

La Empresa como Gerente de Cartel*

Herbert Hovenkamp**
Christopher R. Leslie***

SUMILLA

El presente artículo versa sobre los acuerdos existentes entre diversas empresas como mecanismo para coordinar sus actividades dentro del mercado a fin de maximizar sus beneficios. Ello tiene distintas funciones, entre las cuales se distingue la de coordinación, asignación y el establecimiento de reglas internas, lo que hace que un cartel sea más efectivo y difícil de ser detectado. No obstante, ello dependerá de distintos factores, tanto del cartel en sí mismo o del organismo que lo controla, dirige o administra, como de las empresas que lo constituyen; estos factores serán tanto estructurales como conductuales, pautas que serán expuestas en el siguiente artículo además de ser ilustradas por casos jurisprudenciales.

En muchos mercados, empresas en competencia pueden maximizar sus beneficios coludiéndose con el objetivo de reducir su producción e incrementar el precio. Afortunadamente, existen muchos impedimentos para el éxito de la cartelización, algunos prácticos y otros legales. Los impedimentos prácticos incluyen las dificultades en conseguir que las empresas rivales estén de acuerdo con un precio particular y un límite de producción, así como cumplir con sus acuerdos.

El Derecho de la Competencia representa el primer obstáculo legal establecido, el cual está prescrito por la Sección Uno del *Sherman Act*¹. Las empresas que adopten un precio acordado pueden tratar de reducir sus probabilidades de responsabilidad anticompetitiva de diferentes maneras. Primero, los miembros de una conspiración en la fijación de precios hacen todo lo posible por ocultar sus actividades ilegales de la tutela anticompetitiva. Segundo, ya que la Sección Uno condena sólo una acción concertada, las empresas pueden

tender a estructurar sus relaciones para pretender ser la acción de una única entidad unificada lo cual está fuera del alcance de la Sección Uno.

Muchos de los argumentos para considerar a una organización como la Liga Nacional de Fútbol (NFL)² como una única entidad -la cual es legalmente incapaz de colusión bajo la Sección Uno del *Sherman Act*- confunden el tema de la entidad, la cual es esencialmente estructural, con el tema de la cooperación, la cual es funcional o conductual. Muchos mercados requieren que las empresas cooperen en la distribución de sus productos, en algunos casos una gran cantidad. Este es el caso de las licencias de música grabada³, servicios de listado múltiple operados por las agencias inmobiliarias⁴, y estableciendo estándares por empresas de alta tecnología industrial⁵, y ligas deportivas. Pero, la cooperación no significa que estas empresas sean entidades únicas; la necesidad de cooperación, o incluso de interconectividad, requiere la aplicación de normas de competencia

* La presente traducción fue realizada por Claudia Lucía Castañeda Terrones, Diego Ramírez Arias y Carlos Daniel Puicón Che, miembros de la Comisión de Investigación y Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo.

** Ben V. & Dorothy Willie Profesor de Derecho, Universidad de Iowa College of Law. Gracias a Erik Hovenkamp y Christina Bohannon por leer un proyecto.

*** Professor de Derecho, University of California, Irvine School of Law. Gracias a Tony Reese por leer un proyecto y a Mohammed Elayan por la excelente asistencia de investigación.

¹ 15 U.S.C. § 1 (2006).

² Nota del Traductor: Las siglas "NFL" del inglés "National Football League".

³ *Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 441 U.S. 1, 15-24 (1979) (aplicando la regla de la razón).

⁴ *Freeman v. San Diego Ass'n of Realtors*, 322 F.3d 1133, 1152-54 (9th Cir. 2003) (sosteniendo la ilegalidad *per se* utilizando el proceso multifuncional para fijar las tasas de comisión).

⁵ *Golden Bridge Tech., Inc. v. Motorola, Inc.*, 547 F.3d 266, 270-73 (5th Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 2055 (2009) (sosteniendo que los estándares establecidos por las compañías de celular no eran equilibradas para restringir el mercado).

más respetuosas a la regla de la razón⁶. Ello no requiere un tratamiento de una entidad única, sin embargo, inmuniza efectivamente la conducta de reducir la producción y elevar el precio en conjunto⁷. La decisión de la Corte Suprema en el caso de *Copperweld Corp. V. Independence Tube Corp.* en el cual sostuvo que una empresa matriz y su filial en propiedad absoluta fuesen una única entidad, desarrollada en un ambiente en el cual los acuerdos entre actores independientes eran usualmente sujetos a un irracional y severo tratamiento bajo la regla *per se*⁸. Por ejemplo, en la decisión del caso *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.* el Séptimo Circuito sostuvo que una empresa matriz y su filial en propiedad absoluta podrían ser culpables de una conspiración ilegal *per se* dirigida desde la parte demandante, una de las franquicias independientes del demandado. En un entorno, en el cual cada conducta puramente vertical fuera tratada críticamente⁹, ampliar conclusiones de una sola entidad tenía algún sentido. Hoy, sin embargo, las cortes son mucho menos propensas a aplicar la regla *per se* a cualquier caso excepto una explícita conducta horizontal. Los contratos de Joint Ventures y puramente los acuerdos verticales son en cambio evaluados bajo la regla de la razón, donde el poder y los efectos anticompetitivos reales deben ser probados¹⁰.

En *American Needle*, la Suprema Corte sostuvo de manera unánime que la NFL fue una "combinación" de equipos individuales más que un solo actor para propósitos de un reto anticompetitivo respecto de un acuerdo de licencia exclusiva cubriendo todos los equipos de derechos individuales de marca¹¹. La decisión de la Suprema Corte corta a través de las formalidades de las organizaciones

empresariales para ir directamente a la pregunta que es importante para la competencia: ¿Cuándo una organización de personas biológicas, instituciones, u otros actores económicos son una sola "persona" de la anticompetencia¹² y cuando son una combinación? Bajo el *Sherman Act*, una "persona" actuando sola comete una violación sólo cuando ello "monopoliza" o seriamente trate de hacer eso¹³. Sin embargo, dos o más personas unidas mediante un "contrato", "combinación", o "conspiración" pueden violar el estatuto siempre que ellos irrazonablemente "restringan el comercio"¹⁴.

La decisión de *American Needle* podría posiblemente descansar en alternativas racionales para separar conclusiones de la entidad. Estas son cuando: (1) los equipos son centros separados de beneficios propios capaces de competir entre ellos; (2) el cuestionado acuerdo particular en este caso restringe la habilidad de los equipos de comercializar sus derechos IP¹⁵ individualmente; o (3) cada uno de los equipos que actúan activamente juntos llegan a decisiones sobre cómo sus derechos IP deberán ser empaquetados y vendidos.

La decisión de la Corte Suprema depende de las proposiciones (1) y (2), pero no de la proposición (3). Es más, la pregunta de los equipos individualmente respecto del control de las ventas del día a día no era del todo importante. Más bien, la pregunta relevante fue quien quién es *controlado*. Ambas cortes han enfatizado fuertemente sobre el control y así hizo la NFL en su principal informe a la Corte Suprema. La corte distrital observó que los equipos individuales han depositado sus derechos de propiedad intelectual en fideicomisos

⁶ En contraste a la regla *per se*, en virtud de la cual las restricciones que se encuentran en una categoría en sí misma se presumirá que sea razonable, *Ariz. v. Maricopa Cnty. Med. Soc'y*, 457 U.S. 332, 344 (1982), en los casos de la regla de la razón "el evaluador pesa todas las circunstancias del caso para decidir si debe prohibirse una práctica restrictiva como la imposición de una restricción razonable sobre la competencia", *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977). en los casos de la regla de la razón "el *factfinder* pesa todas las circunstancias del caso para decidir si debe prohibirse una práctica restrictiva como la imposición de una restricción razonable sobre la competencia". *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 10 (1997).

⁷ Ver el debate *infra* en las notas 57, 220 acompañando el texto.

⁸ 467 U.S. 752, 771 (1984).

⁹ 606 F.2d 704, 725-27 (7th Cir. 1979); cf. *Perma Life Mufflers, Inc. v. Int'l Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968) (sosteniendo que matrices y subsidiarias podrían conspirar para imponer lazos *per se* ilegal de distribuidores); *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951) (sosteniendo que dos filiales de la matriz común podrían conspirar ilegalmente para imponer precios de reventa de sus concesionarios).

¹⁰ E.g., *Nynex Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 132 (1998) (sosteniendo que un acuerdo vertical puramente debe evaluarse mediante la regla de la razón); *NCAA v. Bd. of Regents of the Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 86 (1984) (utilizando la regla de la razón para analizar una fijación horizontal de precios y la limitación de la producción en la industria en cuestión requiere horizontales restricciones sobre la competencia para que su producto esté disponible).

¹¹ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2217 (2010).

¹² El estatuto define más bien inútilmente una "persona" como "incluyendo corporaciones y asociaciones existentes bajo o autorizado" por la ley. 15 U.S.C. § 7 (2006).

¹³ *Id.* § 2 (condenando cada persona que monopolice, o intentar monopolizar, o combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas, para monopolizar...).

¹⁴ *Id.* § 1 Cada contrato, combinación... o conspiración, en restringir la competencia o comercio... es ilegal. Cada persona deberá hacer cualquier contrato o incurrir en cualquier combinación o conspiración declarada ilegal se considerará culpable...).

¹⁵ Las siglas "IP" del inglés "Intellectual Property" (N. Del T.)

a las Propiedades de la NFL (NFLP¹⁶), y que no había evidencia que esta organización alguna vez había “acordado con alguno de los equipos como organización independiente”¹⁷. El Séptimo Circuito repitió ese punto¹⁸. Los méritos del informe de la NFL a la Corte Suprema enfatizaron que “virtualmente toda decisión significativa sobre la producción y promoción de la NFL Fútbol es controlada por la Liga” que por sus equipos individuales¹⁹.

Para la Corte Suprema, sin embargo, la pregunta importante no fue quien controlaba las Propiedades de la NFL. Si no, que ello fue que la NFLP estaba tomando decisiones considerando “separadamente a los equipos de la propiedad intelectual”²⁰. La corte no notó que cada uno de estos equipos poseía una parte en la NFLP y que ellos habían acordado cooperar en la creación de la NFLP con el objeto de explotar sus derechos IP; sin embargo, sin el acuerdo “no hay nada que evite que cada uno de los equipos tome sus propias decisiones comerciales”²¹.

La Corte Suprema también citó la observación del Noveno Circuito que “aunque los intereses comerciales de los equipos “coincidirán con frecuencia con los de la NFLP como entidad en sí, esa comunidad de intereses existe en cada cartel”²². La observación del Noveno Circuito también sugiere la importancia de quien es controlado más que quien ejerce el control. Un cartel busca maximizar los beneficios del grupo del cartel como un todo. En contraste, los miembros individuales del cartel buscan maximizar sus propios beneficios, los cuales ellos pueden conseguir a través de la rebaja del precio (el típico cartel) o produciendo más de lo que su cartel les asigna producir o cargando menos que el precio del cartel. La cuestión del daño competitivo no depende de quién establece día a día el precio y decisiones de producción, sino en la habilidad de dirigir el cartel para forzar su precio y las decisiones de producción sobre sus miembros individualmente.

En suma, el acuerdo de la NFL fue potencialmente anticompetitivo, no porque los equipos individualmente “tuvieron” un control día a día, sino más que nada porque ellos no lo tenían. Si cada equipo tuviera un control relevante ello podría desviarse del precio o de las decisiones de producción del grupo -que es, que podría abaratar en algún acuerdo de cartel, algo que tendería a hacer que el cartel se destruya. La NFLP como una entidad puede convertirse en un mecanismo de gestión de cartel muy efectivo precisamente porque bajo el acuerdo los equipos individuales carecen de poder para realizar sus propios acuerdos en su área.

Un cartel es una organización de dos o más empresas separadas que coordinan la producción y el precio, aunque el cartel puede coordinar otros aspectos del comportamiento de sus miembros también. El cartel reduce la competencia que puede existir entre los miembros del mismo²³. Empresas y carteles son ambas organizaciones empresariales. Ambas están caracterizadas por la coordinación de producción y precio. La creación y límites de ambos está motivada económicamente. Una empresa es creada cuando el costo de realizar algo “internamente”, o a través de una relación jerárquica como una relación laboral, es más barata en relación a los resultados que son conocidos en el mercado²⁴. Un cartel es creado cuando hay ganancias que pueden ser obtenidas de la coordinación de producción o ventas. Nosotros describimos un cartel como “desnudo” cuando sus ganancias resulten enteramente (o casi en su totalidad) de reducir la amplitud del mercado de productos y elevar los precios. Algunos acuerdos entre rivales son eficientes, no obstante, ellos reducen su desarrollo, producción, o costos de distribución. Estos acuerdos pueden ser rentables para las empresas si tienen o no poder de mercado e incluso si se traducen en precios bajos. Nosotros generalmente caracterizamos estas relaciones como “joint ventures” y alguna restricción en precio o producción que puedan contener como “complementario”²⁵.

