transporte). Sin embargo, las lecturas “buenas” o “malas” dependerán de las personas que actualmente, el próximo año o en 10 años apliquen este nuevo precedente. La variabilidad de posibles interpretaciones genera una falta de predictibilidad contraria a la tradición mantenida por el Indecopi hasta hace poco tiempo.

REBAZA: La concertación permite comercializar un producto a un precio de “x”, en el que el nivel de la demanda hace posible lograr un nivel de ganancias óptimo para el productor. Esto, a costa de una eventual reducción del precio que hubiera permitido una mayor demanda por el producto, aunque sin lograr las ganancias óptimas para el productor.

Pues bien, el criterio al que se hace mención en la pregunta, está referido al nivel de demanda que se logra satisfacer al precio acordado, y cómo puede progresivamente irse satisfaciendo un nivel de demanda mayor. Por eso es importante analizar los casos sometidos a las “reglas de la razón”, tomando como criterio no sólo el nivel actual de satisfacción del consumidor, sino si existe un proceso que persigue abarcar a futuros consumidores por medio de mejores

condiciones (precios, servicios, formas de pago, etc.) o si está previsto realizar inversiones futuras que permitan ampliar el mercado geográfico.

FELICES: La evidencia empírica demuestra que las concertaciones de precios, cuando no están asociadas a un proceso de integración productiva, no generan eficiencias sino perjuicios para los consumidores y el mercado. Sin embargo, existen una multiplicidad de casos en los cuales las fijaciones de precios son admisibles. A esta clase de acuerdos se les conoce como “acuerdos auxiliares,” en oposición a los “acuerdos desnudos,” y se definen como parte de un proceso más amplio de integración de actividades productivas. El ejemplo más común para describir esta clase de acuerdos es el de los estudios de abogados, en los cuales sus miembros toman explícitamente la decisión de concertar precios (es decir, las tarifas horarias que cada uno cobra) o de asignarse mercados de forma exclusiva (ya sea sobre la base de clientes determinados o de campos de especialidad profesional) con la finalidad de no competir entre sí. Por supuesto, hay una finalidad mayor que justifica esta clase de acuerdos: la mayor eficiencia del estudio de abogados como centro de negocios. En casos como estos sí se justifica el análisis de los posibles efectos del acuerdo sobre el bienestar de los consumidores y el mercado, pero no cuando nos enfrentamos a un “acuerdo desnudo”.

6. Otro criterio que se debería utilizar en el análisis de la aplicación de la regla de la razón es el que señala que la concertación no debería afectar la competencia. Sin embargo, ¿no resulta tautológico el hecho que una concertación, precisamente por nivelar precios, elimine la competencia? ¿Cómo puede favorecer la competencia entre empresas?

ROJAS: Nuevamente estamos cayendo en el error de asumir que la supuesta «aplicación de la regla de la razón» se limita a la «concertación de precios». Esto no es cierto, pues el sistema de exenciones a posteriori es general por definición. En segundo lugar, tampoco es cierto que el otro requisito concurrente de exención sea que «no se afecte la competencia». Ello sería un absurdo pues estamos ante una práctica restrictiva de la libre competencia, lo cual quiere decir que necesariamente afecta la competencia; lo que sucede es que, para estar exenta de reproche y sanción, dicha práctica deberá acreditar que los beneficios económicos son superiores a los perjuicios, que dichos beneficios se distribuyen equitativamente a los consumidores y que, además, la práctica era indispensable para obtener los referidos beneficios. La concurrencia de estos requisitos demostrará que los efectos positivos de la práctica cuestionada superan a la afectación a la

competencia que indudablemente se produce. En vista de lo anterior, podemos ver claramente que el requisito no es que «no se afecte la competencia» sino que no se «elimine la competencia», lo cual es muy diferente y guarda lógica con el sistema competitivo: en ciertas circunstancias, el instituto jurídico de la competencia puede tolerar afectaciones en algún grado, lo que no puede tolerar de ninguna manera es su propia eliminación.

OLAECHEA: Si resulta tautológico. El solo hecho que exista la posibilidad de justificar un acuerdo de precios implica eliminar la competencia. No puedo imaginar como un acuerdo de precios pueda favorecer la competencia. A excepción que no sea un mero acuerdo desnudo de precios, sino que tal como lo establecían los anteriores precedentes no tenga por objetivo primordial y único fijar el precio. Con lo cual estaríamos al principio de todo, es decir reconocer lo absurdo e innecesario de hacer una regla como la que establece el actual precedente de Indecopi.

REBAZA: En estos casos lo importante es analizar cuál es el impacto global en la economía de un determinado acuerdo, y no simplificar el análisis del mismo a si en determinadas relaciones la competencia ha disminuido o no.

La mejor prueba de ello son los resultados que hasta el momento vienen arrojando el proceso de integración de las tres empresas cerveceras peruanas (inicialmente Backus y CNC, y posteriormente Cervesur), en donde se ha logrado fortalecer económicamente al sector cervecero peruano, permitiéndole competir con otras cerveceras latinoamericanas, sin que se haya perjudicado de modo alguno a los consumidores peruanos.

Además, la realidad nos muestra que los primeros que romperán y violarán los acuerdos de concertación de precios serán las propias empresas concertadoras, que siempre buscarán la forma de hacer más rentable su inversión compitiendo con sus propios “socios”. En ese sentido, no es correcto afirmar que la concertación de precios elimina la competencia.

FELICES: La respuesta a esta pregunta está explícitamente contenida en otra respuesta.

7. **Se dice que el legislador ha preferido la aplicación de una norma rígida e inflexible –tal como la regla *per se*- para sancionar los acuerdos de concertación de precios. Sin embargo, se ha afirmado que la “realidad económica” puede superar “la imaginación del legislador” ¿Cómo podría una concertación de precios generar beneficios que puedan superar los perjuicios a la competencia y al consumidor?**

ROJAS: Otra vez estamos ante afirmación falsa. El legislador no ha preferido la aplicación de una norma rígida e inflexible, no ha establecido la regla *per se* en nuestro ordenamiento en ningún momento. Aquellas personas que sostienen esto no están cayendo en un error sino que están faltando a la verdad. Lo que ha preferido el legislador es un sistema de prohibición general de prácticas restrictivas de la libre competencia, complementado con un sistema general de exenciones *a posteriori*. Tal como mencionáramos en la respuesta a la quinta pregunta, en los casos de cárteles –el más evidente de ellos, como todos sabemos, es el de la fijación de precios- será casi imposible demostrar beneficios económicos que puedan superar los perjuicios generados. Todos sabemos esto, pues es la realidad. Lo que no podía hacer la Sala de Defensa de la Competencia es violentar la manifestación expresa de la voluntad del legislador plasmada en el texto vigente de la ley, la cual no es otra que dejar abierta la puerta a una hipotética demostración –repetimos, casi imposible- de beneficios que superen a los perjuicios. La solución correcta ha sido establecer un sistema de vigilancia muy estricto y exigente que haga casi imposible que se franquee la puerta, en perfecta armonía con el texto de la ley y con el efecto que universalmente tienen todas las legislaciones en materia de defensa de la competencia: la sanción dura a los cárteles.

OLAECHEA: Desde que salió el nuevo precedente he estado tratando de imaginar un caso posible y hasta el momento no he logrado mi objetivo. No creo que un acuerdo de precios puro pueda en algún caso beneficiar a los consumidores y mucho menos representar beneficios superiores al perjuicio que implica uniformizar los precios y privar del más elemental derecho de mercado, que es el poder de elegir. Es precisamente por los nulos beneficios que pueden resultar de una concertación de precios (que en términos económicos significa que un grupo de agentes obtiene el poder y se comporta como un monopolio elevando los precios y reduciendo la oferta) que a lo largo de la historia mundial se han instaurado reglas y ordenamientos jurídicos conducentes a sancionar rigurosamente los acuerdos de precios entre competidores (además de la jurisprudencia norteamericana en donde se desarrolla la regla *per se*, en la Comunidad Europea el artículo 81 de su Tratado Constitutivo establece la prohibición absoluta de los acuerdos de precios).

REBAZA: Eso dependerá de cada caso concreto. Tal como lo he dicho, la realidad económica siempre termina superando nuestra imaginación, por lo que pretender decir sin conocer el funcionamiento de cada mercado que determinada conducta siempre generará efectos perjudiciales me parece una simpleza que genera obstáculos al desarrollo empresarial.

Ya la Corte Suprema de los Estados Unidos, en casos como *Broadcast Music Inc. vs Columbia Broadcasting System*, ha determinado que sólo luego de una considerable experiencia en cierto tipo de negocios, podía clasificar *per se*, a determinadas conductas, violatorias de las normas de libre competencia, pero no por ello iba a aplicar el mismo criterio a negocios que no conocía. En estos últimos casos la Corte Suprema ha afirmado que debería analizar la racionalidad económica (“regla de la razón”) y determinar si es o no perjudicial.

Bajo esa misma lógica creo que es necesario que el organismo regulador analice cada caso concreto, y sólo una vez que tenga una considerable experiencia en un determinado tipo de negocios, puede concluir que determinado acuerdo en determinada industria resulta siempre perjudicial para el mercado.

FELICES: Los procesos económicos son, por definición, dinámicos. Y no es una novedad que el dinamismo de la realidad económica supere el que pueda ser contemplado por un legislador o un gobernante: el colapso del bloque socialista a finales de los años ochenta fue la confirmación de que las economías planificadas eran incapaces de competir con el libre mercado. Pero las políticas de competencia también son dinámicas y buscan, dentro de su propio espacio, dar una respuesta adecuada a los desafíos que presenta la realidad económica.

Existen pocos casos de consenso sobre los efectos anticompetitivos que la actuación de las empresas pueden ocasionar en el mercado y, por ende, sobre la necesidad de regular o limitar su actividad. Sin embargo, uno de esos casos es precisamente el que se refiere a la ilegalidad *per se* de las concertaciones de precios “desnudas”. Lo importante en este caso no radica en cuestionar los límites de la capacidad inventiva del legislador, sino en tomar en consideración la demostración empírica de la teoría económica: la concertación de precios, cuando no está asociada a un proceso de integración productiva, no genera eficiencias en ningún caso; por el contrario, es siempre contraproducente para los consumidores y el mercado.

8. ¿Cuál es el papel del consumidor dentro del contexto de las consecuencias del cambio de precedente?