¹⁶ Las siglas “NFLP” del inglés “NFL Properties” (N. Del T.)

¹⁷ Am. Needle, Inc. v. New Orleans La. Saints, 496 F. Supp. 2d 941, 944 (N.D. Ill. 2007).

¹⁸ Am. Needle, Inc. v. NFL, 538 F.3d 736, 740-41 (7th Cir. 2008), rev'd, 130 S. Ct. 2201 (2010).

¹⁹ Resumen de la respuesta de NFL en 4, Am. Needle, Inc. v. NFL, 130 S. Ct. 2201 (2010) (No. 08-661).

²⁰ Am. Needle, 130 S. Ct. at 2215.

²¹ Id. pp. 2214-15.

²² Id. at 2215 (quoting L.A. Mem'l Coliseum Comm'n v. NFL, 726 F.2d 1381, 1389 (9th Cir. 1984)).

²³ Ver 2B Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law 402, at 4-7 (3d ed. 2006) (discutiendo la naturaleza y consecuencias de un economía perfectamente competitiva); Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice §§4.1-.3, at 146-66 (4th ed. 2011) (discutiendo la fijación de precios del cartel, oligopolio y colusión).

²⁴ Ronald H. Coase, The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386, 392 (1937); ver Herbert Hovenkamp, Coasean Markets, 31 *Eur. J.L. & Econ.* 63 (2010), available at <http://www.springerlink.com.proxy.library.vanderbilt.edu/content/65031035h363g164/fulltext.pdf> (examinando las relaciones entre las empresas Coaseanas y mercados Coaseanos).

²⁵ Ver *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898), modificado después *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899) (explicando la diferencia entre restricciones desnudas y auxiliares y aplicando la regla *per se* a la moderación desnuda en

Los límites entre empresas, carteles y *joint ventures* son notoriamente indefinidos. Por ejemplo, varios granjeros pueden formar una asociación, lo cual es puramente relación contractual, si ellos consolidan su tierra, equipos, y operaciones y producen todo de manera conjunta. En ese caso, la legalidad de su unión podría ser analizada bajo la ley de fusiones, pero una vez que la organización es legalmente formada su conducta que no implica que otras empresas sean tratadas como unilaterales²⁶. Los granjeros podrían ser un cartel, sin embargo, si todos ellos establecieran un precio y redujeran la producción mientras dejaran sus operaciones completamente separadas. En medio hay una amplia gama de posibilidades. Por ejemplo, ellos podrían cultivar separadamente pero compartir un seleccionador de trigo, camión, u otra pieza de equipo costosa. Ellos podrían comercializar conjuntamente a través de un agente de ventas, y esto podría necesitar un precio común²⁷. El Derecho de la Competencia de restricciones complementarias se ocupa de estos temas, típicamente asumiendo que los acuerdos que unen solo un subconjunto de la producción de los participantes individuales y distribución de actividades son carteles o *joint ventures* o actores separados más que la creación de una única empresa²⁸.

La Parte I de este artículo trata la decisión del *American Needle* y como la Sección Uno del *Sherman Act* no incluye la conducta de entidades únicas. La Parte II trata sobre como los carteles operan, incluyendo las muchas decisiones que las empresas que fijan el precio necesitan hacer y la estructura operacional que adoptan para tomar estas decisiones. La Parte III muestra como los puntos de vista del estudio de la estructura de las toma de decisiones del cartel debe informar la aplicación del *American Needle* de las organizaciones, principalmente corporaciones, que tienen algunas características estructurales de entidades únicas, pero también tienen características funcionales que amenacen con la fijación de precios.

I. El cuestión del American Needle y las entidades únicas

El *Sherman Act* evalúa las conductas anticompetitivas de manera distinta dependiendo si la restricción denunciada es caracterizada como concertada o unilateral. La Sección Uno del *Sherman Act* trata sobre la conducta anticompetitiva que resulta de la acción concertada. Porque el acuerdo es requerido, "la actividad unilateral por una sola empresa no puede ser alcanzado a través de esta sección²⁹". En ausencia de un acuerdo, no hay caso bajo la Sección Uno. Si un acuerdo es probado, el resultado, la conducta resultante puede violar la Sección Uno si ello irracionalmente restringe el comercio.

La Sección Dos del *Sherman Act* se refiere sobre una conducta unilateral para mantener o adquirir un monopolio o tender a la monopolización. La Corte Suprema explicó que "la Sección 2 toma la conducta de una única empresa ilícita solo cuando ello en realidad monopolice o peligrosamente amenace con hacerlo³⁰". De este modo, la Sección Dos crea un umbral muy alto para la imputación antimonopolística. La infracción de monopolización de la Sección Dos del *Sherman Act* requiere una empresa dominante y una práctica "exclusoria", la cual es una práctica que elimina a un rival o mantiene a los rivales fuera del mercado, permitiendo al monopolista alcanzar el precio del nivel de monopolio. En contraste, un acuerdo entre dos o más personas "separadas" es ilícito cuando se viola la restricción de la formulación de mercado establecido en la Sección Uno del *Sherman Act*, el cual generalmente significa que está razonablemente calculado por el resultado de reducir la producción del mercado y precios altos³¹. Además, particularmente los acuerdos flagrantes, como la fijación de precios "desnuda" o *boycotts*, son consideradas ilegales "per se", lo que significa que una real reducción de producción o incremento de precio no necesita ser probada pero será presumida como resultado de los comportamientos en sí. Una restricción del mercado no requiere excluir a nadie para ser ilegal; simplemente debe dirigirse

cuestión); 11 Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, 1906, at 235-42 (2d ed. 2002) (definiendo y distinguiendo las restricciones desnudas y auxiliares).

²⁶ Ver 4A Areeda & Hovenkamp, *supra* note 20, 973c, at 63-66 (discutiendo alternativas transaccionales para fusiones y *joint ventures*); 5 id. 1202, at 264-83 (explicando las adquisiciones de activos parcial); Gregory H. Werden, *Initial Thoughts on the American Needle Decision*, Antitrust Source, Aug. 2010, at 1-7, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Aug10_Werden8_2f.authcheckdam.pdf (discutiendo las implicaciones de la decisión *American Needle* decision); cf. *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 1 (2006) (mantenerla no es per se ilegal para una empresa conjunta legal establecer los precios a la que vende sus productos).

²⁷ E.g., *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 375-78 (1933) (Defensa exclusiva del esquema de comercialización conjunta de carbón de la época de la depresión).

²⁸ Ver 13 Hovenkamp, *supra* note 22, 2100-04, at 3-46 (proporcionar una visión amplia de empresas mixtas).

²⁹ *Spectrofuse Corp. v. Beckman Instruments, Inc.*, 575 F.2d 256, 286 (5th Cir. 1978).

³⁰ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 459 (1993) (énfasis añadido).

³¹ Ver 3 Areeda & Hovenkamp, *supra* note 20, 651, at 96-130 (Definiendo la conducta monopolística).

a elevar los precios como resultado de reducir la producción³². En contraste, una sola empresa actuando sola puede cobrar un precio tan alto como le plazca y en consecuencia reducir la producción³³. Como resultado de estas diferencias en el tratamiento legal, los acusados de monopolistas tienen un fuerte incentivo para caracterizar su conducta como unilateral, y no como concertada.

Una pregunta difícil en la jurisprudencia de la Sección Uno ha sido determinar si dos entidades unidas por el propietario o contractualmente son legalmente capaces de conspirar con propósitos monopolísticos. Por décadas, la Corte Suprema ha sostenido explícitamente e implícitamente que una empresa matriz y sus filiales eran legalmente capaces de acordar y hasta cumplir con el primer elemento de la Sección Uno de la causa de acción³⁴. En el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, la Corte Suprema apartó el criterio establecido en este tipo de casos y sostuvo que una empresa matriz y sus subsidiarias eran una sola empresa para propósitos monopolistas³⁵. Como resultado, los acuerdos entre ellos pueden no violar la Sección Uno.

Cortes inferiores extendieron el criterio *Copperweld* a una variedad de casos. Por ejemplo, las cortes sostuvieron que corporaciones hermanas son incapaces de conspirar³⁶, como una matriz y su filial en muchos casos³⁷. El circuito de cortes se ha dividido en cuanto a si los equipos en una liga deportiva constituyen una sola entidad o

eran capaces de acordar y cumplir con el primer elemento de la causa de acción de la Sección Uno³⁸. Otras cortes se han resistido a extender el criterio *Copperweld* para proteger a los equipos en una liga deportiva de la responsabilidad establecida en la Sección Uno³⁹.

La Corte Suprema resolvió esta división en *American Needle*. Los treinta y dos equipos que pertenecían a la NFL concedieron licencias individuales y exclusivas de sus marcas y derechos conexos a una compañía formada por la NFL, NFLP. La NFLP a su vez concedió una licencia exclusiva para la fabricación de gorras y sombreros con el logotipo de Reebok. La *American Needle*, el cual había fabricado previamente los logotipos de gorras de la NFL, fue expulsada de este mercado por diez años mediante un contrato exclusivo. La empresa demandó a la NFL y a los dueños del equipo por violar la Sección Uno su dueño por participar en la negativa concertada a tratar. Observando su decisión previa en *Chicago Professional Sports*⁴⁰, el Séptimo Circuito sostuvo que la NFL era una sola entidad, y que el criterio *Copperweld* lo protegía y a los miembros de los equipos de responsabilidad señalada en la Sección uno⁴¹. La Corte Suprema lo revocó.

Bajo el criterio *Copperweld* y sus derivados, *American Needle* fue una decisión antimonopolística absolutamente ortodoxa y un enfoque del Circuito Séptimo de un caso atípico. Los equipos de la NFL eran de propiedad individual y tenían centros⁴² para su beneficio propio, relaciones laborales⁴³, activos

³² Ver 7 id. 1502, at 387-90; 11 Hovenkamp, supra note 22, 1912d, at 326-39 (discutiendo de la restricción del mercado en los casos de mercado horizontales).

³³ Ver 3A Areeda & Hovenkamp, supra note 20, 720, at 3-11 (examinando porque los monopolios son permitidos bajo cargo de maximizar la producción).

³⁴ Ver, e.g., *United States v. Citizens & S. Nat'l Bank*, 422 U.S. 86, 116-17 (1975) (búsqueda de conspiración entre un banco y sus ramas parcialmente de su propiedad); *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218, 224-25 (1947) (encontrar una conspiración entre una empresa de fabricación de taxis y sus filiales de empresa operativo totalmente o parcialmente propietaria); 7 Areeda & Hovenkamp, supra note 20, at 205-13 (proporciona una visión general de los casos de la Corte Suprema en casos relacionados con la defensa de la competencia conspiración).

³⁵ 467 U.S. 752, 777 (1984).

³⁶ Ver, e.g., *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 131, 139 (3d Cir. 2001) (afirmando una "única entidad en una relación de matrices y filiales" es incapaz de violar la Sección Una de la Sherman Act).

³⁷ *Bell Atl. Bus. Sys. Servs. v. Hitachi Data Sys. Corp.*, 849 F. Supp. 702, 706 (N.D. Cal. 1994).

³⁸ E.g., *Chi. Prof'l Sports Ltd. P'ship v. NBA*, 95 F.3d 593, 600 (7th Cir. 1996) (se descubrió que equipos de baloncesto, aunque por separado de propiedad, eran más similares a una sola entidad que varias entidades con fines de un desafío antimonopolio para emitir contratos); cf. *Eleven Line, Inc. v. N. Tex. State Soccer Ass'n*, 213 F.3d 198, 205 (5th Cir. 2000) (se descubrió una única entidad donde no fueron por separado propiedad de equipos de fútbol amateur).

³⁹ Ver, e.g., *Fraser v. Major League Soccer*, 284 F.3d 47, 57-59 (1st Cir. 2002) (encontrando que los equipos eran entidades distintas, aunque normalmente el propietario). Para una explicación completa de todas las decisiones de post-*Copperweld* de corte inferiores, consulte 7 Areeda & Hovenkamp, supra note 20, 1467-69, at 237-58.

⁴⁰ 95 F.3d at 593.

⁴¹ *Am. Needle Inc. v. NFL*, 538 F.3d 736, 741-44 (7th Cir. 2008), rev'd, 130 S. Ct. 2201 (2010).

⁴² La NFL históricamente prohibía tanto la propiedad pública de los equipos, así como crossownership. Consultar *N. Am. Soccer League v. NFL*, 670 F.2d 1249, 1261-62 (2d Cir. 1982) (conclusión de que la prohibición de la NFL propiedad cruzada que se aplican a los equipos de fútbol no violó la Ley Sherman).

⁴³ Mientras que los miembros de la NFL cada uno contratado y compitieron por los jugadores, se dedicaron multiempresarial colectivamente como un grupo. Ver *Brown v. Pro Football*, 518 U.S. 231, 234-35 (1996) (describiendo una instancia del proceso de negociación colectiva de la NFL).

productivos, y derechos IP. Para estar seguros, su actividad principal -jugar fútbol por lucro- estaba fuertemente administrada por una organización central, pero bajo un tradicional análisis estándar esto no cambiaría la NFL de un *joint venture* a una sola empresa porque todas las relaciones empresariales entre los equipos individuales eran puramente contractuales⁴⁴. Los equipos podrían crear acuerdos empresariales alternativos. Por ejemplo, una corporación muy larga podría haber poseído todos los equipos de la NFL y operarlos como una sola entidad, acordando juegos entre ellos, recaudando las rentas, y pagando a los jugadores u otros miembros del personal central. En este caso no habría centros de beneficio separado⁴⁵.

Al momento de decidir que la NFL era una colaboración más que una única entidad, la Corte Suprema se concentró en dos cosas, una esencialmente estructural y otra funcional. La primera, la corte consideró si la organización en cuestión era en realidad una unión de decisores económicos separados quienes tenían algunos intereses comerciales residuales y potenciales compitiendo⁴⁶. Esta indagación es estructural, en el sentido que uno se pregunta si hay múltiples centros de beneficios que tienen propios intereses que son independientes uno del otro. Si no se encuentran estos intereses propios, como lo era en

el caso *Copperweld*, entonces estamos ante una sola empresa⁴⁷.

Teniendo en cuenta que existían intereses separados, la Corte Suprema pasó a considerar si la restricción particular que se está cuestionando “priva al mercado de centros independientes de la toma de decisiones”⁴⁸. Esto es, la cuestionada restricción debe ser una que limite el comportamiento del mercado de estos actores económicos independientes en alguna manera⁴⁹. Por ejemplo, la NFL claramente cualifica como un consorcio de actores bajo la definición estructural. Pero supone que el cuestionamiento antimonopolio era para una licencia exclusiva dada por la NFL para la reproducción de sus propio logo “NFL”, o puede ser de la decisión de la NFL de despedir a un miembro que trabajaba para la NFL más que un miembro de los equipos. Ninguno de los equipos individuales tiene un interés obvio en la propiedad del logo de la NFL o de la mayor parte de las decisiones laborales de la NFL. Con respecto al logo de la NFL, ellos no tiene derechos individuales de patente sobre ello, y como resultado del acuerdo de licencia ello no implica limitar algún derecho para vender que ellos podrían tener. Tratar a la NFL como una sola entidad en ese tema puede ser apropiado para propósitos de patentar el logo de la NFL, pero no para propósitos de patentar los distintos logos de los equipos individuales⁵⁰. Esto

⁴⁴ Ver, e.g., *id.* (Suponiendo que los equipos de la NFL fueron una combinación de distintos actores para propósitos de litigios de la negociación colectiva y encontrar trabajo inmunidad); *NCAA v. Bd. of Regents of the Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984) (tratar la NCAA como una combinación de sus equipos individuales y aplicando la regla de la razón a las limitaciones de la salida de publicidad televisiva nacional).

⁴⁵ E.g. *Fraser v. Major League Soccer, LLC*, 284 F.3d 47, 57-59 (1st Cir. 2002) (encontrando que los equipos eran entidades independientes a pesar de propiedad común); ver también *7 Areeda & Hovenkamp*, supra note 20, 1478d3, at 368-77 (discutir el impacto de *American Needle* en tribunales inferiores).

⁴⁶ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2212 (2010) Los equipos de la NFL no poseen la calidad unitario de toma de decisiones o la única agregación de característica de poder económico de acción independiente. Cada uno de los equipos es un negocio importante, independiente y administrado independientemente. [Además,] ‘sus acciones corporativas generales son guiados o determinados’ por ‘destrozado corporativa independiente’, y sus objetivos no son comunes.’”) (quoting *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 771 (1984)).

⁴⁷ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 753 (1984) (sosteniendo que una matriz y su filial pero separadamente incorporados para ser un solo actor para propósitos anti monopolícos). Justice Stevens, el autor de *American Needle*, disintieron en *Copperweld*. *Id.* at 778-96.

⁴⁸ Directamente pertinentes a este caso, los equipos compiten en el mercado de la propiedad intelectual. Una empresa haciendo sombreros, los Saints y los Colts son dos proveedores potencialmente competidores de marcas valiosas. Cuando cada equipo de la NFL patentó su propiedad intelectual, no persigue la Liga “intereses comunes de la totalidad” sino que es perseguir intereses de cada “corporación propia”, equipos están actuando como “distintos actores económicos perseguir intereses económicos independientes”, y cada equipo, por tanto, es un potencial “centro independiente de toma de decisiones. Las decisiones por equipos de la NFL para autorizar sus marcas por separado propiedad colectiva y a un único proveedor son decisiones que “priva al mercado de centros independientes de la toma de decisiones”, y por lo tanto, de la competencia real o potencial. *Am. Needle*, 130 S. Ct. at 2213 (quoting *Copperweld*, 467 U.S. at 769, 770) (alteraciones en el original).

⁴⁹ *Id.* (“Aunque la NFL tiene intereses comunes tales como la promoción de la marca de la NFL, son entidades aún separadas, maximización de beneficios, y sus intereses en licencias de marcas de equipo no son necesariamente alineadas”) (citando Herbert Hovenkamp, *Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy*, 1995 Colum. Bus. L. Rev. 1, 52-61, and Zenichi Shishido, *Conflicts of Interest and Fiduciary Duties in the Operation of a Joint Venture*, 39 *Hastings L.J.* 63, 69-81 (1987)).

⁵⁰ Ver *id.* at 2214-15 (“Por las mismas razones que la conducta de los 32 equipos está cubierta por § 1, las acciones de NFLP también están sujetos a § 1, por lo menos en relación con la comercialización de bienes propiedad de los equipos independientes (...) Por esa razón, decisiones por NFLP sobre propiedad intelectual propiedad por separado los equipos constituyen una acción concertada.”). En una nota el Tribunal Supremo también encontró innecesario considerar la posición de los Estados Unidos:

es concordante con las reglas bien establecidas para *joint ventures*, los cuales encuentran sus actividades como unilaterales en algunos casos pero no en otros, dependiendo de la naturaleza de la conducta cuestionada⁵¹.

La opinión de la mayoría no se ubicaba la real legalidad de los acuerdos colectivos de patentes. El tema antes de la corte era únicamente si los equipos de la NFL eran capaces de conspirar. Mientras la NFL es un legítimo *joint venture*, el acuerdo sobre patente colectiva representa una acción concertada que cae dentro del alcance de la Sección Uno.

La organización dentro de una sola empresa para fines de la ley estatal no es dispositiva del tema antimonopolio del estatus de única empresa. Por ejemplo, mientras asociaciones y otras entidades no incorporadas son creaciones del *common law*, ellas pueden ser tratadas como entidades únicas para propósitos antimonopólicos⁵². En realidad, incluso las organizaciones más flexibles de negocios o individuos unidos solo por un contrato son tratadas como una sola entidad para algunos propósitos⁵³. Por otro lado, la *American Needle* citada en los casos *Sealy* y *Topco* como correctamente decidieron ejemplos de entidades únicas incorporadas que eran tratadas como conspiraciones para propósitos anti monopólicos federales⁵⁴. Claramente, por ejemplo, los miembros de un cartel no podrían evadir la Sección Uno del *Sherman Act* creando una corporación, ubicando sus CEOs individuales en la junta de directores, y dando a esta corporación autoridad sobre la producción y precio de las empresas individuales. Los CEOs son aún competidores independientes

incluso si ellos ocasionalmente están en la misma junta. Como la *American Needle* indica, distinguir una empresa de un cartel requiere mirar más allá de la forma de las organizaciones empresariales a cuestiones más fundamentales acerca de cómo las entidades toman decisiones y las entidades económicas de ellas que son controladas. Mientras la cuestión “quien está en el control” puede ser importante, usualmente no es tan importante como la cuestión “quien es controlado”. Por ejemplo, en el caso *Copperweld* la empresa matriz estaba casi segura en el control de las acciones de sus filiales, las cuales eran de su entera propiedad. El motivo por el cual la Corte Suprema considera como única empresa, sin embargo, era que no había entidades de propiedad separada cuyo comportamiento de mercado había estado controlado.

II. Estructura de la toma de decisiones del cartel

A fin de entender como las cortes inferiores deberían aplicar el *American Needle* a las organizaciones cuyo constituyente tiene centros de auto beneficio, uno debe considerar cómo opera la fijación de precios de los carteles, considerando primordialmente la Sección Uno, opera. Esta parte resume la multitud de decisiones que las empresas en un cartel deben tomar y las varias estructuras de decisiones de mercado que los carteles deben adoptar.

A. Decisiones que los carteles deben tomar

La fijación de precios parece algo sencillo: las empresas rivales se ponen de acuerdo para

Para los efectos de resolver este caso, no hay necesidad de pasar de la posición del Gobierno de que las entidades no son capaces de conspirar en el § 1, si “se han fusionado con eficacia los aspectos relevantes de sus operaciones, eliminando así la competencia actual y potencial (...) en ese ámbito operativo” y “la restricción impugnada no [se] afectan de manera significativa la competencia efectiva o potencial (...) fuera de sus operaciones combinadas”. Brief for los Estados Unidos como *amicus curiae* 17. El Gobierno insiste en que las opciones “para ofrecer sólo una licencia global” y “tener sólo un licenciario sombreros único” no puede constituir una acción concertada en virtud de su prueba. *Id.*, A los 32 años. Sin embargo, debido a los equipos que aún son dueños de sus propias marcas y son libres de mercado de las marcas como mejor les parezca, incluso las dos opciones eran acuerdos entre los competidores potenciales y constituiría una acción concertada bajo la norma del propio Gobierno. En cualquier momento, los equipos podrían decidir licencia de sus marcas propias. Es significativo, además, que los equipos de aquí en control NFLP. Las dos opciones que el Gobierno podría considerar como una acción independiente, aunque nominalmente hecha por NFLP, son para todas las opciones de los propósitos funcionales realizadas por las 32 entidades con intereses potencialmente en conflicto.

Id. at 2216 n.9.

⁵¹ Ver 7 *Areeda & Hovenkamp*, *supra* note 20, 1478, at 340-77 (resumiendo el caso conserniente a la ley si las decisions del joint venture son unilaterales o colaborativos).

⁵² E.g., *United Mine Workers of Am. v. Coronado Coal Co.*, 259 U.S. 344, 385-92 (1922) (el descubrimiento de un sindicato no incorporado siendo una entidad sola); *United States v. Greater N.Y. Live Poultry Chamber of Commerce*, 30 F.2d 939, 939 (S.D.N.Y. 1928) (sosteniendo que una asociación incorporada que era cubierta por la *Sherman Act*).

⁵³ E.g., *Toscano v. PGA*, 258 F.3d 978, 983-85 (9th Cir. 2001) (tratándose de una asociación de golfistas profesional como una entidad sola); *Eleven Line, Inc. v. N. Tex. State Soccer Ass’n*, 213 F.3d 198, 205 (5th Cir. 2000) (tratándose de una asociación de voluntarios de entrenadores y jugadores como una entidad sola); *Am. Council of Podiatric Physicians v. Am. Bd. of Podiatric Surgery*, 185 F.3d 606, 620-22 (6th Cir. 1999) (tratándose de una asociación profesional de pedicuros como una entidad sola más bien que un cártel de pedicuros); *AD/SAT v. Associated Press*, 181 F.3d 216, 233 (2d Cir. 1999) (encontrando una asociación de periódicos mejor tratada como una entidad sola que como una conspiración de sus miembro); *Nat’l Camp Ass’n*

fijar el precio por encima del nivel competitivo. Coludiéndose en vez de competir, las empresas en un mercado pueden maximizar sus beneficios a expensas de los consumidores. La cartelización, en realidad, es mucho más complicada. La diferencia entre un cartel exitoso e intentos fallidos es a menudo una función de la capacidad de los conspiradores en crear e implementar apropiadamente estructuras de decisión de mercado⁵⁵. Esta parte examina las múltiples decisiones que los conspiradores de fijación de precios deben tomar con el objeto de crear y estabilizar su cartel ilegal. Las decisiones están divididas en dos categorías: coordinando los términos del acuerdo del cartel y reforzando el acuerdo una vez hecho.

1. Coordinando los términos del cartel

Los carteles requieren un gran trabajo de coordinación. Como explicitar las comunicaciones y cómo necesitan de los acuerdos resultantes, esto depende de las condiciones del mercado y de la naturaleza de las relaciones entre los competidores.

a. Precio

En teoría, cada cartel tiene un precio que maximiza el beneficio que los miembros del cartel estarán de acuerdo en establecer. Pero en teoría a menudo se simplifica mucho la realidad por muchas razones. Primero, la co-conspiración puede no tener el mismo precio que maximiza el beneficio. La diferencia entre el tamaño de la empresa,

eficiencia, o producto pueden complicar las negociaciones de fijación de precio. Por ejemplo, las empresas con bajos costos estarán a favor de un bajo precio del cartel mientras que las empresas con altos costos querrán un alto precio⁵⁶. Si el mercado es diferenciado por el producto puede no haber un solo precio óptimo, pero ello tendrá que ser un compromiso⁵⁷. Porque empresas diferentes dentro de un cartel pueden defender objetivos de precios diferentes, la decisión de fijar un precio requiere un proceso de deliberación y una serie de compromisos⁵⁸.