ROJAS: Una breve respuesta a esta pregunta consiste en recordar que no sólo la eficiencia económica –es decir, la sumatoria del excedente del consumidor con el excedente del productor– es un objetivo válido del Derecho de la Competencia sino que, por el contrario, un objetivo aún más válido y deseable es el privilegiar el interés del consumidor –es decir, centrar el análisis en el excedente del consumidor. Luego de esto, la

respuesta cae por su propio peso: en armonía con la norma nacional y con las tendencias mundiales en la materia, el interés del consumidor se ve privilegiado como el objetivo, la finalidad de la norma de Defensa de la Competencia, cosa que era arbitrariamente negada por el viejo e ilegal precedente que fue dejado de lado con la nueva interpretación de la Sala de Defensa de la Competencia.

OLAECHEA: Las empresas compiten por la preferencia de los consumidores y por ello estos esperan que las empresas ofrezcan opciones atractivas en precios y en calidad en función de las cuales poder elegir. Lamentablemente, pensar que bajo los motivos establecidos en el precedente se puede aprobar una concertación implica aceptar que los consumidores se verán perjudicados en aquellos casos que el Indecopi no sancione a esas empresas concertadoras. En esos casos a los consumidores no les quedara otra alternativa que aceptar pagar el precio único que fijen dichas empresas.

REBAZA: El papel del consumidor no varía con uno u otro precedente. El consumidor seguirá teniendo preferencias y determinará la demanda por ciertos productos y participará en la conformación del precio del mismo. Como ya lo he dicho, lo importante es analizar el costo de acceso de nuevos competidores, que determinará el ingreso de nuevas empresas en caso los precios acordados estén por encima de las expectativas de los consumidores.

No olvidemos que el cambio de precedente permite sólo aquellos acuerdos de precios que resulten en mayores beneficios para el interés económico general y no todos los acuerdos de precios sin importar el impacto de éstos.

FELICES: Esta pregunta ha sido respondida con la respuesta número 6.

9. ¿Los efectos colaterales del cambio del precedente respecto al impacto que éste generaría en la inversión extranjera pueden resultar positivos o negativos?

ROJAS: Absolutamente positivos. Ahora el Perú puede decir que garantiza el derecho defensa en la imposición de sanciones en el marco de la competencia y que ha dejado de lado los rezagos del absolutismo en virtud del cual la Administración Pública aplicaba sanciones sin dar oportunidad de defenderse a los acusados, bajo el pobre argumento de que así se cautelaba mejor los recursos del Estado y no se desperdiciaban en una investigación que solo confirmaría la culpabilidad. Es el momento en que el Estado debe probar sus acusaciones y permitir que los acusados se defiendan. El debido proceso y el Estado de Derecho siempre atraen inversiones.

OLAECHEA: Los inversionistas pueden ver esto de dos formas: (i) En el Perú es fácil cartelizarse y es posible que no te sancionen, más cuando es un mercado en formación. La mayoría de los inversionistas nuevos prefieren entrar a competir agresivamente con precios atractivos para captar la preferencia de los consumidores, sin embargo, en el nuevo contexto, podrían tender a cartelizarse evitando el riesgo de ingresar al mercado con una oferta agresiva, ya que es posible que no los sancionen por ello. (ii) A los inversionistas extranjeros les preocupa que se permitan las concertaciones de sus competidores. Así podría establecerse un cartel de precios para que determinado producto tenga un precio bajo, lo que aparenta ser bueno para los consumidores.

Pero podría ocurrir que ese precio cartelizado bajo tenga el objeto de impedir el ingreso de una empresa extranjera, que podría vender a un menor precio o quizás ofrecer un producto de mejor calidad. Considero, que los inversionistas extranjeros o nacionales, deberían preocuparse con la nueva regla del Indecopi.

REBAZA: Creo que todo cambio que busque reducir la intervención estatal en la economía, y amplíe el espectro de oportunidades para las empresas es siempre beneficioso para la inversión, sea esta nacional o extranjera.

Las reglas flexibles que dotan al empresario da mayor libertad al momento de llevar a cabo sus negocios, siempre tendrán un efecto positivo.

FELICES: La inversión extranjera reclama reglas claras y foros independientes para la resolución de disputas. Indecopi ha desempeñado a lo largo de la última década un papel fundamental frente al inversionista extranjero, garantizando que los procesos a su cargo sean resueltos de manera técnica e independiente. Si a ello le sumamos las carencias que ha evidenciado nuestro sistema de administración justicia, veremos que la tarea desarrollada por el Indecopi era doblemente importante.

Lamentablemente, creo que la Resolución del Tribunal en el caso del SOAT envía un mensaje negativo al mercado. Al no existir una justificación significativa para el cambio de precedente, se puede debilitar el marco institucional existente y afectar la confianza de los consumidores e inversionistas.

10. Finalmente, en OSIPTEL aún se seguirá utilizando un criterio *per se* para sancionar los carteles de precios. Con ello, ¿no se estaría desuniformizando el sistema jurisprudencial en esta materia?

ROJAS: La sola existencia de marcos sectoriales de aplicación de la ley de competencia da lugar a que existan aplicaciones de la misma norma diferentes. Ello no es contradictorio, es simplemente el predominio de la especialidad y los agentes económicos lo pueden tener claro, sin mayor dificultad. Sin embargo, dado que la aplicación de la regla *per se* es manifiestamente ilegal, no cabe duda de que los aplicadores de ella en OSIPTEL tendrán que preocuparse por adecuar su actuación al marco legal.

OLAECHEA: La jurisprudencia del Indecopi no es de observancia obligatoria para los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Osiptel. Pero más allá del tema de la uniformidad, está el tema de fondo sobre la validez de una regla como la adoptada por el Indecopi. Resultaría absurdo, por ejemplo, considerar legal y beneficiosa para los consumidores una concertación de precios realizada por las empresas de telefonía celular. Es casualmente en este mercado donde los precios vigentes y la variedad de productos ofrecidos han demostrado una agresiva competencia entre los agentes participantes y por tanto, un beneficio de todos los usuarios del mencionado servicio. Dada la inexistencia de obligatoriedad y la falta de sustento del nuevo precedente de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi resulta poco probable que alguna de dos instancias del Osiptel encargadas de analizar los temas de libre competencia en el mercado de telecomunicaciones modifiquen su metodología de análisis para los supuestos de prácticas restrictivas establecidas en el Decreto Legislativo 701.

REBAZA: La ley nunca ha buscado un sistema jurisprudencial uniforme en temas de libre competencia. Tan es así que el artículo 78 de la Resolución No. 10-2002-CD/OSIPTEL señala que en las controversias relativas a temas de libre competencia, la Secretaría Técnica del OSIPTEL solicitará al Indecopi un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que dicha institución viene aplicando en materia de libre competencia.

En ese sentido, sin perjuicio de la posición que pueda adoptar el Indecopi respecto de la aplicación de una “regla *per se*” o una “regla de la razón”, la ley establece que OSIPTEL hará su propio análisis del Decreto Legislativo 701 y determinará qué criterios debe aplicar.

Sin perjuicio de ello, tampoco podemos afirmar que OSIPTEL seguirá aplicando la “regla *per se*”. No olvidemos que los “Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones”, aprobados por la Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL, son meramente referenciales, pudiendo el Tribunal de OSIPTEL alejarse de dichos lineamientos en caso lo considere necesario.

FELICES: Este es un problema que no se origina propiamente en el cambio de precedente, sino que se deriva de la existencia de dos entidades de competencia que conviven en el mercado. En buena cuenta, era previsible que en algún momento existiera una disparidad de criterios entre ambos organismos. Personalmente, pienso que sería más eficiente contar con una sola autoridad de competencia, que redujera posibles inconsistencias entre ambas y generara mayor certidumbre y confianza al mercado.

Pero lo cierto es que pretender una jurisprudencia estable y absolutamente permanente en este campo del derecho es muy difícil de alcanzar. Incluso en países como Estados Unidos, en donde el derecho se fundamenta en la jurisprudencia, la Corte Suprema ha aplicado la “regla de la razón” o la “regla *per se*” en muchos casos, no existiendo uniformidad en la jurisprudencia americana respecto a la aplicación de uno u otro criterio. No considero que esto sea positivo. Pero sí muestra que es necesario alcanzar un consenso “real” entre los distintos actores de la economía sobre las normas que serán aplicadas.

REFORMA DEL PODER JUDICIAL: REFUNDANDO EL SISTEMA DE JUSTICIA EN EL PERÚ

Samuel Abad

Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Javier de Belaunde L. de R.

Miembro de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado. Socio Principal del Estudio Javier de Belaunde Abogados.

Ernesto de la Jara

Director General del Consorcio Justicia Viva. Presidente del Instituto de Defensa Legal.

Luis Pásara

Profesor investigador de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas – CIDE, México, D.F.

Nuevamente el tema de la reforma del sistema de justicia ha sido puesto en la agenda nacional, diversos casos recientes han hecho que la atención pública se vuelva sobre un problema histórico que ya es permanente: la crisis de la administración de justicia.

La reforma del sistema de justicia no es una cuestión coyuntural. En THEMIS estamos convencidos sobre la necesidad que ésta se lleve a cabo para afirmar un estado constitucional de derecho e iniciar el camino al desarrollo. En THEMIS-Revista de Derecho 43 abordamos el tema a raíz de la “reforma” de Fujimori, en esta oportunidad a través de la presente Mesa Redonda pretendemos retomar dicha reflexión estableciendo dónde nos encontramos y cuáles podrían ser los pasos a seguir para lograr que la reforma realmente implique saldar la deuda histórica del sistema peruano de acercar la justicia a los hombres.

1. ¿Cómo y cuándo surgió su interés por los temas de reforma judicial?

ABAD: Desde hace varios años la reforma de las instituciones democráticas y particularmente de aquellas que forman parte del sistema de justicia constituyen temas de especial interés personal y, sin duda, institucional por el trabajo que desarrollamos en la Defensoría del Pueblo. Y es que es imposible construir un Estado social y democrático de derecho en el Perú sin un sistema de justicia adecuado que garantice la tutela de los derechos de las personas y controle eficazmente los excesos del poder.

DE BELAUNDE: En 1977 la Corte Suprema, entonces con una importante presencia de jueces innovadores, pidió al Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, una organización a la que en Perú pertenecíamos básicamente profesores de la Universidad Católica, desarrollar un programa dirigido a magistrados sobre Derecho y Cambio Social. Era el primer programa de capacitación para jueces que se organizaba en el Perú. Intentaba invitar a los jueces a reflexionar sobre su rol social y a hacerlos descubrir la importancia de un razonamiento jurídico no formalista. Jorge Avendaño presidía el Consejo y consiguió el apoyo de la Fundación Interamericana. Nos encargó a Luis Pásara y a mí la conducción del proyecto. Fue una experiencia inolvidable. Para organizar los seminarios visitamos a cerca de 400 jueces en sus lugares de trabajo. Conocimos cómo pensaban, qué sentían, qué esperaban. Constatamos que nunca se habían reunido. Palpamos su postergación. Conocimos a verdaderos héroes civiles que desempeñaban su función con gran dignidad en condiciones inimaginablemente precarias. Preparamos “materiales de enseñanza” con doctrina y casos para discutir. Ello los desconcertó inicialmente. Congregamos un grupo excelente de profesores.