Segundo, incluso si los miembros de un cartel comparten una similar estructura de precios, lo cual indicaría la presencia de un solo precio de cartel que maximiza el beneficio, los conspiradores pueden discrepar sobre si lo adoptan. El precio fijado necesita ser lo suficientemente elevado para maximizar el beneficio, pero no tan alto como para inducir a nuevos competidores a entrar al mercado. Las decisiones de mercado calculadas por entidades únicas y carteles son similares⁵⁹.

En ambas situaciones, las decisiones de mercado tienden a calcular el nivel de la producción y el precio que maximiza el beneficio. Este nivel es generalmente determinado por el punto en el cual el costo marginal de la empresa es igual a su ingreso marginal⁶⁰. Para una empresa individual, la junta de directorio está encargada de maximizar el valor de la empresa, lo cual generalmente significa la venta de producción y precio en la

v. *Am. Camping Ass'n*, No. 99 Civ. 11853 DLC, 2000 WL 1844764, at *3-4 (S.D.N.Y. Dec. 15, 2000) (el tratamiento de una asociación incorporada de campamentos como una sola entidad).

⁵⁴ *Am. Needle*, 130 S. Ct. at 2215 (citing *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967), and *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972)).

⁵⁵ Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, *What Determines Cartel Success?*, 44 *J. Econ. Literature* 43, 86 (2006) ("Los carteles exitosos desarrollan mecanismos para compartir información, tomar decisiones, y manipular incentivos a través de palos y zanahorias auto-impuesta").

⁵⁶ Ver Hovenkamp, *supra* note 20, § 4.1, at 148 (examinando como los carteles fijan precios); ver también James M. Griffin, *Previous Cartel Experience: Any Lessons For OPEC?*, in *Economics in Theory and Practice: An Eclectic Approach: Essays in Honor of F.G. Adams* 179, 179-206 (Lawrence R. Klein & Jaime Marquez eds., 1989) (examinando las características de cincuenta y cuatro diferentes carteles para determinar qué hace de un cartel con exitoso a largo plazo).

⁵⁷ Hovenkamp, *supra* note 20, § 4.1, at 148.

⁵⁸ Estas negociaciones de precios son peligrosas para los miembros del cartel, ya que aumentan el riesgo de detección y la consiguiente sanción penal. Véase *infra* notas 152-53 y el texto correspondiente.

⁵⁹ See Hovenkamp, *supra* note 20, § 4.1, at 146-59 (basic economics of price fixing); David E. Mills & Kenneth G. Elzinga, *Cartel Problems: Comment*, 68 *Am. Econ. Rev.* 938, 940 (1978) (la comparación de un solo conjunto de puntos maximizando la producción con múltiples conjuntos de puntos maximizando la producción); D.K. Osborne, *Cartel Problems*, 66 *Am. Econ. Rev.* 835, 841 (1976) (discutiendo los efectos únicas, empresas no miembros en el precio del cartel); ver también George A. Hay & Daniel Kelley, *An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies*, 17 *J.L. & Econ.* 13, 26-27 (1974) (lo que sugiere que las conspiraciones tienen más probabilidades de surgir cuando "los números son pequeños, la concentración es alta, y el producto es homogéneo").

⁶⁰ Suponiendo que todos los miembros del cartel individuales tienen costos idénticos, la producción del cartel, la maximización de ganancias y el precio son las mismas que la de una sola empresa monopolista con la misma función. En la medida en que los costos de miembros del cartel difieren el uno del otro, el cálculo del óptimo de producción y la forma en que se debe asignar en consecuencia es más compleja. En general, un monopolista que recortaría su producción por el cierre de sus plantas por lo menos eficiente primera y la producción de la producción residual sólo de las instalaciones de menor costo. Como una cuestión práctica, un cartel no puede tener esa opción, ya que podría implicar que algunos miembros de alto costo se cierren por completo.

maximización de beneficios⁶¹. Para un cartel, los conspiradores realizan un cálculo similar, ya sea a través de un proceso participativo o una toma de decisiones centralizada.

Tercero, adicionalmente a la fijación del precio de lista, algunas estructuras de precio del cartel permite descuentos cuantitativos u otros⁶². Las empresas pueden encontrar acuerdos en la lista de precios relativamente fácil de alcanzar, pero luego enfrentan acalorados desacuerdos sobre la naturaleza del descuento⁶³. Con el tiempo, algunos carteles, como los carteles tubos de cobre de plomería, tratan de simplificar las operaciones reduciendo la posibilidad de descuentos y rebajas⁶⁴. Después de cartelizar los tres billones de dólares del mercado en todo el mundo para los electrodos de grafito, los miembros del cartel eliminaron los descuentos totalmente⁶⁵. Adicionalmente, los carteles internacionales deben tener en cuenta temas como el tipo de cambio de la moneda⁶⁶.

Complicando aún más las decisiones sobre el precio, muchos carteles tiene que negociar y fijar múltiples precios. Por ejemplo, los carteles sobre el ácido cítrico y yeso tienen que estar de acuerdo rutinariamente en dos tipos de precios, uno preferido por los clientes grandes y uno alto para otros clientes⁶⁷. Otros carteles -incluyendo aquellos eléctricos y mecánicos de carbono y productos de grafito- han empleado un complicado precio programado que "permite para muchos precios diferentes dependiendo de las características particulares de el producto y del comprador"⁶⁸. Similar a un cartel internacional sobre una vitamina de 1990, el equipo pesado del cartel de 1950 fue realmente una serie de superposiciones, carteles multifacéticos lo que implicaba más de cuarenta

fabricantes vendiendo equipos caros en más de veinte líneas de productos⁶⁹.

Muchos carteles deben también coordinar el tiempo de sus anuncios sobre precios altos. Aumentos simultáneos de precios podrían llamar la atención de las autoridades antimonopólicas. Los carteles buscan disminuir este riesgo escalonando la alza de precios. Por ejemplo, después de fijar el precio para el año siguiente, los funcionarios de la corporaciones que dirigían el cartel internacional de las vitaminas quienes estuvieron también de acuerdo en que anunciarían cada subida de precio y la fecha de cada anuncio⁷⁰. Otros carteles emplean "una orquestación clara de quien moverá primero y cuando las otras empresas seguirán lo que podría ser en días, semanas, o incluso meses. Esto ha sido documentado en el caso de carteles sobre papel sin carbón, carbono eléctrico y mecánico y productos de grafito, tubos de cobre para plomería, subasta de artes plásticas y sorbetes"⁷¹.

Estas negociaciones pueden ser difíciles porque ninguna empresa quiere ser la primera en anunciar una subida de precio. Ser visto como agresivo con respecto a los aumentos de precio puede crear un problema en la relación con el público. En el tiempo de espera entre los anuncios, las siguientes empresas que muevan el precio pueden tomar ventas de las empresas que incrementaron su precio primero⁷². Esta asimetría temporal puede estabilizar un cartel. Por ejemplo, en la subasta de una casa la conspiración en la fijación de precio, Chistie estuvo de acuerdo en ser la primera en anunciar una nueva no negociable mínima comisión y luego perdió una remesa grande a favor de su co-conspirador quien aún no había

⁶¹ Ver, e.g., Richard A. Brealey et al., *Principles of Corporate Finance* 20-22 (9th ed. 2007) (discutiendo el valor presente y el costo de oportunidad del capital); Herbert Hovenkamp, *Neoclassicism and the Separation of Ownership and Control*, 4 Va. L. & Bus. Rev. 373, 386 (2009) (discutiendo la visión Coasen de la empresa como un maximizador de producción); Michael C. Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function* 9 (Harvard Bus. Sch., Working Paper, Oct. 2001), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=220671 (proposing a new system for value maximization called enlightened value maximization).

⁶² Joseph E. Harrington, *How Do Cartels Operate?*, 2 *Foundations & Trends Macroeconomics* 1, 12 (2006).

⁶³ Id. at 15 ("Aunque no parecía ser un gran desacuerdo entre las empresas sobre el precio, hay un episodio bien documentado de desacuerdo con respecto a los descuentos. En el cartel de grafito isostático, los miembros no estaban de acuerdo sobre el 20% de descuento para tiendas y distribuidores de máquinas, el origen del desacuerdo parece ser la diferente composición de las demandas de los miembros del cartel.").

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Robert D. Paul & J. Mark Gidley, *Price Fixing Begins to Hit Bottom Line*, *Legal Times*, May 4, 1998, at S44.

⁶⁶ Harrington, *supra* note 59, at 12.

⁶⁷ Id. at 7, 15.

⁶⁸ Id. at 7.

⁶⁹ Wayne E. Baker & Robert R. Faulkner, *The Social Organization of Conspiracy: Illegal Networks in the Heavy Electrical Equipment Industry*, 58 *Am. Soc. Rev.* 837, 838 (1993).

⁷⁰ Harry First, *The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law*, 68 *Antitrust L.J.* 711, 715 (2001).

⁷¹ Harrington, *supra* note 59, at 20-21.

⁷² Id. at 24.

anunciado el mismo término “no negociable”⁷³. Esto lleva al CEO de Christie a temer que su compañero de cartel en Sotheby “lo estaba traicionando”⁷⁴.

Ya que los carteles a menudo experimentan traiciones de sus miembros, solamente fijar el precio de los productos es a menudo insuficiente en sí para establecer un cartel⁷⁵. Empíricamente, los miembros del cartel frecuentemente lo traicionan pagando el precio del cartel con los productos en cuestión, pero luego conceden un descuento en un producto o servicio complementario. Por ejemplo, las empresas miembros del cartel pueden cargar el precio del cartel pero ofreciendo un servicio de entrega a pérdida, de esa manera vender efectivamente el producto cartelizado con un descuento⁷⁶. Los carteles también han respondido a este riesgo a través de la regulación colateral de precios o servicios. Por ejemplo, el cartel de azúcar “regulando la tarifa de almacenamiento, tarifa de transporte, tiempo de entrega, y métodos de entrega, todo con el fin de prevenir recortes de precios ocultos que pudiesen ser escondidos en los detalles”⁷⁷. El cartel sobre el cemento prohibía a sus miembros a usar camiones, y reclutó a los funcionarios de la cooperativa de ferrocarriles para ayudar a reforzar la fijación de precio en la industria del cemento⁷⁸. También, bajo el código del cartel del cemento, “los productores de cemento estaban también limitados de competir a través de diferentes maneras de embalaje y embarque sus productos o a través de realizar diferentes cargas o subsidios para las bolsas de cemento”⁷⁹. Recientemente, en la casa de subastas la conspiración para la fijación de precio, en adicción a la fijación de comisiones no negociables, los miembros también buscan prevenir la renuncia de gastos relacionados, incluyendo ilustraciones de catálogos, transporte, y cargos de seguro⁸⁰. Similarmente, las empresas en el cartel de gases industriales o médicos adoptaron un mínimo de cargo de transporte e impuso una nueva caída a cargo de las entregas a granel con el objeto de

prevenir la elusión del precio del cartel a través de la entrega descontada⁸¹. Adicionalmente al precio, el alcance de estos acuerdos complementarios tiene que ser negociados y aceptados por todos los miembros del cartel⁸².

En algunos casos, los miembros del cartel desarrollaron formulas complicadas de precio que cubren una amplia gama de productos y compradores. Los carteles sobre el carbono eléctrico y mecánico y los productos de grafito ofrecen un ejemplo:

El propósito más importante del cartel era de acordar precios a ser cargados a los clientes de diferentes países para la gran diversa variedad de carbono eléctrico y mecánico y productos de grafito. Por este propósito, los miembros del cartel primero acuerdan en un método de precio el cual calcula el precio de venta mediante la referencia a diferentes factores. Las bases del esquema era calcular el precio de las escobillas a carbón. Estos son divididos en tres grupos: escobillas industriales, pequeñas escobillas y excepciones. Dentro de cada uno de los primeros dos grupos, el volumen del material de carbono o grafito en cuestión estaría determinado por centímetro cúbico⁸³.

Los acuerdos de precio con muchas partes moviéndose requieren más negociaciones involucradas y renegociaciones más que simples carteles involucrando un producto homogéneo en un solo mercado.

En algunos mercados, la fijación de precios toma la forma de licitaciones fraudulentas. Esto es más complicado que la sola fijación de precios. Para cada contrato, los miembros del cartel deben decidir que cartel tendrá la oferta más baja, como ella será, y como el resto de miembros del cartel ofertará con el objeto de perder el contrato. El fracaso en la ejecución correcta de esto puede exponer al cartel. Por ejemplo, el cartel de equipos pesados de las décadas de 1950 y 1960 fue

⁷³ Christopher Mason, *The Art of the Steal: Inside the Sotheby's-Christie's Auction House Scandal* 166 (2004).

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Ver infra notes 96-100 (discutiendo traición al cartel y respuestas).