Fueron primero dos seminarios de tres semanas en Lima con 40 jueces cada uno. Meses después nos reunimos en Chiclayo y el Cusco con los mismos a discutir sus casos y el impacto de los primeros seminarios. Fue apasionante. Después, hasta 1981 se realizaron cinco seminarios más en provincias. Esa experiencia impactó mucho a un núcleo importante de jueces. Hasta hoy lo recuerdan. En ese contexto se formó la Asociación Nacional de Magistrados y surgió como reclamo la institucionalización de la experiencia: era el germen de la Academia de la Magistratura. Yo nunca me pude desvincular del tema.

DE LA JARA: Desde que era estudiante me ha interesado la política en el buen y amplio sentido de la palabra: temas relacionados con gobernabilidad, construcción de un país con mayor nivel de inclusión social, con políticas públicas e instituciones más democráticas y modernas, ámbito en el que el sistema de justicia es clave. Siempre he creído que un sistema de justicia mínimamente funcional ayudaría mucho en términos políticos y sociales. Por otra parte, pertenezco a una institución, el IDL, que tiene veinte años promoviendo causas justas ante tribunales nacionales e internacionales, con un nivel de éxito y otro de frustración; una línea de trabajo que permite detectar en la práctica lo bueno y lo malo de la realidad judicial, y cómo una buena o mala actuación judicial puede salvar o mandar al infierno a una persona.

PÁSARA: Surgió en 1976, cuando Federico Gutiérrez Salazar, entonces vocal de la Corte Suprema de Justicia –drásticamente renovada por el gobierno militar–, me pidió apoyar el propósito de dar inicio a una reforma judicial. Mi propuesta fue realizar un diagnóstico integral, la Corte aprobó la idea y su financiación, y me vi entonces ante el desafío de planear y organizar la tarea, que llevé a DESCO. Pero, tal vez, mi mayor fascinación ocurrió un par de años después, cuando –con Javier Belaunde– organizamos y llevamos a cabo unos seminarios-taller para motivar a los jueces hacia el cambio de la justicia. Conocer de cerca a los jueces, entender su modo de pensar y su punto de vista, ha sido para mí, desde entonces, un objeto de estudio apasionante. En los años siguientes –en los que amplí mi trabajo sobre el tema a Argentina, buena parte de Centroamérica y México–, encontré crecientemente interesante tanto el conocimiento del tema, como el desafío de efectuar una transformación que, al mismo tiempo que es muy difícil, también he descubierto posible en algunas experiencias.

2. ¿Cuál considera usted que es el principal problema del sistema de justicia en el Perú?

ABAD: Hay varios problemas que en su conjunto no han permitido que la situación cambie y se mantenga

esta crisis. De un lado, intereses políticos –y económicos– que han tratado de garantizar la permanencia del actual estado de cosas –una justicia lenta, ineficiente y corrupta– o que no se han interesado en cambiarlo. De otro lado, la carencia de un liderazgo y del compromiso –económico, político, y personal de quienes integran el propio sistema– que permita emprender un proceso de reforma efectivo. A ello se une la ausencia de un trabajo coordinado entre todas las instituciones involucradas y la falta de un plan integral de reformas que paulatinamente vaya permitiendo avanzar hacia un cambio.

DE BELAUNDE: Su falta de prestigio social. Es cierto que ello es expresión de múltiples problemas, pero es un problema en sí mismo. La gente no cree en la justicia profesional, la de los jueces y abogados y vaya si tiene motivos para ello. No sólo hay problemas de acceso, de corrupción, de lentitud, sino de falta de razonabilidad en los fallos. La gente no siente que el aparato de justicia sea una organización al servicio de resolver sus problemas. Lo grave es que esa falta de confianza socava el sistema democrático y la vigencia del sistema legal, y de otro lado, genera obstáculos muy fuertes para abordar su reforma. Hay que luchar contra esa actitud de “esto no lo cambia nadie” y de la propensión que muchos tienen para obrar en consecuencia.

DE LA JARA: Hay un tema central, aunque es comprensivo de muchos: todos colaboramos de manera heroica y creativa a que el sistema de justicia funcione lo peor posible. Los jueces y fiscales tienen los defectos y carencias que todos conocemos, y administran justicia a su imagen y semejanza. Los abogados actúan temerariamente y muchos hacen del gremio una banda (y no de música). Las facultades de Derecho forman generalmente pésimos abogados y no tienen ningún espacio para ayudar a la formación de magistrados, pues no es rentable. Un número significativo de estudiantes optan por el Derecho no por algún tipo de vocación, sino porque puede ser la vía más rápida hacia un enriquecimiento lícito, ilícito o al filo. El ciudadano común y corriente incumple sistemáticamente normas y derechos, y cada vez delinque con mayor facilidad, por lo que contribuye a crear esa carga judicial inmanejable. Como “el que puede puede”, son muchos los que no tienen ningún escrúpulo en coimear a quien se le interponga en el camino de la sentencia judicial que necesita. Los medios de comunicación no hacen ningún esfuerzo por distinguir a justos de pecadores. Sigue habiendo sectores que creen que no tienen por qué responder ante la justicia, por lo menos no ante el fuero común, sólo para civiles y pobres. Lo que quiero decir es que cada sector pone su cuota para que las cosas anden como están.

PÁSARA: Tengo demasiado tiempo fuera del Perú como para responder fundadamente la pregunta. Desde lejos, constato que, a lo largo de casi treinta años, los propósitos de reforma se han renovado periódicamente, sin dar fruto. La reforma de la justicia hace ciclos invariablemente improductivos. Hay a estas alturas poco que no se sepa acerca de cómo funciona el sistema y qué debe hacerse. Sin embargo, mi sensación consiste en que los esfuerzos se frustran una y otra vez debido a disputas inútiles o propósitos mezquinos. Así se liquidó la reforma iniciada precisamente en 1976, en la cual participé, y así parece estar ahora empantanándose el aparente “acuerdo nacional” para transformar la justicia, motivo de un forcejeo estéril entre la Corte Suprema y los poderes Ejecutivo y Legislativo. Como lo sugieren otros temas, el principal problema, pues, no sé si está en la justicia o en el país al que pertenece.

3. ¿Es posible realizar una verdadera reforma en justicia cuando entre los llamados a organizar y hacer los cambios –políticos y operadores– hay quienes preferirían el mantenimiento de un sistema corrupto, ineficiente y débil? ¿Cómo superar los intereses opuestos al cambio?

ABAD: Sí creemos que es posible, aunque ello –sin duda– no será fácil ni se logrará de la noche a la mañana. Un aspecto positivo es que en la actualidad todos coinciden en la necesidad de llevarla a cabo y se aprecia voluntad por hacerlo en democracia. Este momento no puede ser desaprovechado. Pero este camino aún cuenta con algunos aspectos pendientes que es imprescindible superar y para ello se requiere tener claros los objetivos, las estrategias, el presupuesto necesario y el compromiso de las personas e instituciones involucradas.

DE BELAUNDE: La resistencia al cambio es muy grande, pero creo que la situación actual ofrece algunas ventajas que habría que aprovechar. Hay una cierta conciencia de haberse “tocado fondo”. No se puede olvidar que venimos de la etapa más siniestra de corrupción y utilización política del Poder Judicial durante el gobierno de Fujimori. El meollo de lo que Pedro Planas denominó el “Fujimorato” fue la captura del sistema de justicia. Ello ha servido para tomar conciencia de la enorme importancia de este sistema en una sociedad. También para advertir que una reforma judicial que no busque consolidar jueces autónomos, no es reforma por más computadoras que ponga. De otro lado, el Poder Judicial y el Ministerio Público han demostrado tener reservas morales importantes como lo expresa, por ejemplo, la justicia anticorrupción. A partir de todo esto habría que buscar un gran pacto que priorice como política de Estado la

reforma judicial. Ello involucra a actores del sector público (jueces, funcionarios, etc.), pero también importantemente a organizaciones sociales que de alguna manera tienen que ver con el servicio de justicia. Todos tienen que guardar sus pequeñas agendas y darse cuenta de que estamos ante un problema de supervivencia social: o la justicia cambia o la sociedad estalla.

DE LA JARA: Su pregunta plantea un sinceramiento de las cosas que es interesante pero que puede ser impertinente en el mundo de cuello y corbata: supuestamente todos queremos un buen sistema de justicia, pero ¿cuántos en realidad quieren de verdad una justicia con capacidad para fiscalizar al poder, castigar al corrupto, proteger los derechos humanos, equilibrar la desigualdad de ricos y pobres, hacer cumplir la ley caiga quien caiga, etcétera, etcétera? ¿Cuántos? Con seguridad no son todos, ni la mayoría, y la explicación es simple: son muchos los que pescan a río revuelto, los que se benefician y hasta viven de la crisis judicial.

PÁSARA: Una de las mayores dificultades en un proceso de reforma reside en la fortaleza de quienes se resisten a la reforma y la debilidad de quienes verdaderamente la propugnan –y no me refiero a quienes dicen propugnarla. En el caso de jueces y fiscales, tenemos la paradoja de que al tiempo que constituyen un foco central de resistencia, es indispensable contar con ellos –al menos con un sector– para llevar a cabo la reforma. Insisto: contar con un grupo de jueces y fiscales comprometidos de veras con el cambio es esencial. En el caso de los abogados litigantes es muy difícil que se constituya un grupo semejante. Se trata de un sector que con la reforma sólo puede perder: tendrá que dejar de lado su “saber cómo se hacen las cosas” –corrupción incluida– y empezar a jugar bajo reglas a las que no está acostumbrado. De modo que, en la mayor parte de los casos, sólo podrá esperarse resistencias de los colegas. Así las cosas, es necesario constituir una alianza entre aquellos que favorezcan la transformación de la justicia, de modo que las resistencias puedan ser vencidas.

4. ¿Quiénes deben organizar y sostener una reforma real en el Perú?

ABAD: La reforma no puede realizarse de manera aislada por cada órgano del sistema de justicia. Todos los organismos involucrados deben participar y efectuar un trabajo coordinado. Nos referimos al Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio de Justicia, Policía Nacional, Academia de la Magistratura, Congreso de la República, Defensoría del Pueblo y sociedad civil.

La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) puede convertirse en un buen espacio de coordinación que permita contar con un plan de reforma de la justicia en el país. Y es que la autonomía de las instituciones no puede impedir la concertación. Incluso, pensamos que para ello no resultaba indispensable una ley sino tan sólo una clara voluntad de todos los involucrados en comprometerse colectivamente con el cambio.

DE BELAUNDE: Es imposible una reforma judicial sin los jueces, como parece también imposible una reforma judicial sólo de los jueces. Es muy importante el histórico paso al frente que dio el Presidente de la Corte Suprema Hugo Sivina a inicios del 2003, anunciando una reforma judicial planificada y desarrollada desde el Poder Judicial. Ese reclamo del tema judicial como un problema que atañe resolver a los jueces es un signo muy importante. También lo fue –más allá de proyectos de ley discutibles– el anuncio del 28 de julio del 2003 del Presidente Toledo de que la reforma judicial es una prioridad gubernamental. Se trata de evitar una ruta de colisión y buscar concordar esfuerzos en una suerte de *task force* que dé cabida prioritaria a los magistrados, a representantes de otros órganos del sistema judicial, a los poderes públicos y por cierto a la sociedad civil; que diseñe una reforma integral del sistema de justicia con metas y responsables a corto, mediano y largo plazo.

DE LA JARA: En el IDL y Justicia Viva siempre decimos que una verdadera reforma judicial tiene que ser impulsada por una alianza entre fuerzas internas y externas –en relación con el sistema de justicia– que estén a favor del cambio en la línea correcta (modelo democrático), pues así como hay muchos que pescan a río revuelto, son también muchos los que no están dispuestos a hacerlo y que dormirían más tranquilos si supieran que el engranaje judicial es más justo y menos peligroso. Hay jueces probos que trascienden la precariedad y la crisis; abogados que no tienen espíritu de cuerpo; empresarios que prefieren invertir para no tener que jugar al mejor postor; facultades de Derecho que pretenden una nueva relación entre derecho y sociedad; ciudadanos hartos de la viveza; políticos con una agenda más que personal, etcétera, etcétera. Es este tipo de alianza la que puede confrontar a la otra.

PÁSARA: La pregunta nos sitúa en el terreno de las alianzas. La experiencia chilena, en particular, pero también la guatemalteca, en menor medida, enseñan que constituir una alianza de grupos interesados en una mejor justicia –provenientes de diferentes sectores y probablemente portadores de diversos intereses– es indispensable. Esto debe incluir: académicos, ONGs, empresarios, comunicadores, políticos y asociaciones varias de sectores medios. Si un sector trata de imponer una agenda a los otros, el esfuerzo de coaligar sectores

se perderá. Es preciso partir de una actitud abierta y una disposición negociadora, que permita encontrar mínimos comunes denominadores por los que luchar juntos. Debo subrayar que en el Perú, hasta hace poco, la presencia empresarial en el tema fue —en contraste con Chile, Colombia y República Dominicana— inexistente. Pero advierto, como grata sorpresa, que en el CADE 2003 el tema ha sido introducido de una manera muy pertinente, como interrogación acerca de la factibilidad de la reforma.

5. Históricamente el sistema de justicia ha estado sometido para responder a las necesidades del poder. Sistemas de nombramiento, purgas arbitrarias y algunos otros mecanismos más sofisticados han sido utilizados como herramientas para lograr este propósito. ¿Cómo lograr una independencia efectiva?

ABAD: Desde un punto de vista institucional es preciso rodear de un marco normativo a los magistrados de tal manera que se garantice su independencia. Pero no basta con ello pues se requiere también que quien llegue a ser magistrado —como lo ha indicado Luis Pásara en un importante informe sobre la selección de jueces— cuente con la fortaleza personal necesaria que le permita ejercer la función con independencia. De esta manera, podrá, por ejemplo, enfrentarse al poder y disponer la inaplicación de una ley inconstitucional pese a las presiones que pudieran existir y sabiendo que ello puede costarle el cargo. Ello pocas veces se ha visto en el país. Un buen ejemplo de independencia se presentó cuando durante el gobierno de Fujimori dos valientes mujeres —una fiscal y una jueza— no aplicaron la ley de amnistía en el caso Barrios Altos por su manifiesta inconstitucionalidad y decidieron continuar con la investigación. Lamentablemente, las instancias superiores no actuaron de la misma manera.

DE BELAUNDE: Creo que hay aspectos del diseño constitucional y legislativo importantes. Por ejemplo quién nombra y quién controla a los jueces. Cómo se gobierna el Poder Judicial. Cómo se decide su presupuesto. También la creación de una carrera judicial que dé a los jueces la estructura y seguridad debidas. Todo ello es fundamental, pero lo es también la toma de conciencia en la judicatura de su rol en la sociedad. Es una tarea permanente, destinada a romper la “cultura de la dependencia” y a mostrar el poder del juez.

DE LA JARA: Dada la amplitud del tema, me limitaré a enumerar distintos niveles de reflexión: 1) Hay que asegurarse de que no hayan mecanismos institucionales que lleven directa o indirectamente a una injerencia política, como los que proliferaron en la década pasada. 2) Los magistrados deben estar dispuestos a defender su independencia, rompiendo con esta tradición de

subordinación o comparsa, pero sin pasarse de la raya (independencia no es aconchabamiento). 3) El poder político (gobierno y partidos) debe estar dispuesto a no meter las manos en el sistema de justicia. 4) Así como el Poder Judicial exige independencia frente a otros, debe crear los mecanismos que permitan una independencia interna de cada entidad jurisdiccional. 5) La existencia de jueces con voluntad y capacidad de independencia depende de un buen sistema de selección. 6) Sólo la transparencia judicial permite apreciar si la actuación jurisdiccional es independiente o no. 7) Es indispensable un sistema político y social que permita la expresión de una pluralidad de presiones. 8) Recursos suficientes, utilizados con racionalidad y transparencia, son también fundamentales.

PÁSARA: En la pregunta hay dos temas que deben ser diferenciados. Primero, la independencia del sistema de justicia es, sobre todo, asunto de diseños institucionales que garanticen a cada entidad componente formas de autonomía respecto de los otros poderes del Estado; el mayor déficit está en el Ministerio Público, que tiende a ser un apéndice del Poder Ejecutivo. En particular, la cuestión del presupuesto debe preservarse como un campo que no someta al aparato de justicia a dependencias comprometedoras y a negociaciones humillantes. Segundo, la independencia del juez y del fiscal es más compleja. De un lado, el sistema de designaciones tiene que garantizar que jueces y fiscales no deban su nombramiento a nadie. De otro lado, la jerarquía judicial no puede interferir en las decisiones de los casos sujetos a conocimiento de otra instancia; no basta con que la ley lo diga porque de lo que se trata es de cambiar actitudes y prácticas. Para ello es necesario que se sancione ejemplarmente al vocal que se interesa por un caso que debe decidir un juez o al vocal supremo que llama a un vocal superior. No se agota aquí la lista de factores, pero esos dos se hallan entre los más importantes.

6. Dos rasgos principales que caracterizan la idoneidad de jueces y fiscales son, de un lado, su capacidad profesional en tanto operadores del derecho y, de otro, su capacidad moral y ética. Partiendo de dicha premisa, ¿de qué manera podría la enseñanza del derecho en todos sus niveles ser mejorada a efectos de lograr que la formación esté orientada a alcanzar dicha idoneidad?

ABAD: La educación legal es indispensable y comienza desde la etapa universitaria. Si deseamos contar con un magistrado creativo, que argumente y razone sus decisiones y que no sea un juez “boca de la ley” es indispensable que la formación que adquiera desde

sus primeros años en la Universidad lo prepare para ello. Paralelamente, es indudable que la formación ética y el aprendizaje de valores democráticos empieza desde temprano y por ello resulta indispensable que la Universidad contribuya a este esfuerzo y que el perfil del alumno que se busca se oriente por esa ruta.

Lamentablemente, en la actualidad la educación universitaria presenta serios problemas ante el elevado número de universidades con facultades de derecho que no brindan las garantías suficientes para dotar a sus alumnos de la formación necesaria que permita que sean buenos abogados y, posteriormente, buenos magistrados.

DE BELAUNDE: La capacidad profesional depende en gran medida de la formación universitaria. La reforma del Poder Judicial empieza, en realidad, con la reforma de los estudios de Derecho. Aquí hay mucho por hacer. La capacidad moral y ética, es un tema más complicado. No creo que la Universidad o la Academia de la Magistratura pueda volver ético a quien no lo es. Los jueces no han llegado de Marte; son fruto de una sociedad en la cual, lamentablemente, la corrupción ha penetrado casi todo. La búsqueda de honestidad en los funcionarios del Poder Judicial forma parte de algo más grande: la lucha contra la “cultura de la corrupción” en el país.

En materia de formación universitaria, creo que es indispensable hacer ver a los estudiantes que el rol del intérprete no es mecánico; que a través de la interpretación jurídica, el intérprete y por tanto el juez, introduce valores en la solución de las controversias. Que la ley es un marco que ofrece diversas soluciones y que la opción por alguna de ellas no es mecánica, sino esencialmente valorativa. Aquí el juez completa la labor del legislador. De esta manera está en aptitud de trazar políticas sociales. Es lo que hace varios años Fernando de Trazegnies denominó el rol político del juzgador.

DE LA JARA: La pregunta nos lleva a indagar por el perfil del abogado (y, por tanto, del juez): ¿a qué tipo de perfil apuntan las facultades de Derecho? ¿Colaboran con la idoneidad profesional y moral que se necesita? Para comenzar, seamos sinceros: gran parte de las facultades de Derecho son un fiasco, son facultades “bamba”. Son, entonces, la negación de esa idoneidad. Más bien, algo hay que hacer frente a ellas. En relación con las otras, las buenas facultades de Derecho, cabe otro tipo de preguntas: ¿hasta qué punto enfatizan el aspecto ético de la profesión? ¿Algunas tratan de ganar alumnos diciendo que enseñan a defender la justicia; no son más bien dos leones peleándose el símbolo de la publicidad universitaria? Si queremos abogados y jueces democráticos, sensibles al entorno social, ¿por qué no

hay casi cursos de otras especialidades o multidisciplinarios? Y ¿cuántos cursos de derechos humanos hay? ¿Por qué en ninguna universidad hay cursos –por lo menos electivos– para ser jueces y fiscales? ¿Por qué determinadas personas que tienen una práctica profesional y política reñida con lo “idóneo” siguen dando cátedra?