⁷⁶ Christopher R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*, 82 *Tex. L. Rev.* 515, 624 (2004).

⁷⁷ *Id.* at 579 (citing David Genesove & Wallace P. Mullin, *Rules, Communication, and Collusion: Narrative Evidence from the Sugar Institute Case*, 91 *Am. Econ. Rev.* 379, 383 (2001)).

⁷⁸ Fritz Machlup, *The Basing-point System: An Economic Analysis of a Controversial Pricing Practice* 201 (1949).

⁷⁹ *Id.* at 80 (citando Brief in Support of the Complaint at 414-22, *Fed. Trade Comm'n v. Cement Inst.*, 333 U.S. 683 (No. 3,167)) (“Fue en contra de las reglas del Compendio, por ejemplo, la concesión de subsidios para bolsas de tela, cuando no fueron devueltos en buen estado.”).

⁸⁰ Mason, *supra* note 70, at 169.

⁸¹ Harrington, *supra* note 59, at 12.

⁸² Ver *id.* at 6 (“La colusión también se extendió a los precios de los servicios auxiliares y dimensiones distintas de los precios con el fin de evitar el engaño a través de estas vías.”).

⁸³ *Id.* at 9-10 (quoting EMCG-EC2, 91-3).

descubierto cuando un reportero desechó entre los registros de compras de la Autoridad de Tennessee Valley e informó que “al menos 47 grandes y pequeños fabricantes americanos han tomado parte de una oferta idéntica en una amplia variedad de artículos en los pasados tres años”⁸⁴ Para prevenir la exposición, la manipulación de ofertas asigna las ofertas y acuerda rotar la oferta ganadora de manera que no levante sospechas.

b. Límites de producción y asignación de mercado

Muchos mercados encuentran preferible establecer el producto o limitar las ventas ya sea en lugar de o en adicionalmente a fijar el precio⁸⁵. Algunos carteles establecen límites en la producción, otros en la inversión. Por ejemplo, el Instituto Textil de Algodón tiene a sus miembros comprometidos a limitar su turno de día a cincuenta y cinco horas por semana, y sus turnos de noche a cincuenta⁸⁶. Dependiendo de la eficiencia relativa de la variedad de los miembros del cartel, las empresas pueden defender distintos límites.

Asumiendo que los límites de la producción total están acordados para, las empresas que fijan el precio deben luego decidir cómo repartir el total de la cantidad producida⁸⁷. La producción debe ser asignada entre los miembros del cartel, y puede no haber una sola solución equilibrada que simultáneamente maximice los beneficios para

cada miembro del cartel. Esto es, el tamaño de la producción *total* es medida por referencia a la demanda de mercado, pero la división del superávit del cartel representa un problema similar a aquel de un monopolio bilateral⁸⁸. No hay una solución “natural”. Intuitivamente, empresas perfectamente idénticas pueden dividir la producción equitativamente, pero que no podría ser necesariamente idéntico el caso y, en cada evento, las empresas siempre difieren una de la otra. Empresas pequeñas tenderán a querer ver la producción equitativamente dividida; las empresas grandes querrán que sea dividida en proporción a la producción histórica. Cuando la producción histórica es usada, las empresas pueden discrepar sobre qué años usar como período de referencia, algunas prefieren los años anteriores y otras un rango de años⁸⁹. Cada empresa presumiblemente apunta a seleccionar un período de tiempo que maximiza en el futuro sus ventas en el precio del cartel. Finalmente, las empresas nuevas pueden preferir la capacidad productiva en vez del historial de ventas como las bases para la asignación del cartel, otra vez porque les va mejor con esta medida⁹⁰.

Adicionalmente, algunos carteles distribuyen clientes específicos⁹¹. Por ejemplo, para estabilizar los varios carteles sobre vitaminas, Roche y Rhone-Poulenc acordaron no buscar ciertos clientes⁹². Tales acuerdos son relativamente comunes en los carteles⁹³. Acuerdos sobre distribución de clientes estabilizan un cartel a través de reducir

⁸⁴ John G. Fuller, *The Gentleman Conspirators: The Story Of The Price-Fixers In The Electrical Industry* 29 (1962). El registro en el caso del Instituto de Cemento, dos décadas antes de que el cartel de equipo pesado había producido el siguiente conjunto de las ofertas en un trabajo solicitado por la Oficina de Ingeniería de Estados Unidos, Tucumcari, Nuevo México, 23 de abril de 1936, todos idénticos al ciento diez por ciento por barril:

Nombre de Bidder	Precio per Bbl.	Nombre de Bidder	Precio per Bbl.
Monarch	\$3.286854	Oklahoma	\$3.286854
Ash Grove	3.286854	Consolidated	3.286854
Lehigh	3.286854	Trinity	3.286854
Southwestern	3.286854	Lone Star	3.286854
U. S. Portland Cement Co.	3.286854	Universal	3.286854
		Colorado	3.286854

Fed. Trade Comm’n v. Cement Inst., 333 U.S. 683, 713 n. 15 (1948). Ver generalmente Vernon A. Mund, *Identical Bid Prices*, 68 J. Pol. Econ. 150, 150 (1960) (discutiendo procesos idénticos de ofertas).

⁸⁵ Ver, e.g., Simon N. Whitney, *Trade Associations and Industrial Control* 70 (1934) (discutiendo el cartel del cotton).

⁸⁶ Id. at 71 (“Este plan, propuesto en enero de 1930, y aceptado por prácticamente el 75% de la industria del plazo de cuatro meses, continuó en vigor hasta julio de 1933.”). En una decisión conocida anti monopolística, la National Window Glass Manufacturers llegado a un acuerdo en virtud del cual un grupo de empresas que funcionó durante seis meses del año, mientras que el otro grupo operó por los otros seis meses. Por escrito a la Corte, el juez Holmes aprobó el acuerdo como una forma razonable de la asignación de una escasez de mano de obra. *Nat’l Ass’n of Window Glass Mfrs. v. United States*, 263 U.S. 403, 413 (1923).

⁸⁷ Ver, e.g., *United States v. Andreas*, 216 F.3d 645, 652 (7th Cir. 2000) (discutiendo el volumen de asignación en el cartel de lisina).

⁸⁸ Ver Roger D. Blair and Jeffrey L. Harrison, *Monopsony in Law and Economics* (forthcoming 2011) (nada que en un monopolio bilateral, la producción típicamente determinable, pero la decisión de el excedente es indeterminable y debe ser negociado); Hovenkamp, *supra* note 21, at 15

⁸⁹ *Harrington*, *supra* note 59, at 28-30 (discutiendo ejemplos en el cartel de tubos de cobre para plomería, peróxido orgánico, vitaminas A y E, ácido fólico, y el cartel de ácido cítrico).

⁹⁰ Id. at 31 (discutiendo el cartel de lisina).

⁹¹ Id. at 6, 24.

⁹² David Boies, *Courting Justice* 233 (2004).

la capacidad y el incentivo a la traición⁹⁴. En el caso de un cliente particularmente grande, los miembros del cartel pueden estar de acuerdo a compartir un cliente, por ejemplo tomando turnos hasta que alguien tenga un contrato⁹⁵. En ese caso, las empresas conspiradoras tienen que negociar como rotar en el contrato de manera que no parezca muy sospechoso⁹⁶.

c. Estándar de coordinación artificial

Adicionalmente a -o como prelude a- la fijación de precios, algunas empresas también estandarizarán sus líneas de productos con aquellas de los otros miembros del cartel. En los mercados con productos homogéneos, los carteles son más estables⁹⁷. Puede ser difícil acordar sobre un solo tipo de precio cuando las empresas del cartel venden productos de una variedad de calidad y tamaño. Es más, la traición puede ser difícil de detectar cuando las empresas están vendiendo diversos productos. Esto reduce la vida del cartel⁹⁸. Para solucionar estos problemas, algunos carteles tienden a estandarizar sus productos⁹⁹. Por ejemplo, el cartel del cemento estandarizó las especificaciones mínimas y los miembros declinaron a “aceptar (...) aduciendo especificaciones para mejor calidad”¹⁰⁰. Alternativamente, los carteles pueden acordar limitar las variaciones de un producto disponible para su venta. Por ejemplo, el acercamiento para tener productos estandarizados fue también adoptado en el cartel de electrodos

de grafito como las empresas: “acuerdan cargar ciertas primas en el precio de los electrodos de tamaño grande, es decir un sobre cargo en el precio cargado para un estándar de 24 pulgadas electrodos (por ejemplo, una prima de 10% para los electrodos de 28 pulgadas y una prima de 40% para electrodos de 30 pulgadas)”¹⁰¹.

Tales acuerdos pueden conducir a la tensión cuando un miembro del cartel busca introducir un producto ligeramente diferente, como cuando una empresa desestabiliza el cartel de los electrodos de grafito introduciendo un modelo de 28.75 pulgadas en un precio de modelo de 28 pulgadas¹⁰². La coordinación de estándares artificiales ayuda a estabilizar el cartel pero restringe la capacidad de las empresas miembros para desarrollar nuevos productos. Basados en sus agendas de investigación individual, diferentes empresas pueden preferir diferentes estándares. Discrepancias sobre la calidad y tamaño del producto puede quebrantar un cartel¹⁰³.

d. Renegociación

Incluso cuando las empresas rivales pueden llegar a un acuerdo inicial, la necesidad para renegociar significa que el tema de coordinación permanece durante la existencia del cartel. Los desacuerdos en el cartel son comunes¹⁰⁴. Con el tiempo, empresas pequeñas pueden demandar asignaciones grandes¹⁰⁵. Con el objeto de mantener un cartel

⁹³ Harrington, *supra* note 59, at 37 (discutiendo el cartel del cloruro).

⁹⁴ Ver Boies, *supra* note 89, at 233 (“Mediante la asignación de clientes particulares a determinados proveedores, los conspiradores reducen el incentivo a los proveedores tienen que salir del precio acordado en busca de más ventas.”).

⁹⁵ Harrington, *supra* note 59, at 40 (discutiendo el cartel de zinc fostato).

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Andrew R. Dick, *When Are Cartels Stable Contracts?*, 39 *J.L. & Econ.* 241, 247 (1996) (“Como predice la teoría, los cárteles tiende a la exportación relativamente homogénea, menos productos altamente procesados.”). En los acuerdos de estandarización de los productos para facilitar la colusión, ver 13 Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 2136, at 231-32 (2d ed. 2005).

⁹⁸ Dick, *supra* note 94, at 250 (“Por ejemplo, los carteles que cubren poco más productos diferenciados, como los textiles y equipos de oficina disuelto después de que miembros descubrieron que “el desarrollo del mercado exterior podría ser mejor manejados en forma individual.”).

⁹⁹ *E.g.*, *United States v. Am. Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174, 185 (3d. Cir. 1970), *cert. denied*, 401 U.S. 948 (1971) (los acusados eliminaron la baja calidad de los accesorios de baño que habían sido sujetos a un fuerte descuento); *C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Cir. 1952), *cert. denied*, 344 U.S. 892 (1952) (los acusados estabilizaron los extintores con el objeto de facilitar la manipulación de licitaciones); *Milk & Ice Cream Can Inst. v. Fed. Trade Comm’n*, 152 F.2d 478, 482 (7th Cir. 1946) (los acusados estandarizaron los contenedores de leche con el fin de facilitar la manipulación de las licitaciones, y el tribunal declaró que “era más fácil llegar a la meta de precios uniformes en un producto estándar que en uno que no era”). See also *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643, 644-45 (1980) (*per curiam*) (estandarización de los terminos de crédito); *Plymouth Dealers’ Ass’n of N. Cal. v. United States*, 279 F.2d 128, 134 (9th Cir. 1960) (estandarización del mercado en la asignación de coches usados); ver también Harrington, *supra* note 59, at 5-8.

¹⁰⁰ *Machlup*, *supra* note 75, at 80 (citing Brief in Support of the Complaint at 414-22, *Fed. Trade Comm’n v. Cement Inst.*, 333 U.S. 683 (No. 3,167)).

¹⁰¹ Harrington, *supra* note 59, at 9 (quoting *Graphite electrodes EC*, 56).

¹⁰² *Id.* at 9.

¹⁰³ Ver, *e.g.*, Margaret Levenstein & Valerie Y. Suslow, *Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economics Effects and Implications for Competition Policy*, 71 *Antitrust L.J.* 801, 835-36 (2004) (discutiendo los desacuerdos dentro del cartel de electrodos de grafito).

¹⁰⁴ *Id.*; Larry R. Stewart, *Canada’s Role in the International Uranium Cartel*, 35 *Int’l Org.* 657, 663 (1981) (discutiendo discrepancias dentro del cartel de uranio).

¹⁰⁵ Ver Harrington, *supra* note 59, at 31 (discutiendo disputas dentro del cartel de lisina).

continuo, una empresa puede acordar sacrificar alguna parte de su mercado a su compañero de cartel¹⁰⁶. La incapacidad de acordar nuevas asignaciones de precios y volúmenes, a la luz de las condiciones cambiantes del mercado y lo que demanda la empresa de cartel, puede resultar en una disolución del cartel¹⁰⁷.