PÁSARA: En buena parte de América Latina, la baja capacidad profesional de jueces y fiscales es llamativa. En Colombia, que no se halla entre los países que cuentan con peor sistema de justicia, una prueba aplicada a los jueces hace unos años desaprobó a 70% de ellos. Esto es problema de las facultades de derecho y no de las escuelas o academias judiciales. Quien no aprendió derecho en la universidad no puede ser “capacitado” cuando está en el cargo. La reforma de la enseñanza del derecho es una tarea incumplida o parcialmente cumplida en algunas facultades cuyos graduados no quieren ser jueces, debido a la falta de prestigio de la función. Jueces y fiscales, en cambio, son reclutados de las universidades donde se otorga el título profesional de cualquier manera. De otra parte, no creo que la ética sea susceptible de enseñarse en la universidad. Es un valor personal que se tiene o no, desde cierta edad. Puede impartirse cursos especializados sobre conflictos de intereses, para que el juez y el fiscal sepan cómo manejarse en ciertas situaciones. Pero si se carece de una base ética personal, son inútiles.

7. ¿Existe responsabilidad de los abogados en los problemas del sistema de justicia?

ABAD: Sin duda. Los abogados no podemos estar ajenos al cambio. Ello implica aportar las propuestas pertinentes, apoyar y comprometerse con los esfuerzos que se vienen realizando y evitar que los problemas actuales subsistan. Por ejemplo, cuando se habla de corrupción judicial es obvio que detrás de ella existen abogados que la promueven. En este aspecto, el rol de los Colegios de Abogados resulta esencial para exigir una conducta ética de sus integrantes y sancionar a quienes cometen estas graves infracciones que perjudican al sistema de justicia y –sin duda– afectan al prestigio de la profesión.

DE BELAUNDE: Enorme. El abogado, por ley, debe actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados; debe patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. No obstante en un estudio hecho por Apoyo S.A. hace algunos años, el 65% de los entrevistados consideraba a los abogados nada o poco confiables; sólo el 21% algo confiables; y el 8% confiables. Creo que esta encuesta responde a la pregunta a través de la percepción social de la profesión. La complementa

la siguiente cuestión que planteó Apoyo: “Para ganar un juicio, ¿cuál es el mejor abogado?”. “El que sabe mucho derecho y pocas mañas: 41%”; “El que sabe muchas mañas y poco derecho: 52%”. Toda una percepción social del abogado y del sistema judicial.

DE LA JARA: Es evidente que los abogados somos parte del problema. Ya me he referido a la práctica profesional verdaderamente temeraria, por decir lo menos. También al ejército de malos abogados que andan “recurseándose” a punto de todo tipo de juicios. Sin embargo, los colegios de abogados hacen sistemáticamente la vista gorda, salvo “póstumamente”, en casos extremos. El mal entendido espíritu de cuerpo es también la regla entre abogados. Por otra parte, es hora también de hacer una evaluación de la participación de los representantes de los colegios de abogados y facultades de Derecho en una serie de instancias vinculadas a la administración de justicia, e intuyo que no van a salir muy bien parados.

PÁSARA: He aludido al tema antes y creo que lo más grave de esa responsabilidad es que no se percibe suficientemente. Cuando se habla de la crisis del sistema de justicia, los abogados gritan: “Al ladrón, al ladrón”, pretendiendo que la ciudadanía mire sólo a las instituciones estatales dedicadas al tema. Lo peor es que logran que no se les someta a un escrutinio minucioso, dejando así fuera de examen y crítica el papel desempeñado por los abogados litigantes en esa crisis. Si se analizara sistemáticamente expedientes judiciales –en las universidades, por ejemplo, que tienen el deber de hacerlo tanto como tarea de investigación como para alimentar su labor docente–, se exhibiría el triste papel que la llamada defensa profesional –pública y privada– cumple dentro del funcionamiento de la justicia.

8. Si bien el sistema de ratificaciones y purgas ha sido recusado ¿qué hacer con un Poder Judicial y un Ministerio Público en el que se reconoce un alto porcentaje de gente no idónea en lo profesional y ético?

ABAD: El Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano autónomo encargado de la destitución y ratificación –cada siete años– de los jueces y fiscales. A lo largo de su funcionamiento, uno de los temas más polémicos ha sido la aplicación de las ratificaciones judiciales. Y es que su ejercicio discrecional, la falta de motivación, su carácter reservado y la ausencia de un adecuado control ha conducido al cuestionamiento de la institución. Por ello, el Informe elaborado por la Comisión de Bases para la Reforma de la Constitución propuso su eliminación. Lo mismo hizo el proyecto de ley de reforma constitucional aprobado por la Comisión de Constitución del Congreso.

En la actualidad, dentro del paquete de normas destinadas a la reforma de la justicia en el país promovidas por el Poder Ejecutivo se ha propuesto introducir ratificaciones extraordinarias durante el año 2004 que –seguramente– serán secretas, inmotivadas, e irrevisables y que, además, nos harán volver a la provisionalidad en la judicatura. Definitivamente, no estamos de acuerdo con ello.

A nuestro juicio, deberían fortalecerse las potestades de sanción disciplinarias para que el “mal juez” deje el Poder Judicial. Una alternativa planteada desde el citado Informe de la Comisión de Bases sería el control externo a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura. Por lo demás, si se trata de una persona que carece de la calidad profesional necesaria para seguir siendo magistrado debería diseñarse un procedimiento transparente y motivado que permita su alejamiento del sistema de justicia.

DE BELAUNDE: La tentación por medidas “drásticas” es permanente. Ahora hay en el Congreso un proyecto de ley para rebajar la edad de jubilación a los 65 años y otro para modificar la Constitución permitiendo una ratificación extraordinaria. Creo que el camino es otro. Hay que darle estabilidad a los jueces, crear las condiciones para que los mejores quieran ser jueces; revisar el sistema de selección; diseñar una carrera judicial; perfilar un adecuado e inteligente sistema de control que importe una evaluación permanente. Transparencia y previsibilidad.

DE LA JARA: Me ubico entre quienes creen que hay que encontrar vías institucionales y compatibles con principios y garantías para poder renovar las distintas instancias del sistema de justicia y apartar al mal juez o fiscal. Las ratificaciones inmotivadas conducen a la arbitrariedad: ya hay un número significativo de magistrados que no han sido ratificados, cuando lo debieron ser, y a la inversa. Por otro lado, estos mecanismos irregulares motivarán acciones de garantía y ante el Sistema Interamericano, y lo más probable es que de acá a unos años tengamos que reincorporar a quienes fueron separados por esta vía, como ahora estamos haciendo con quienes fueron destituidos en el marco del autogolpe de 1992, sin poder hacer las distinciones de fondo que corresponden. Hay que apuntar a lo que la doctrina y la experiencia aconsejan: un buen sistema de selección, una buena carrera judicial y un control disciplinario, justo pero eficaz. Recordemos que el CNM está nombrando –casi sin que nos demos cuenta– a alrededor del 70 por ciento de los jueces y fiscales titulares.

PÁSARA: No puede ignorarse que una buena parte de quienes están en los cargos no deberían estar allí. Lo que ocurre es que ratificaciones y purgas se han efectuado, demasiadas veces ya, sin atender a criterios

seriamente establecidos y públicamente auditables. Tanto la decisión de mantener como la de eliminar a alguien de su cargo son ilegítimas y portan un alto grado de posibilidad de error, cuando se toman a puerta cerrada y sin motivarse. Al mismo tiempo, una reforma verdadera no puede limitarse a nombrar mejor a los nuevos jueces y fiscales; si se quiere ver resultados en un plazo razonable, la tarea debe complementarse con algún mecanismo de evaluación periódica en el que queden al descubierto quienes no son aptos para desempeñar el cargo. La evaluación sistemática –más que las purgas instantáneas– es el camino para ir limpiando al aparato de justicia de los elementos indeseables que lo habitan.

9. Muy concretamente, si usted tuviera que organizar una reforma ¿cuáles serían cinco medidas indispensables?

ABAD: En primer lugar, la reforma no puede realizarse de manera aislada por cada órgano del sistema de justicia. Todos deben participar y fortalecer sus niveles de coordinación para llevarla a cabo. Además, resulta indispensable la participación de la sociedad civil que puede intervenir en diversos niveles, ya sea en la coordinación y apoyo a las demás instituciones, aportando propuestas y experiencias, integrando los órganos de gobierno y actuando como organismos de fiscalización ciudadana. La CERIAJUS puede ser un buen escenario para ello.

En segundo lugar, debe elaborarse un plan integral de reforma de la justicia que cuente con medidas de corto, mediano y largo plazo. Ahí habrá que incluir eventuales cambios constitucionales. Ya existen propuestas en el Informe de la Comisión de Bases para la Reforma de la Constitución y en el Proyecto de ley de reforma constitucional aprobado por la Comisión de Constitución del Congreso. Entre ellas podemos mencionar la constitucionalización de un Consejo de Gobierno del Poder Judicial que permita diferenciar claramente las funciones de gobierno, administración y jurisdiccionales; la eliminación de las ratificaciones judiciales; el control externo a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura; el establecimiento de un porcentaje del presupuesto para el sistema de justicia; la incorporación de los tribunales militares como órganos especializados al interior del Poder Judicial; el establecimiento de mecanismos de coordinación entre los diversos órganos del sistema de justicia; entre otras. A la vez, resulta indispensable efectuar cambios legales, resultando prioritaria la regulación de la justicia penal para avanzar hacia un sistema acusatorio, las nuevas leyes del Ministerio Público y del Poder Judicial, una adecuada regulación de la carrera judicial, el tipo de Corte Suprema que se requiere, etc. Pero también habrá que definir el perfil del juez que queremos; así como plantear cambios a la

organización y gestión del despacho judicial; la racionalización y descarga procesal; la modernización del sistema informático, etc. Para la ejecución de esta plan resulta indispensable contar el presupuesto necesario que permita su ejecución.

En tercer lugar, se debe fortalecer el lado humano de la reforma. De ahí que se haya hablado de un cambio en la “cultura judicial” de los jueces y fiscales. Y es que se requiere un “perfil” de personas identificadas con el proceso de cambio, que tengan –como lo ha anotado Pásara– una formación jurídica apta para interpretar normas creativamente, capacidad para razonar los casos críticamente, independencia y sentido ético de la función. Este cambio cultural debe involucrar también a los auxiliares judiciales y al personal administrativo que son un apoyo clave. Debemos contar con magistrados que interioricen una “cultura de la transparencia”, cuyas resoluciones sean públicas y se sometan a la crítica y que estén en condiciones de aclarar las razones que los condujeron a adoptar una decisión que llega al debate público.

En cuarto lugar, es menester desechar medidas que han generado polémica e incluso dudas sobre una clara voluntad política de cambio. Nos referimos a la propuesta de introducir ratificaciones extraordinarias y a la rebaja de la edad judicial a los 65 años. La propuesta de introducir ratificaciones extraordinarias, de aprobarse afectará derechos elementales pues son secretas, inmotivadas, e irrevisables. Además, nos harán volver a la provisionalidad en la judicatura. El debate para una reforma judicial no puede centrarse en estos temas.

Finalmente, deben ejecutarse medidas concretas e inmediatas que impacten en la opinión pública para que “sienta” que avanzamos por el camino correcto. Hay que legitimar el proceso de reforma pues las irregularidades judiciales vistas a través de los medios de comunicación –por ejemplo, en el caso Panamericana Televisión– han minado la credibilidad del Poder Judicial.

DE BELAUNDE: La pregunta es un gran reto. Pienso que no podría faltar lo siguiente:

- a. Lograr un compromiso político, que importe al menos dos cosas; que los políticos “saquen las manos del Poder Judicial” y que su opción por la justicia como política de Estado se traduzca, como cuestión previa, en una apuesta presupuestal seria.
- b. Lograr un compromiso social; la concertación de organizaciones especializadas de la sociedad civil, con organizaciones de usuarios del sistema, para generar propuestas que respondan permanentemente a las necesidades de la sociedad.

- c. Revalorar el rol de juez. Eso importa revisar los mecanismos de selección, de control, establecer una carrera judicial, pero, sobretodo, trabajar en una capacitación permanente que lo haga apreciar su rol social y cómo las resoluciones judiciales no sólo afectan a las partes en conflicto, sino trascienden a la sociedad, generando patrones de conducta.
- d. Lograr el concurso de especialistas multidisciplinarios (en administración, sistemas, antropología, sociología, ingeniería, derecho) para abordar no sólo la modernización administrativa y afrontar la carga procesal, sino para revisar todos los procedimientos.
- e. Reestructuración de la justicia penal.

DE LA JARA: El trípode que acabo de mencionar (selección, carrera, sistema disciplinario): 1) Lo revisaría antes del nombramiento de los titulares que falta nombrar, comenzando por los seis vocales supremos. 2) Anticorrupción: implementación de mecanismos para la transparencia, especialmente para conocer trayectorias jurisdiccionales y condiciones económicas. 3) Solución de cuellos de botella o situaciones absurdas que más o menos se conocen, explorando vías para aligerar carga procesal o congestión: mecanismos alternativos; principio de oportunidad; Corte Suprema como órgano de asociación, etcétera. 4) Reforma penal y civil: adopción clara de un modelo, e implementación paulatina. 5) Mecanismos para la defensa y protección de derechos fundamentales: sistema especializado de derechos humanos para los casos CVR; mecanismos de acceso a la justicia (jueces de paz). Un último eje transversal: recursos.

PÁSARA: Lamento excusarme de responder la pregunta. Contestarla seriamente es algo que sólo puede hacerse desde el conocimiento muy preciso de la realidad nacional de la que estamos hablando. No poseo ese requisito y, en consecuencia, sería de muy poca utilidad responder con recetas de valor pretendidamente universal, que no corresponden a las necesidades de un país y un momento determinados.

10. Finalmente, ¿considera viable el planteamiento de quienes, sosteniendo que intentar una reforma del sistema de justicia es inútil, proponen un esquema de privatización de la justicia por el cual ciertos temas, como lo contractual, la responsabilidad civil y lo societario, serían retirados del ámbito judicial para verse únicamente en centros de arbitrajes autorizados, en un esquema de competencia?

ABAD: Considero que la posibilidad de contar con centros de arbitraje autorizados constituye una

alternativa complementaria mas no excluyente, pues el derecho de acceso a la justicia debe permitir que las personas puedan acudir a los tribunales y que tal posibilidad no sea negada o recortada cuando lo estimen necesario. Si nos parece interesante la propuesta de especializar jueces en materia comercial conforme lo ha planteado uno de los grupos de trabajo designados por la Corte Suprema. En definitiva, no creemos que el problema de la justicia se resuelva con la privatización.

DE BELAUNDE: Si bien es comprensible después de lo vivido en la década pasada, y dada la dimensión de los problemas, el pesimismo en una reforma judicial, debe repararse que hasta el momento no ha habido un proceso de reforma con objetivos democráticos que haya tenido un mínimo de continuidad. Nos debemos una oportunidad.

De otro lado, creo que los métodos alternativos de solución de conflictos son eso, una eficiente alternativa coadyuvante; no veo conducente una "privatización" de la justicia en los términos que se plantean, aunque quizás habría que conocer mejor los perfiles de la propuesta. Creo que una de las características del arbitraje es su voluntariedad. No creo que se pueda imponer obligatoriamente; sino veamos lo que sucede con la conciliación. De otro lado, podría resultar una abdicación del Estado de una de sus funciones primordiales, con consecuencias que podrían ser graves en un país que requiere institucionalidad y facilitar el acceso de todos los sectores sociales a un sistema eficiente de solución de conflictos. Finalmente, dos consideraciones que nos regresan al comienzo. Una es, ¿quién hará cumplir los fallos de esta justicia privada? Otra, el arbitraje no puede ser una "cápsula" dentro del Estado de Derecho donde las garantías fundamentales no funcionen. ¿Quién debe controlar el cumplimiento de las garantías del debido proceso en los procesos arbitrales? Ahí volvemos al Poder Judicial.

En cualquier caso, me preocupan propuestas que faciliten eludir la responsabilidad social y política de resolver el problema de la justicia estatal y su deuda con el pueblo. Están bien las vías alternativas de solución de conflictos, pero en su sitio.

DE LA JARA: Cabe otra alternativa: acogerse al sistema judicial que rige en Miami. Fuera de bromas, una propuesta así me parece inconveniente por muchas razones, entre las que destacaría: 1) Atenta contra principios jurídicos básicos (unidad jurisdiccional, igualdad ante la ley, etcétera). 2) No es bueno que en un país como el Perú el Estado no tenga ni siquiera la atribución de administrar justicia. 3) Política y socialmente no es bueno tener una justicia para ricos y otra para pobres. 4) No es tampoco que lo privado sea un ejemplo de eficiencia. 5) Lo que hay ya de arbitraje

ha demostrado sus propios inconvenientes; para comenzar, un frecuente conflicto de intereses.

PÁSARA: Reformar el sistema estatal de justicia no es un esfuerzo inútil, como lo demuestran algunos casos: Guatemala, República Dominicana y Chile, entre otros. Hay que admitir también que esta tarea tiene límites que, en algunos países, pueden ser severísimos. “Privatizar” la justicia es viable. Lo que hay que preguntarse es cuáles son los costos de esta opción. Primero, habría que analizar por qué fracasó la mediación obligatoria en el país –versión moderada de una privatización. Segundo, sería imprescindible analizar por qué no se usa más el arbitraje y mirar a aquellos rasgos que lo hacen poco accesible a la mayor parte de la población. Tercero, sería necesario delimitar con precisión

aquellas materias que pueden ser retiradas de la competencia de la justicia estatal sin causar perjuicio a un sector de la población que podría hallarse entonces en una situación de desprotección. Cuarto, si esa delimitación no se efectúa cuidadosamente, llevar a un ámbito privado determinados asuntos de interés público no sólo deslegitimará más al aparato de justicia sino que erosionará el rol del Estado en una sociedad como la peruana, donde ya se halla bastante débil y carente de legitimidad. No hay que negarse a cierta “privatización” de la justicia; el problema reside en establecer en qué ámbitos podría establecerse, quiénes podrían ser beneficiados y quiénes perjudicados con ella, y qué costos implicaría para el funcionamiento del régimen político.

VIOLENCIA, DEBIDO PROCESO Y EDUCACIÓN EN LATINOAMÉRICA*

Owen Fiss **

Durante el mes de julio del presente año se llevó a cabo en Yucaj-Cuzco el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA). En este marco, tuvimos oportunidad de conversar con Owen Fiss, profesor y secretario académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, sobre dos temas de capital importancia para nuestro país: la legitimidad de la violencia y su relación con el debido proceso, y el nivel educativo de las universidades latinoamericanas.

* Entrevista realizada por Andrés Bayly, Enrique Pasquel, Mirella Miranda y Gerardo Solís.

** Sterling Professor of Law de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Profesor de Justicia Distributiva, Teoría Legal, Derecho y Desarrollo y Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Yale.

VIOLENCIA Y DEBIDO PROCESO

¿En un escenario social de desobediencia civil, la legitimidad del Estado es solamente procesal?

Depende. Algunas veces la legitimidad estatal es puramente procesal. Pero en algunas instancias creo que también es sustantiva, en el sentido de que las leyes estatales sean sustantivamente justas. Por ello, cuando el estado señala que actúa legítimamente no solamente está diciendo que actúa de acuerdo a los procedimientos establecidos por la ley, sino que lo que está haciendo es justo.

En los Estados Unidos, por ejemplo, hubo actos de desobediencia y resistencia civil cuando se intentó acabar con la discriminación racial en los colegios y proteger los derechos de los negros. Y el gobierno federal utilizó el poder a su disposición para terminar con aquellos disturbios, como los ocurridos en la Universidad de Mississippi, donde se negaron a dejar entrar a un hombre negro a la misma.

Podríamos decir que la legitimidad de la acción estatal en este caso no solamente se encontraba procesalmente justificada, sino sustantivamente justificada.

¿Aun cuando se tratase de un escenario de desobediencia civil?

Por supuesto. Las personas en la Universidad de Mississippi se encontraban en desobediencia civil, en el sentido que se negaban a obedecer la ley, debido a que la consideraban injusta. Ellos sentían que los negros no tenían un derecho a ir al colegio con los blancos. El gobierno federal respondió con toda su fuerza puesto que tenía una concepción distinta de la justicia.

En el Perú hemos sufrido varios años de terrorismo. En casos de violencia extrema como ésta, ¿es legítimo apartarse de las reglas del debido proceso?

Hace unos años, el Primer Ministro de Italia fue secuestrado. Las autoridades conocían a algunos de los responsables, por lo que hubo más de una persona que propuso torturarlos para obtener información acerca de su paradero.

Cuando se le preguntó al Primer Ministro su opinión, él dijo "si ustedes los torturan y averiguan dónde me encuentro, yo sobreviviré, pero Italia morirá". Puede ser que la paz y la desaparición del terrorismo sólo puedan lograrse suprimiendo el derecho al debido proceso, pero el punto es que no debemos simplemente buscar mantener la paz, sino sostener una sociedad democrática.