Las negociaciones del cartel son arriesgadas porque cada empresa en la mesa tiene la misma influencia: declina a participar en la conspiración y nadie recoge los beneficios de cartel. La fijación del precio conspira de manera diferente de otras conspiraciones en ese caso el mercado determina los participantes necesarios. En una tradicional conspiración -por decir para robar un banco- si el conductor del vehículo de escape se retira, el resto de conspiradores puede traer otro conductor. En una conspiración para fijar un precio, si una empresa que abastece una parte significativa del mercado (o tiene la capacidad productiva de hacerlo) sale, el cartel no puede alcanzar sus objetivos porque los conspiradores restantes reducen la producción e incrementan el precio, una empresa fuera del cartel puede abastecer la demanda insatisfecha. Porque la salida de una empresa de un cartel significa que el cartel se disolverá, las negociaciones del cartel tienen lugar bajo amenazas mutuas de retirada. Cada empresa tiene un doble incentivo realizar exigencias con el objeto de maximizar sus rentas y acomodar las exigencias de los demás integrantes del cartel y evitar salidas.

2. Cumplimiento de los términos acordados

Las empresas rivales están de acuerdo con fijar precios porque incrementa su expectativa de beneficios. Otro tipo de conductas incrementa los beneficios aún más: integrar un cartel y luego traicionarlo vendiendo más de lo asignado para un cartel y/o cargando menos que el cartel de precio fijo¹⁰⁸. Cuando un cartel está reduciendo su producción y elevando el precio para maximizar el nivel del cartel, el ingreso marginal de cada miembro individual del cartel es mayor que sus costos marginales; es decir, cada miembro del cartel está ganando mas por unidad vendida

que el costo incremental de suministrar esta unidad. Mientras esta proposición es fácilmente demostrada matemáticamente, es también casi intuitiva¹⁰⁹. La producción y precio de un funcionamiento perfectamente monopolista y un cartel funcionando perfectamente son idénticos. Es decir, cual sea el precio de maximización de la producción es para el monopolista, el cartel maximiza sus beneficios agregados estableciendo la producción y el precio a ese nivel, y luego dividiendo la producción entre los miembros. Si el monopolista reduce el precio del nivel monopólico, pierde dinero porque el precio reducido en toda su producción es mayor que la cantidad de beneficios adicionales que gana produciendo más. Por ejemplo, si la producción y el precio que maximiza los beneficios son cien unidades en diez dólares por unidad, el precio reducido a nueve dólares es necesariamente no rentable incluso aunque las ventas suban a ciento ocho unidades, porque los beneficios adicionales del aumento de las ventas más que compensado por la pérdida de beneficios por la reducción del precio.

Los miembros individuales del cartel están en una posición diferente, sin embargo. En el supuesto de que el cartel tenga diez miembros idénticos y cada uno está produciendo diez de cien unidades en el precio de maximizar beneficios. Entonces uno de los miembros del cartel subrepticamente baja su precio a nueve dólares, llevando las ocho unidades extras en el mercado. Para el monopolista, el aumento de la producción como consecuencia de la reducción del precio fue del ocho por ciento, pero para un solo miembro de diez empresas idénticas es ochenta por ciento, haciendo probable que sea mucho más rentable. Es más, esta no es toda la historia. El precio reducido de los que traicionan el cartel inducirá a algunos clientes existentes dentro de las cien unidades de su vendedor y a el que traiciona, dando al que traiciona un crecimiento de producción incluso grande. De todas maneras, el éxito de todo esto depende de la capacidad del que traiciona para reducir el precio mientras los otros miembros del cartel mantienen su posición. Si el miembro que traiciona es detectado, o si otros miembros deciden traicionar también, el cartel probablemente desaparezca y la competencia reaparecerá¹¹⁰.

¹⁰⁶ Ver id. at 33 ("A través de la estabilidad de las partes del Mercado era común, pero no universal. En negociaciones en 1992 en el mercado para la vitamina B2, Roche acordó permitir BASF's compartir el mercado para subir de 35% en 1990 a 38% en 1994.").

¹⁰⁷ Ver Dick, *supra* note 94, at 249-50 (discutiendo el cartel de potasa).

¹⁰⁸ Leslie, *supra* note 73, at 526.

¹⁰⁹ Hovenkamp, *supra* note 20, at 149-50; Frederic M. Scherer & David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 244-245 (3d ed. 1990).

¹¹⁰ Sobre el engaño del Cartel y su relación entre el tamaño del margen de beneficio y la posibilidad de hacer trampa, see George M. Stocking & Myron M. Watkins, *Cartels or Competition?* 94 (1948).

En suma, cada miembro individual del cartel tiene un incentivo para “traicionar” al cartel produciendo más de la producción asignada. Historias como las del cartel traicionado son comunes¹¹¹, y este exceso de la renta marginal de la empresa individualmente sobre el costo marginal es una de las principales razones que provocan que los carteles sean inestables y se destruyan, incluso cuando ellos son legales¹¹². La ausencia de mecanismos efectivos de cumplimiento ha llevado a desaparecer a muchos carteles¹¹³.

Consecuentemente, los carteles exitosos desarrollan mecanismos para detectar y castigar la traición. Los métodos comunes para detectar las desviaciones del acuerdo del cartel incluyen requerir todos los miembros del cartel el reporte de sus cifras de ventas, utilizando auditores, y utilizando un administrador del cartel independiente¹¹⁴. Una vez identificada la traición, el cartel debe disciplinar a la empresa desertora con el objetivo de identificar el período no rentable e impedir futuras transgresiones. Algunos carteles emplean guerra de precios¹¹⁵. El enfoque más común, sin embargo, es tener la contabilidad y reembolso entre los miembros afectados del cartel. Muchos carteles emplean programas de recompra para tratar con empresas que venden más que de los que su cartel les asigna. Por ejemplo, como parte del acuerdo de los miembros del cartel de ácido cítrico, para equilibrar las cuentas del cartel a finales de 1991, una empresa que compró mucho, Haarman & Reimer, fue obligada a comprar 7,000 toneladas de ácido cítrico de ADM, la cual había vendido menos que la asignación de su cartel¹¹⁶. Mientras efectivamente, los planes de recompra requieren “monitoreo continuo para evaluar como las ventas se han emparejado con las cuotas”¹¹⁷. En resumen, los mecanismos de cumplimiento del cartel requieren coordinación constante.

3. Resumen

En suma, los carteles requieren una cantidad extrema de coordinación sobre temas adicionales a la mera fijación del precio. Mientras cada cartel enfrenta sus propios problemas en formación y continuidad, el cartel internacional de electrodos de gradito es bastante típico para el éxito, los carteles rentables:

Según la investigación del Departamento de Justicia de U.S., los miembros de un cartel están de acuerdo en: (1) incrementar y mantener el precio, (2) eliminar los descuentos de precio, (3) distribuir volúmenes entre los conspiradores, (4) dividir el mercado entre ellos mismo y designar el precio a seguir en cada región, (5) reducir o eliminar exportaciones a miembros de mercados locales, (6) restringir capacidades, (7) restringir el acceso de compañías que fabriquen cierta tecnología de electrodos de grafito, y (9) el tema de los anuncios de precio y sus cotizaciones en concordancia con los acuerdos¹¹⁸.

Los temas de cantidad, dificultad, y variedad de coordinación puede apurar la desaparición del cartel de fijación de precios. En su estudio empírico de los cárteles de exportación, Andrew Dick notó que “los carteles (...) se disuelven cuando sus costos de coordinaciones superan el valor de su servicio para los miembros”¹¹⁹.

Consecuentemente, las empresas deben desarrollar costos efectivos en sus caminos para negociar, implementar, y cumplir los cuerdos del cartel. Un rasgo común de estas estructuras es que ellas a menudo minimizan el rol de los miembros individuales del cartel en la toma de decisiones en el día a día sobre producción y precio, asignando esto a una entidad que tiene el poder de determinar

¹¹¹ Ver Herbert Hovenkamp, *Regulatory Conflict in the Gilded Age: Federalism and the Railroad Problem*, 97 *Yale L.J.* 1017, 1018 (1988) (señalando que, por ejemplo, en la industria ferroviaria, ambas colusión y traición fueron generalizadas durante finales de los noventas e inicios del siglo veinte).

¹¹² Ver Robert H. Porter, *On the Incidence and Duration of Price Wars*, 33 *J. Indus. Econ.* 415, 416-18 (1985) (escribiendo en Guerra de precios como el cartel se desestabiliza).

¹¹³ Dick, *supra* note 94, at 249 (“El cartel de Webb-Pomerene disuelto bajos dos tipos de circunstancias. Los primeros fueron la ejecución de fallos. Muchos carteles de fijación de precios se vieron socavados por su fracaso para detectar y sancionar los intentos de los miembros para bajar el precio convenido en o superior a la asignación de cuotas.”).

¹¹⁴ Leslie, *supra* note 73, at 611-15.

¹¹⁵ Ver *id.* at 618-20 (discussing examples); Ver también Harrington, *supra* note 59, at 63 (“En el cartel de papel autocopiativo, miembro del cartel AWA tenía una cuota de mercado en Europa del 30-35% y fue el mayor productor con capacidad de más de dos veces la de cualquier otra empresa. Utilizó su posición dominante en el mercado para amenazar a precios agresivos si las empresas no cumplen con el acuerdo colusorio.”) (citas internas omitidas).

¹¹⁶ Harrington, *supra* note 59, pp. 57-58.

¹¹⁷ *Id.* at 58 (discutiendo el ácido cítrico y el cartel de vitaminas A y E).

¹¹⁸ Levenstein & Suslow, *supra* note 100, p. 833 (citas omitidas).

¹¹⁹ Dick, *supra* note 94, at 250.

la tasa de maximización de beneficio, y se impone esto a sus miembros individualmente. La entidad puede ser de propiedad de los miembros del cartel o tener a los miembros del cartel actuando en su consejo de administración, pero nada de esto es esencial y esto puede ser contraproducente en la medida que los incentivos de los miembros individuales diverge de los del cartel como un conjunto. Como la Corte Suprema observó en *American Needle*, los intereses de los equipos individuales están “no necesariamente alineados” con aquellos de la NFL como un cuerpo¹²⁰.

B. La estructura de la toma de decisiones del cartel

Con el objeto de coordinar los muchos aspectos de un cartel de fijación de precios, los miembros de las empresas necesitan trabajar un proceso para tomar decisiones. En una conspiración de fijación de precios con solo dos compañeros de cartel, como el cartel de una subasta de casa, la toma de decisiones es necesariamente democrática para extender que todas las decisiones deben ser negociadas y acordadas por cada participante del cartel¹²¹. Como el número de conspiradores sube, sin embargo, la fijación de precio puede ser alcanzado por consenso, por comité, o por una agencia centralizada a quien la fijación de precios se ha delegado. En ésta sección se revisa las distintos esquemas de toma de decisiones

empleadas por los carteles. Los carteles van de ser relativamente democráticos a ser más centralizados. En cualquier lado de este espectro, los carteles exitosos construyen una sofisticada estructura organizacional para reunir información, para tomar decisiones, y comunicar y hacer cumplir sus dictámenes.

1. Carteles democráticos

Mientras la teoría económica sugiere que los carteles deben ser difíciles de formar y mantener en industrias con un gran número de competidores, los carteles que fijan precios existen en esos mercados¹²². La gran mayoría de estos casos, una asociación industrial de comercio es usual que incurran en conspiración¹²³. Al principio del siglo veinte, las empresas de muchas industrias formaron asociaciones comerciales “para evadir competencia costosa” e incrementar el precio¹²⁴. En algunos casos, las empresas en asociaciones comerciales buscan incrementar el precio del mercado y reducir el salario a sus trabajadores¹²⁵. Para muchos carteles, sus cumbres ilícitas ocurrieron después de una reunión legítima de sus asociaciones comerciales. Los ejemplos son los carteles de leche¹²⁶ en las escuelas, papel carbón¹²⁷, ácido cítrico¹²⁸, lisina¹²⁹, cloruro de colina¹³⁰, tubos de plomería de plomo¹³¹, turbinas¹³², y otros equipos pesados¹³³. La presencia de una asociación comercial puede dar la ilusión

¹²⁰ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2213 (2010).

¹²¹ Seguido a un acuerdo entre el president de Sotheby's y Christie's, la CEOs de las dos empresas rivales establecieron y fijaron comisiones, entre otros cooperaciones. Mason, *supra* note 70, at 122-23, 133-34.

¹²² See Hay & Kelley, *supra* note 56, at 21 (indicando que hay muchos casos en los cuales grandes grupos conspiran).

¹²³ *Id.* at 21 (“En siete de ocho casos de carteles con más de quince empresas en la conspiración, una industria de asociación comercial formal estaba involucrada.”).

¹²⁴ Herbert Hovenkamp, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, at 321 (Harvard Univ. Press 1991) (citing Arthur J. Eddy, *The New Competition* 121, 82 (1914)); see Whitney, *supra* note 82, p. 40 (“Inicialmente las asociaciones de Mercado eran mas pequeñas que las uniones permanentes”).

¹²⁵ Ver Whitney, *supra* note 82, at 78 (discusiones den la Industria de Fabricantes de Alfombras de América).

¹²⁶ Robert F. Lanzillotti, *The Great School Milk Conspiracies of the 1980s*, 11 *Rev. Indus. Org.* 413, 429 n.44 (1996) (“En el caso de Western Kentucky, según el testimonio de los testigos de la industria, las medidas de manipulación de licitaciones se incubaron en las reuniones de la Western Kentucky Asociación de Productos Lácteos, que solían celebrarse junto con o después de las reuniones de la comercialización de leche de Kentucky y de la Comisión Antimonopolio.”).

¹²⁷ Harrington, *supra* note 59, at 75. (“En el cartel de papel carbón, las reuniones de planificación general se llevaron a cabo bajo la cobertura de las reuniones de la Asociación de Fabricantes Europeos de Papel Carbón.”) (citas internas omitidas).

¹²⁸ Ver John M. Connor, *Global Price Fixing 134-35* (2001) (Discutiendo la Asociación de Fabricantes Europeos de Ácido Cítrico y el cartel del ácido cítrico); Kurt Eichenwald, *The Informant 3* (2000) (discutiendo como el cartel tiene “formó discussing how the cartel had “formed asociaciones industriales falsas como una cubierta para sus reuniones ilegales”).

¹²⁹ Connor, *supra* note 125, at 220 (discutiendo la “formación de una asociación formal de lisina para facilitar la conspiración”).

¹³⁰ *Id.* at 316 (discussing how a meeting between the manufacturers turned into an agreement “to raise the North American price of choline chloride”); Harrington, *supra* note 59, at 75-76 (“Con cloruro de chloride, las reuniones eran por lo general (aunque no exclusivamente) programadas antes o después de las reuniones del Consejo de la Industria Química Europea.”) (cita interna omitida).

¹³¹ Harrington, *supra* note 59, at 76 (“Coordinacion con asociaciones de mercado las reuniones también tienen lugar con carteles en tubos de cobro de plomería.”) (citas internas omitida).

¹³² Robert R. Faulkner, Eric R. Cheney, Gene A. Fisher & Wayne E. Baker, *Crime by Committee: Conspirators and Company Men in the Illegal Electrical Industry Cartel, 1954-1959*, 41 *Criminology* 511, 530 (2003).

¹³³ John Herling, *The Great Price Conspiracy: The Story of the Antitrust Violations in the Electrical Industry* 315 (1962) (señalando que las “reuniones del cartel eran incidentales a las reuniones técnicas”).

de reuniones legítimas a los competidores¹³⁴. Las asociaciones comerciales proveen la cubierta para las reuniones ilegales porque esto explica por qué competidores estaban revelando mensualmente ventas a un cuerpo central común¹³⁵ y por qué ejecutivos rivales y vendedores estaban reuniéndose juntos¹³⁶. En suma, las asociaciones comerciales ofrecen la estructura para un cartel de toma de decisiones, la cobertura por la cual competidores se reúnen, y “pueden también promover un clima social propicio para la colusión”. Todo esto facilita un proceso relativamente democrático de toma de decisión del cartel¹³⁷.

Claro está, que no todas asociaciones comerciales son los frentes para la actividad ilegal. La mayoría las emplea en actividades provechosas¹³⁸. Asociaciones comerciales legítimas generalmente emplean procesos democráticos. Ellos emplean reglamentaciones y normas de una manera relativamente abierta¹³⁹. Esto puede en algunos casos, sin embargo, ofrece un foro para la fijación de precio o la división de mercado.

Los carteles pueden asumir la estructura de toma de decisiones democrática de su correspondiente asociación comercial. En carteles más participativos, los procesos de monitoreo y

cumplimiento se hacen relativamente de manera colectiva, con mas participación y discusión entre los miembros del cartel. Por ejemplo, algunos carteles tuvieron veinticinco reuniones cara a cara entre sus conspiradores antes de fueran descubiertos y procesados¹⁴⁰. Muchos carteles tuvieron reuniones cara a cara cada mes o trimestralmente¹⁴¹. Los miembros del cartel de Linaza tenían que asistir mensualmente a reuniones y fueron multados si faltaban a alguna¹⁴². Algunos carteles, como el cartel de las tuberías de calefacción de distrito, tuvo que incrementar la frecuencia de sus reuniones cuando la necesidad de asignar nuevos clientes y nuevos proyectos necesitaba más grupos de decisiones¹⁴³. Similarmente, el cartel de las turbinas tiene que reunirse frecuentemente cuando tiene más información que procesar¹⁴⁴. Las escuelas han teorizado que las turbulencias económicas pueden necesitar más reuniones del cartel porque “negociaciones frecuentes entre los coludidos son necesarias cuando las condiciones de mercado son inestables e inciertas”¹⁴⁵. Adicionalmente a las reuniones cara a cara, los carteles han usado semanalmente llamadas telefónicas y faxes para intercambiar información como datos sobre las ventas¹⁴⁶. Ya que los carteles realizan una gran cantidad de decisiones que necesitan renegociaciones regulares y las

¹³⁴ Connor, supra note 125, at 202 (“ADM propuso formar una asociación mundial de la lisina, que se reuniría en una base regular. La nueva asociación se recogen y distribuyen en su mayoría de producción e información de cuota de mercado, al igual que los refinadores de maíz Asociación hizo para los productos de maíz de EE.UU. molienda húmeda (Tr. 1734-36). Wilson también sugirió que, al igual que la Asociación de Fabricantes de Acido Cítrico, la nueva asociación sería una excusa conveniente para discusiones ilegales de fijación de precios (Tr. 2186). En un año o dos, una asociación de lisina, realmente, se supo que se reunía trimestralmente y realiza las dos funciones que Wilson propuso.”).

¹³⁵ Eichenwald, supra note 125, at 205 (“Ahí es donde el plan entró. Nadie se preguntaría por qué cada compañía había recogido los datos de ventas mensuales si se entregó a la asociación. Posteriormente en secreto, las empresas pueden cambiar los números entre sí para hacer cumplir el acuerdo de volumen”).

¹³⁶ Harrington, supra note 59, at 76 (“La planificación de convocar el cartel en una reunión de asociación comercial es, obviamente, conveniente-como muchos de los ejecutivos son para estar allí de todos modos- sino que también sirve a los fines de evitar la detección de los cárteles. La reunión de la asociación del comercio ofrece una cobertura de por qué los ejecutivos de las empresas competidoras están en el mismo lugar.”).

¹³⁷ Arthur G. Fraas & Douglas F. Greer, Market Structure and Price Collusion: An Empirical Analysis, 26 J. Indus. Econ. 21, 39 (1977).

¹³⁸ Ver Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, The Law of Antitrust 233-34 (2000) (“Actividades de rutina incluyen las publicaciones que contienen información útil de tipo general sobre la industria y de los avances tecnológicos y gubernamentales que lo afectan, las actividades de lobby, de establecimiento de normas, seguridad y otros “sellos de aprobación” programas, proporcionando los medios de comunicación de arbitraje, dentro de la rama de promoción y publicidad, y la publicación de estadísticas de la industria.”).

¹³⁹ Ver Herbert Hovenkamp, The Antitrust Enterprise: Principle and Execution 137 (2005) (indicando que las asociaciones de comercio “también se dedican a la elaboración de normas y establecimiento de normas para sus industrias” y que “la gran mayoría de las actividades de las asociaciones comerciales son favorables a la competencia”).

¹⁴⁰ Ver Connor, supra note 125, at 135 (“Había alrededor de 25 reuniones cara a cara del cártel del ácido cítrico y una docena de reuniones bilaterales (Tr. 2614-2801).”); Herling, supra note 130, at 315 (discutiendo una de los carteles de equipo pesado).

¹⁴¹ Ver Herling, supra note 130, at 104 (señalando un cartel de equipo pesado, cuyo grupo de trabajo “se reunieron en un promedio de una vez cada seis a ocho semanas”); Harrington, supra note 59, at 55 (“La lisina, zinc fosfato, and ácido cítrico carteles monitoreados en una bases regular mensual.”); id. (“En el caso del cartel de la vitamina B5, inicialmente las empresas reportaron información sobre las ventas escogiendo una base mensual.”).

¹⁴² Benjamin S. Kirsh, Trade Associations in Law and Business 113-14 (1938).

¹⁴³ Ver Harrington, supra note 59, at 74-75 (discutiendo cómo reuniones para implementar una distribución de ventas tienen “una frecuencia dictada por el flujo de nuevos proyectos y clientes”).

¹⁴⁴ Baker & Faulkner, supra note 66, at 840-41.

¹⁴⁵ Id. at 841.

¹⁴⁶ Harrington, supra note 59, at 75 (“La mayoría de los carteles de intercambio de información -las ventas en general en relación- sobre una base mensual o trimestral, con algunos lo hacen tan a menudo como cada semana a través de teléfono o fax, en

empresas deben monitorear a sus compañeros de cartel, la comunicación frecuente es necesaria¹⁴⁷. En carteles democráticos, los miembros de las empresas discuten el precio abiertamente y llegan a un acuerdo después de debatir¹⁴⁸. Cuando se realiza justo después de una reunión legítima, la estructura administrativa de un cartel ilegal puede tomar ventaja de las reglas sobre la toma de decisión previa de la reunión de la asociación comercial.

Algunos carteles desarrollan estructuras de dirección sofisticadas que añaden a sí mismas en su organigrama. Por ejemplo, algunos carteles mantienen todo incluido, un grupo mundial mientras forman sub grupos regionales¹⁴⁹. En un caso “la conspiración del conmutador fue organizada en una forma descentralizada (...) los directores generales establecen la política de fijación de precios y ejecución delegada de los detalles a un grupo de nivel de trabajo integrado por subordinados¹⁵⁰. Similarmente, el cartel de electrodos de grafito “estaba organizado por un grupo de “alto nivel” y un grupo de “nivel de trabajo”. Las reuniones de alto nivel incluían principalmente presidentes de compañía y directores generales y fueron designados para establecer políticas. Gerentes de bajo nivel, quienes se reúnen con más frecuencia, trabajan los detalles de los acuerdos y su implementación¹⁵¹.

2. Las Estructuras de toma de decisiones más centralizadas del cartel

En el otro extremo del espectro están los carteles que no son democráticos en el sentido que los miembros han cedido la autoridad de la toma de decisiones en los precios, producción, y o asignación de clientes a otra entidad. Carteles “democráticos”, en los cuales cada miembro del cartel tiene una voz en la administración cotidiana, en realidad puede ser bastante difícil de manejar¹⁵². La estabilidad del cartel a menudo requiere que el rol de director sea dado a una o dos cabezas de grupo o a una organización con autoridad centralizada de decisión de mercado¹⁵³. Tal forma organizacional puede reducir los costos de gestión del cartel controlando las diversas preferencias de los miembros individuales del cartel¹⁵⁴.

Otra consideración es el problema de detección y prosecución. Día a día la gestión de un cartel típico requiere comunicaciones continuas entre los miembros del cartel. Cuanto más es necesaria la comunicación, es más probable que el cartel pueda ser detectado. Hoy en día, las comunicaciones entre los miembros constituyen uno de los tipos primarios de evidencia que se suele usar para probar los acuerdos en los casos de colusión¹⁵⁵.

lugar de reuniones cara a cara.”); *Id.* at 55 (“Mientras que los carteles de las vitaminas A y E se reunía mensualmente para fines de seguimiento, se comunicaban por teléfono semanalmente.”).

¹⁴⁷ Ver *id.* at 81 (“Para implementar un acuerdo complejo, algunos carteles crearon una organización impresionante estructura que entablaron frecuentemente comunicaciones y reuniones cara a cara.”).

¹⁴⁸ Ver, e.g., Herling, *supra* note 130, at 33 (discutiendo el cartel de fabricación eléctrica).

¹⁴⁹ Ver Harrington, *supra* note 59, at 77 (“Otros carteles organizaron por ellos mismos dentro un grupo general -comprometido a todos los miembros del cartel- y grupos subregionales.”).

¹⁵⁰ Baker & Faulkner, *supra* note 66, at 839.

¹⁵¹ Levenstein & Suslow, *supra* note 100, at 833.

¹⁵² Ver Hovenkamp, *supra* note 20, § 4.1a; W. Kip Viscusi, John M. Vernon & Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust* 121-28 (4th ed. 2005) (discutiendo algunas de las “complicaciones asociadas con la collusion”) ver también Nicolas de Roos, *Examining Models of Collusion: The Market for Lysine*, 24 *Int'l J. Indus. Org.* 1083 (2006); Dick, *supra* note 94; Harrington, *supra* note 59; Hay & Kelley, *supra* note 56; Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*, 96 *Yale L.J.* 209, 238-40 (1986) (describiendo el rol del cartel “ringmaster”); Christopher R. Leslie, *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*, 31 *J. Corp. L.* 453 (2006) [hereinafter Leslie, *Antitrust Amnesty*]; Christopher R. Leslie, *Cartels, Agency Costs and Finding Virtue in Faithless Agents*, 49 *Wm. & Mary L. Rev.* 1621 (2008) [hereinafter Leslie, *Cartels*]; Leslie, *supra* note 73; Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, *Breaking up Is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration*, *J.L. & Econ.* (forthcoming Sept. 2010) (“Los carteles responden imperfectas o ruidosa información tratando (...) alinear mejor los incentivos individuales con las empresas del grupo”, que reducirá los costos de agencia); Levenstein & Suslow, *supra* note 52.