¿Y qué sucede con la política de lucha contra el terrorismo que ha adoptado el gobierno estadounidense luego del 11 de setiembre?

Hoy en los Estados Unidos hay un grupo de personas que son detenidas sin respetar su derecho al debido proceso. Lamentablemente algunas de ellas son ciudadanos norteamericanos.

Hay un sujeto apellidado Hamdi, nacido en Louisiana, y que fue capturado en Afganistán, llevado a Guantánamo y posteriormente a la prisión de una base naval en Norfolk, Virginia. Él alegaba no ser un soldado talibán y el gobierno lo acusaba de serlo. Por ello, era considerado un enemigo de guerra, que según el derecho estadounidense no tendría derecho a un debido proceso, tal como es normalmente entendido. La corte en los Estados Unidos respaldó la posición del gobierno.

En mi opinión, esto traiciona principios fundamentales de la Constitución de los Estados Unidos, pues aun cuando se acepte la idea de que un enemigo de guerra no tiene derecho a todas las protecciones que la Constitución norteamericana establece en relación con procedimientos criminales, este señor alega que no era soldado talibán. No puede existir derecho a un debido proceso si este señor no tiene la oportunidad de ser escuchado por los tribunales acerca de si es o no soldado talibán, y si es que no se le permite ser asistido por un abogado.

Adicionalmente, hay individuos que no son ciudadanos norteamericanos, que se encuentran detenidos en Guantánamo y cuyo derecho al debido proceso está siendo violado. El gobierno dice que estos individuos, que fueron capturados en Afganistán, luchaban junto a los talibanes. Ellos, sin embargo niegan ser soldados talibanes y señalan que fueron tomados como botín por la Alianza del Norte.

En la defensa legal presentada, sus parientes hicieron referencia a una serie de precedentes de las cortes estadounidenses. Las cortes de Columbia señalaron que no se les daría una audiencia para determinar si eran o no soldados talibanes, basándose en que no se encontraban en los Estados Unidos, sino en Guantánamo, que geográficamente se ubica en Cuba. Según las cortes, los precedentes solamente pueden ser invocados dentro de la soberanía norteamericana.

Creo que éste es otro caso de violación de principios constitucionales por parte de las cortes. Puede que sea cierto que se trata de soldados talibanes, pero tienen derecho a ser escuchados y cerrarles las puertas es una violación al debido proceso.

Otro ejemplo es el de una persona llamada José Padilla, quien fue arrestado en Nueva York. El gobierno alega que es un soldado de Al-Qaeda que se encontraba en

Estados Unidos para realizar atentados terroristas. Él es un ciudadano norteamericano y está siendo retenido por el gobierno en Carolina del Sur, sin una audiencia, sin posibilidad de ver a su familia y sin acceso a un abogado. A pesar de que la ley en Nueva York señala que tiene derecho a un abogado, este punto está discutiéndose en la Corte de Apelaciones del segundo circuito. Lo que es sorprendente es que el gobierno se esté negando a brindarle la oportunidad de tener un abogado, bajo el argumento de que aislarlo lo forzará a dar información sobre otros terroristas. En esencia se trata de otra forma de tortura y el gobierno lo está reconociendo en nombre de la lucha contra el terrorismo.

Volviendo a la primera pregunta, en todas estas situaciones se ve que para luchar contra el terrorismo a veces es necesario negar el debido proceso, pero tenemos que tener en cuenta que la preservación de la democracia es tan importante como la preservación de la paz.

EDUCACIÓN Y LATINOAMÉRICA

Las universidades norteamericanas y sus académicos muestran un claro liderazgo a lo largo del mundo. ¿Cuáles son las razones de su éxito?

En parte se debe a factores económicos. No es coincidencia que universidades como Harvard, Yale, Princeton o Stanford sean instituciones extremadamente ricas. De hecho la Universidad de Harvard probablemente sea una de las instituciones más acaudaladas del mundo. También hay excelentes universidades estatales que cuentan con grandes recursos económicos, como las universidades de Michigan, California, Berkeley, North Carolina o la Universidad Estatal de Nueva York.

Si bien es cierto que tienen a su disposición enormes recursos, tenemos que preguntarnos cuál es la razón por la que gozan de tales recursos. Parte de la respuesta tiene que ver con la riqueza de los Estados Unidos, que tiene un estándar de vida más alto que otras naciones del mundo. Pero creo que se debe a más que eso. Hay una fuerte tradición en los Estados Unidos de contribuir voluntariamente con instituciones sin fines de lucro.

Hay personas muy ricas que dan millones de millones de dólares a estas instituciones. La Universidad de Yale o su facultad de derecho, por ejemplo, se financian principalmente con contribuciones. Los profesores están bien pagados y los alumnos tienen grandes facilidades, a ellos se les cobra una pensión pero la mayoría de ingresos de la facultad viene de donaciones de gente que se gradúa en ella.

Yo no me considero una persona rica pero también hago donaciones cada fin de año. Un Rockefeller puede

dar 10 millones de dólares, yo doy 100 dólares, 25 ó 50, porque lo vemos como una de nuestras obligaciones como ciudadanos. Pagamos impuestos y si tenemos algo de dinero extra, en vez de ir a un restaurante de lujo, lo damos a la universidad en que estudiamos. Es parte de nuestra tradición.

En segundo lugar, creo que en Estados Unidos siempre se ha apreciado mucho la educación. Estados Unidos es básicamente una sociedad de inmigrantes y desde el principio ha habido un énfasis en la educación como una vía de movilidad social. Por ejemplo, mis dos padres nacieron en el extranjero y ninguno de ellos terminó la secundaria.

Siempre ha habido un sentido de que la educación es extraordinariamente importante para la estructura social de los Estados Unidos. Por ello, cuando llega el momento de donar dinero, la gente suele escoger educación en vez de una iglesia.

¿Cuál es la consecuencia de que Latinoamérica no tenga instituciones educativas líderes en el mundo?

Es terriblemente importante para Latinoamérica, incluyendo Perú, que sus instituciones educativas asuman una posición de liderazgo. No es posible que sólo cuenten con las instituciones educativas de Estados Unidos o Europa como las privilegiadas del mundo. Lo que sucede es que se está creando una suerte de dependencia en las instituciones latinoamericanas.

Uno de los problemas que lleva a esto es que en las universidades latinoamericanas, incluyendo las peruanas hay muy pocos profesores a tiempo completo. Si no tienes profesores a tiempo completo es difícil generar un compromiso intelectual serio con tu área de estudio. Y eso implica que los profesores latinoamericanos se vuelven dependientes de las ideas que generan los académicos en Estados Unidos.

¿Cuál es la principal característica que diferencia a los académicos latinoamericanos de los estadounidenses?

Hay cierta tradición en Estados Unidos, particularmente en las facultades de derecho, por darle una gran importancia a la precisión analítica. Es sencillo distinguir cuando habla un latinoamericano y cuando lo hace un norteamericano. Hay cierta metodología académica distinta.

Hace casi veinte años atrás, cuando vine por primera vez a Latinoamérica, diría que había una gran brecha entre la metodología académica latinoamericana y norteamericana. Hoy la brecha ha disminuido notablemente aunque creo que todavía existe.

Algunos de sus profesores, como es el caso de Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Enrique Felices o Beatriz Boza no tienen una metodología académica muy distinta a la de los académicos norteamericanos. Quizá es un problema generacional. Los profesores latinoamericanos más jóvenes son más precisos y directos, mientras que las generaciones mayores suelen dar muchas vueltas, son más "góticas".

Hay otro punto que me gustaría enfatizar, que me parece que es la fortaleza de los académicos de Latinoamérica. Los latinoamericanos suelen estar más inmersos en política que los norteamericanos. Entre los profesores de Yale que estamos aquí, muy pocos, incluyéndome a mí mismo, tienen alguna vinculación con la vida política del país. Ocasionalmente participamos en algo. El profesor Harold Koh ha sido Secretario Asistente de Estado sobre Derechos Humanos en el gobierno de Clinton. Yo, al inicio de los años 70, trabajé en la acusación contra el presidente

Nixon, y George Priest escribe mucho en el Wall Street Journal sobre una serie de casos que se encuentran en trámite. Sin embargo, no es usual que nos vinculemos de manera directa con la vida política de los Estados Unidos, a diferencia de los latinoamericanos.

Por ejemplo, Carlos Santiago Nino no sólo fue un distinguido profesor sino también uno de los arquitectos de las políticas de Derechos Humanos en Argentina. De hecho, muchos de los jóvenes profesores argentinos que han venido al SELA tienen vinculación con la vida política. Eso los puede alejar de su actividad académica, pero también enriquece su perspectiva y hace más rica su vida pública.

En Latinoamérica hay una brecha más estrecha entre la vida política y la académica. En Estados Unidos la vida política y académica suelen ser más autónomas. Los profesores solemos estar muy orgullosos de nuestros logros académicos y tratamos sobre asuntos públicos, pero a través de la educación que brindamos a nuestros alumnos.

The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. Basic Books Inc. 1978; 479 pgs.

I

Cuando en 1987 el presidente Ronald Reagan hizo pública su intención de nombrar a Robert Bork como candidato para cubrir la vacancia del juez Lewis Powell en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, no era muy difícil anticipar la reacción que dicha noticia ocasionaría en el estamento político norteamericano.

En los más conservadores, el posible nombramiento de Bork a la más alta instancia judicial provocó un gran entusiasmo y fue visto como una oportunidad para revertir la tendencia de la Corte Suprema en materia de aborto, derechos fundamentales y *affirmative action*. Pero para los demócratas, el nombramiento de Bork traía malas noticias. Ya en 1963 Bork había criticado duramente un conjunto de reformas impulsadas por el Partido Demócrata con el fin de abolir ciertas prácticas segregacionistas. Además, como juez, las decisiones que había expedido mostraban una firme línea de oposición a interpretaciones laxas del texto constitucional y su preferencia por el *strict constructionism*, posiciones que hacían prever tiempos difíciles para las aspiraciones liberales. Por si esto no fuera suficiente, Bork había desempeñado un papel determinante en la llamada "Masacre del Sábado por la Noche", durante la etapa final del gobierno del presidente Nixon. Siguiendo órdenes directas de Nixon que tenían por propósito ocultar las grabaciones que en última instancia desencadenarían su renuncia a la presidencia, Bork destituyó a Archibald Cox, procurador especial para el caso Watergate. Lo grave es que la destitución de Cox se produjo luego de que el fiscal general Elliot Richardson y su adjunto William Ruckelshaus, predecesores inmediatos de Bork en el cargo, comunicaran al presidente que preferían renunciar antes que acatar su orden. Para ser justos, fue en mérito a sus propias decisiones que Bork se convirtió para los demócratas norteamericanos en el "radical peligroso" a que hacía referencia Stephen L. Carter en *The Confirmation Mess*. Como era inevitable, el anuncio de Reagan polarizó a la opinión pública y dio inicio a una de las batallas políticas más importantes de su segundo gobierno.

En este escenario político, la figura académica de Robert Bork quedó desplazada. Apenas si se tenía presente por ese entonces que este profesor de derecho de la

Universidad de Yale había escrito en 1978 el libro que constituiría uno de los puntos de inflexión más importantes en el derecho antimonopólico norteamericano.

II

A pesar de que han transcurrido 25 años desde la publicación de su primera edición, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* se mantiene hasta hoy como una de las obras más influyentes en el campo del derecho antimonopólico.

En opinión de Bork, las políticas de competencia en los Estados Unidos de América atravesaban a finales de los años setenta una profunda crisis de identidad, cuyo origen, sin embargo, podía rastrearse incluso hasta el momento fundacional del derecho antimonopólico en la última década del siglo diecinueve. Según su diagnóstico, la evolución de las políticas de competencia norteamericanas y las decisiones judiciales expedidas a lo largo de un siglo habían demostrado de manera insoslayable su incapacidad para dar respuesta a la que él consideraba una cuestión previa fundamental: "*La aplicación del derecho antimonopólico no podrá ser racional hasta que seamos capaces de responder de manera concluyente una sola pregunta: ¿cuál es el propósito de la ley – cuáles son sus objetivos?*"

Como puede esperarse de quien concibe el derecho *antitrust* como una subcategoría ideológica, el diagnóstico esbozado por Bork se apoyaba en un paradigma que él mismo ayudó a construir: el de la Escuela de Chicago. Como Bork, los seguidores de la Escuela de Chicago defienden el libre mercado y afirman que la mejor asignación de los recursos es la que se alcanza mediante la competencia y a través de la información que proporcionan los precios a los consumidores. En este contexto, la intervención del Estado en el mercado es observada con extrema desconfianza y, en general, hace presumir resultados contraproducentes. Al igual que Bork, los economistas y abogados adscritos a la Escuela de Chicago consideran que el único objetivo que debe perseguir el derecho antimonopólico es el de la eficiencia económica; en tanto ésta es la que demuestra una mayor aptitud para promover el bienestar de los

¿Qué está leyendo... Enrique Felices¹ ?

¹ Abogado. LL.M., Yale University.

consumidores. En esta línea, Robert Bork fue uno de los primeros autores (quizás junto con Richard Posner en *Economic Analysis of Law*) en aplicar el concepto de “eficiencia productiva” a las políticas de competencia y en situarlo, como objetivo, por encima de los que tradicionalmente eran protegidos por éstas; por ejemplo, el interés de las pequeñas empresas.

Si se asume que el comportamiento de los agentes en el mercado puede ser objeto de clasificación, la eficiencia económica podría, a su vez, presentarse en términos de una dicotomía: por un lado, la “eficiencia productiva” (según Bork, “*un concepto simple, indispensable y absolutamente incomprendido*”) y, por el otro, la “eficiencia del mercado”. El primer concepto comprende cualquier actividad que tenga la capacidad de generar riqueza y, por lo tanto, se define necesariamente en función al bienestar de los consumidores. El segundo guarda simetría con el anterior, pero se refiere a la eficiencia general de los mercados y usualmente se describe según el “Criterio de Pareto”. En el derecho *antitrust*, apuntaba Bork, el único objetivo válido consiste en promover el bienestar de los consumidores; por consiguiente, el análisis de cualquier autoridad de competencia debería concentrarse en propiciar la generación de eficiencia productiva. Y esto era algo que los tribunales habían perdido de vista.

Una de las áreas del derecho *antitrust* que mostraba las mayores inconsistencias según *The Antitrust Paradox* era la de los denominados “precios predatorios”. En términos no necesariamente técnicos, se entiende por “precios predatorios” a la conducta desarrollada por una empresa con posición de dominio consistente en la fijación de precios por debajo de sus costos durante un tiempo determinado con la finalidad de eliminar a sus competidores, apropiarse de sus clientes y obtener un mayor poder de mercado. No obstante, para Bork, la predación por medio de precios no era un enemigo real del mercado (“*podemos encontrar abundantes teorías poco sofisticadas sobre la predación, que tienden a sobreestimarla de manera drástica*”), sino una creencia ‘popular’ que no coincidía con la teoría económica y el comportamiento de las empresas. Como teoría, la predación por medio de precios era irracional, en la medida en que era improbable que una empresa estuviera en capacidad real de recuperar los costos que conllevaba el desarrollo de una conducta depredadora. Es más, la existencia de precios por debajo de los costos era por lo general el reflejo de una relación de competencia e incluso, en ocasiones, el simple resultado de una medición incorrecta de los costos. Por ello, autores como Jonathan Baker señalaban que “*en la taxonomía zoológica de la Escuela de Chicago, la predación de precios resulta tan rara como un tigre blanco o como el mítico unicornio.*”

The Antitrust Paradox es importante por su denuncia sobre el fracaso de las políticas de competencia

norteamericanas, y por haber puesto en evidencia la incompatibilidad existente entre las premisas básicas en las que se sustentaba la aplicación de la ley. Así, resultaba paradójico que mientras algunas preservaban la competencia, otras la suprimían. Debido a ello, concluía Bork, la política de competencia norteamericana se encontraba “*en guerra consigo misma*”. Pero quizás la mayor virtud de *The Antitrust Paradox* sea otra. Se trata, en buena cuenta, de una obra que fue capaz de sustituir un paradigma vigente, y que redefinió los términos en los que se habría de aplicar en adelante el derecho antimonopólico.

III

Pero *The Antitrust Paradox* es también una prueba de que cualquier obra intelectual, una vez publicada, cobra una vida independiente a la de su autor. Y así como esta obra ha sobrellevado con solvencia los rigores del tiempo, lo mismo no podría decirse de Robert Bork.

Su nombramiento a la Corte Suprema dio lugar al proceso de confirmación más largo de la historia. Lo que resultó más sorprendente, sin embargo, fue que en el transcurso de sus declaraciones ante el Senado norteamericano Bork pareció atemperar algunas de sus más controversiales opiniones y transmitir la sensación de estar renunciando a sus propias convicciones. La versión moderada del candidato no convenció a la opinión pública ni al Congreso, y en la votación en el Senado su postulación obtuvo 58 votos en contra y sólo 42 a favor. Un editorial del Washington Post decía a propósito de su derrota que “*el juez Bork ha conservado de sus años en el mundo académico un desprendimiento, por no decir indiferencia, casi atemorizante respecto a las consecuencias que sus puntos de vista tienen en el mundo real...Lo que las personas...necesitaban...era la simple certeza de que, además de su brillantez profesional, su integridad personal y su cuidado por la ley, la sensibilidad moral de Bork podía ser también asegurada...que sentía una preocupación por la justicia y no sólo por la ley. Ambas no son siempre iguales.*”

Más recientemente, su participación como abogado defensor de Microsoft en el proceso iniciado por Netscape también le valió duras críticas. Los argumentos utilizados en defensa de Microsoft, aducían sus detractores, contradecían las opiniones que tan fervientemente había sostenido a lo largo de su carrera y, especialmente, en cuanto se refiere a la predación por medio de precios, en *The Antitrust Paradox*.

Quizás, en el caso de Bork, la verdadera paradoja se encuentre en el origen del fracaso de sus propias aspiraciones. Y es que la derrota de este defensor de la libertad individual fue infligida, precisamente, por la voluntad de las mayorías.

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS – Revista de Derecho agradece a todas las personas que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

George Priest, Marge Camera, Patricia Florio, Milko Zárate, Patricia M. Ostolaza, Carlos Patrón, Roberta Romano, Douglas Lichtman, Alfredo Bullard, Gonzalo Zegarra, Enrique Felices, José Delmar, Álvaro Salcedo, Domingo Rivarola, Luis Díez Canseco, José Juan Haro, Beatriz Boza, Alfonso Montoya, Filiberto Tarazona, Mario Valencia, Oscar Montezuma, Enrique Pasquel, Milena Deza, Eduardo Manayalle, Rafael Álvarez Calderón, Juan Montreuil y Mirella Miranda.

Asimismo, **THĒMIS – Revista de Derecho** agradece el apoyo de las siguientes instituciones:

Corporación Backus, Valvosanitaria Industrial S.A. (Vainsa), Comerciantes Importadores S.A.(Cisa), Estudio La Hoz, de la Flor & García Montúfar, Pacífico Vida, AFP Integra, Taca Perú, Estudio Melo – Vega & Costa Abogados, Duany & Kresalja Abogados, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Estudio Infante y Musayón, Peruana de Combustibles S.A. (Pecsa), Trattoria La Piccolina, Yon Ruesta Abogados, Estudio Hernández & Rosselló Abogados, Estudio Bramont-Arias Torres, Estudio Jorge Avendaño Valdez, Estudio Javier de Belaunde Abogados, Estudio Olaechea, Miranda & Amado Abogados, Estudio Luis Echecopar García, Centro de Conciliación Prompaz, Estudio Barrios, Fuentes y Urquiaga Abogados, Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Estudio Rodríguez Larraín, Xerox, Estudio Aurelio García Sayán Abogados, Estudio Benites, De las Casas, Forno & Ugaz Abogados, Notaría Paino y Notaría Ricardo Ortiz de Zevallos.

La Comisión de Contenido de la presente edición de **THĒMIS – Revista de Derecho** estuvo conformada por Alejandro Manayalle (Director), Mariela Pérez-Costa, Javier de Belaunde, Javier Calmell del Solar, Michelle Salcedo y Federico de Cárdenas.

THĒMIS – Revista de Derecho agradece muy especialmente a los miembros que dedicaron gran parte de su vida universitaria al trabajo en nuestra institución y que se retiran con la presente edición. Les deseamos muchos éxitos personales, satisfacciones profesionales y, en suma, lo mejor de la vida.

Diego Carrión Álvarez Calderón, Cristina Ferraro Delgado, José Luis Gargurevich Valdez, Percy Wilman Arriarán, Fabiola Baquerizo Micheline, Nicolás Cornejo Germer, Víctor Rodríguez Macedo y Daniel Cabrera Morgan.