¹⁵³ Ver George Baker, Robert Gibbons & Kevin J. Murphy, *Relational Contracts and the Theory of the Firm*, 117 *Q.J. Econ.* 39, 70 (2002) (concluyendo que “integración vertical es una respuesta eficiente”); Mattias Ganslandt, Lars Persson & Helder Vosconcelos, *Asymmetric Cartels - A Theory of Ring Leaders 3* (Ctr. for Econ. Pol’y Research, Discussion Paper No. 6829, 2008), available at <http://www.porto.ucp.pt/feg/docentes/hvasconcelos/docs/CEPR-DP6829.pdf> (discutiendo “porque muchos carteles tienen un ringleader y por qué la empresa lider es frecuentemente sustancialmente grande más que otras empresas en un mercado colusivo”).

¹⁵⁴ Ver Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 308 (1976) (discutiendo como “costo de agencia” cuando un principal no puede controlar su agente); Stewart E. Sterk, *Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty*, 27 *Cardozo L. Rev.* 2761, 2763 (2006) (discutiendo cómo una “confianza protector” tiene “el potencial de servir como un monitor de rendimiento del administrador, la reducción de los costos de agencia”).

¹⁵⁵ E.g., William H. Page, *Communication and Concerted Action*, 38 *Loy. U. Chi. L.J.* 405, 425 (2007) (“lo que es decisivo en estos casos es la evidencia no económica, particularmente relacionada a las comunicacines.”); William H. Page, *Twombly and*

Comunicaciones entre los competidores necesariamente involucran una cierta cantidad de exámenes antimonopólicos, incluso a través de muchos de ellos son competitivamente beneficiosos. Estos hechos explican por qué los administradores de carteles usualmente han tratado de atraer fabricantes en su esquema y han impuesto comportamientos como mantener la reventa de los precios o la división territorial entre ellos. Las comunicaciones entre un fabricante y sus negociadores son rutinarias y comunes, y hoy en día están mucho menos dispuestos a invocar un escrutinio antimonopólico. Además, carteles pueden preferir el modelo descentralizado porque ello reduce el número de testigos con información pertinente sobre los detalles de las operaciones del cartel¹⁵⁶.

Por todas estas razones, el cartel puede funcionar mejor si no permite que día a día se tomen decisiones sobre el precio y producción a través de un voto entre los miembros, sino que delegue esta función a alguien más. Un concejo de administración o el administrador puede ser el vehículo ideal, como un tema de función empresarial, la cual ejerce ordinariamente para maximizar los beneficios. Es decir, asumiendo que los beneficios de la corporación son un buen sustituto de los beneficios conjuntos de los miembros del cartel, maximización del valor de la corporación ocurrirá cuando el cartel maximice sus beneficios. No es necesariamente requerido que el cartel gestor y el cartel operen precisamente en el mismo mercado. Por ejemplo, una agencia de venta conjunta, la cual es un popular vehículo de cartel, puede recibir como su compensación un porcentaje del beneficio del miembro individual. En ese caso, asumiendo que esta fórmula era apropiadamente desarrollada, la agencia podría maximizar sus beneficios maximizando los beneficios agregados de los miembros individuales los cuales pueden coincidir con el precio de maximizar la producción del cartel¹⁵⁷. De ese modo, la gestión empresarial puede actuar como un cartel facilitador de la misma manera que un fabricante puede actuar como un cartel facilitador

en algunos esquemas involucrando restricciones verticales, como mantener el precio de reventa o la división territorial, la cual limita la competición entre los comerciantes¹⁵⁸. Es importante destacar que, no obstante, una vez que la estructura está en su lugar, la administración cotidiana del cartel puede no exigir la participación activa de los miembros del cartel. En realidad, en la medida que sus intereses individuales en maximizar sus beneficios difieran de los del cartel, la participación individual puede servir para elevar más que alejar los objetivos del cartel.

La mayoría de las estructuras del cartel no han sido extremas. Lo que comparten en común, sin embargo, es la transferencia de autoridad cotidiana de los miembros del cartel como un grupo a uno subconjunto mucho más pequeño, o bien a una organización de terceros que tiene el poder de controlar la producción y precio de los miembros individuales del cartel. Esta parte discute los distintos caminos que algunos carteles centralizan la toma de decisiones. Primero, un cartel puede adoptar un modelo de líder de grupo. Un líder de grupo es una empresa que toma la dirección de la toma de decisiones, como la asignación de precio y mercado, así como también la ejecución de las acciones por el cartel. Por ejemplo, en el cartel de la lisina, como los grandes productores, ADM y Ajinomoto parecen haber ejercido un papel importante que sus contrapartes coreanas en determinar el precio y la distribución del mercado. El líder de grupo como modelo de ejecutor es ilustrado como OPEC. Para algunas decisiones OPEC es relativamente democrática, pero Arabia Saudita claramente juega un rol dominante. Durante la mayoría de los períodos del cartel de la OPEC, Arabia Saudita ha jugado un rol de cartel ejecutor, decidiendo qué violaciones de los acuerdos del cartel se castigan mediante precios punitivos y qué desviaciones permitir mediante la reducción de su propia producción con el objeto de mantener el precio del cartel¹⁵⁹. Similarmente, Philips Morris puede haber desarrollado el rol de líder de grupo en el cartel del tabaco, ejecutando los acuerdos a través de la guerra de precios¹⁶⁰.

Communication: The Emerging Definition of Concerted Action under the New Pleading Standards, 5 J. Competition L. & Econ. 439 (2009).

¹⁵⁶ Ver Baker & Faulkner, *supra* note 66, at 855 ("En una red descentralizada, sin embargo, no hay periferia. Muchos testigos de las actividades de los conspiradores numerosas se pueden obtener, lo que resulta en una tasa de condenas mucho más altas, como en las celdas y transformadores de las conspiraciones.")

¹⁵⁷ Una comisión basada en el volumen de venta o cantidad no trabajaría, por eso puede influir la administración a cargo de un precio competitivo o incluso un precio por debajo del costo.

¹⁵⁸ Ver *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911), overruled por *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007). Para una discusión en el masivo cartel de farmaceuticos al por menor que ocasionaron el precio de reventa manteniendo el esquema en *Dr. Miles*, ver *Hovenkamp*, *supra* note 136, en 184-91, y *Hovenkamp*, *supra* note 121, at 331-47.

¹⁵⁹ James M. Griffin & Weiwen Xiong, *The Incentive to Cheat: An Empirical Analysis of OPEC*, 40 J.L. & Econ. 289, 306 (1997) ("Historicamente, Arabia Saudita jugó un rol clave en las estrategias efectuadas por la OPEC.")

Mientras se goza de un mayor control, el cartel líder de grupo también pone así mismo en riesgo de ser procesado porque su rol en la conspiración es más clara¹⁶¹. Además, aunque el Departamento de Justicia de la División Anti monopolio concede amnistía de prosecución criminal para el primer miembro de una conspiración de fijación de precio que exponga el cartel al gobierno, la amnistía no es posible para el instigador o líder de grupo de un cartel¹⁶².

Segundo, un cartel puede tomar decisiones mediante un comité compuesto de un subconjunto de los miembros del cartel. Por ejemplo, uno de los casos más recientes de cartel que alcanzaron la Corte Suprema¹⁶³ involucró un cartel por comité. En este cartel, que implicaba tuberías de hierro fundido, los miembros del cartel asignaron territorios para cada uno pero también crearon una estructura de gobierno para los territorios restantes "mediante el cual todas las ofertas para la compra de tuberías eran sometidas a un comité el cual establecía el precio y concedía el contrato al fabricante que acordaba pagar el mayor bono a ser dividido entre los otros"¹⁶⁴. Los miembros del cartel cedieron su poder independiente a establecer precios al comité, el cual buscó maximizar las rentas de los co conspiradores.

Tercero, algunos carteles ubicaron su poder de tomar decisiones en una sola entidad, la cual es en sí típicamente no un productor en el mercado cartelizado. Un ejemplo común es una agencia de ventas conjuntas. Bajo este modelo, todos los miembros de un cartel acuerdan tener una agencia de ventas común que realiza todas las ventas. Exclusivamente es usualmente criticado porque de otra manera los miembros del cartel serían capaces

de evadir las limitaciones de producción del cartel realizando un número ilimitado de ventas "fuera", conduciendo los precios bajo el nivel competitivo. Exclusivamente es una señal crítica para distinguir entre una competitiva de anticompitativa venta conjunta. Por ejemplo, la no exclusividad ha salvado ventas *joint ventures* de responsabilidad antimonopólica. En el caso de *broadcast Music, Inc.*, los demandados ofrecieron una licencia global para gravar música a las estaciones de radio y otras emisoras¹⁶⁵. La licencia global fue formada cuando miles de titulares de derecho de autor dieron a BMI licencias no exclusivas para tocar su música por beneficios. La reducción del cartel de producción era poco probable porque cada miembro individual del cartel tenía un poder ilimitado para "engañar" al cartel realizando un número ilimitado de ventas fuera del cartel. La Corte Suprema rechazó condena *per se*, y el Segundo Circuito confirmó la licencia global BMI bajo la regla de la razón. La no exclusividad no es, sin embargo, dispositiva. En el caso *Maricopa*, la Corte condenó como ilegal *per se* un acuerdo de no exclusividad entre los médicos para comercializar sus servicios médicos conjuntamente anunciando los precios máximos¹⁶⁶. Sin embargo, las cortes han citado frecuentemente la exclusividad o su ausencia al determinar la legalidad de las ventas conjuntas o acuerdos horizontales similares¹⁶⁷.

El aspecto más significativo del agente exclusivo de ventas exclusivas es que "elimina la discreción de la empresa individual sobre las decisiones del precio"¹⁶⁸. Un agente de ventas común empleaba un cartel para establecer el precio y otros términos contractuales, asigna clientes, y acuerdos de venta¹⁶⁹. El miembro del cartel puede hacer más que fabricar y embarcar el producto.

¹⁶⁰ Ver Christopher R. Leslie, *Rationality Analysis in Antitrust*, 158 U. Pa. L. Rev. 261, 325-28 (2010).

¹⁶¹ Ver Baker & Faulkner, *supra* note 66, at 855 ("Una tasa baja de condenas se encuentran en una red centralizada, porque solo los 'ringleaders' pueden ser exitosamente procesados.")

¹⁶² U.S. Dep't of Justice, *Corporate Leniency Program* pt. A6 (1993), disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>; ver también Leslie, *Antitrust Amnesty*, *supra* note 149 (defendiendo por la toma cabecillas elegibles para la amnistía porque esto podría desestabilizar los carteles, haciendo cabecillas menos confiables).

¹⁶³ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899).

¹⁶⁴ *Greene v. Gen. Foods Corp.*, 517 F.2d 635, 647 (5th Cir. 1975) (describing *Addyston Pipe*).

¹⁶⁵ *Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

¹⁶⁶ *Ariz. v. Maricopa Cnty. Med. Soc'y*, 457 U.S. 332 (1982).

¹⁶⁷ Ver, e.g., *Nat'l Bancard Corp. (NaBanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592, 594 (11th Cir. 1986) (se niega a condenar una comisión de intercambio comercial que desafió que se aplica sólo cuando el banco del comerciante y el banco emisor de la tarjeta facilitada la transacción a través del sistema de interconexión propia Visa, llamado BASE II; "significativamente, las parte para el intercambio para el intercambio no es requerida a usar BASE II. Comerciantes y emisores de instituciones son libres de negociar una tasa diferente y desviar la BASE II system entirely"); cf. *Reyn's Pasta Bella, LLC v. Visa U.S.A., Inc.*, 259 F. Supp. 2d 992 (N.D. Cal. 2003) (condenando una comisión de intercambio resultó se exclusiva y distinta al NaBanco). See generally 13 Hovenkamp, *supra* note 22, 2001 (discutiendo la exigencia de exclusividad de los acuerdos horizontales anticompitativos); id. 2104 (discutiendo la significación de la exclusividad del *joint venture*).

¹⁶⁸ *Levenstein & Suslow*, *supra* note 52, at 69.

¹⁶⁹ *Dick*, *supra* note 94, at 273 ("Los carteles que se organizaron como las agencias de ventas en común centralizada la logística de exportación mediante la negociación de precios y condiciones de venta, la asignación de órdenes de firmas miembro, la negociación con los cargadores sobre tarifas de fletes y seguros, y la recolección de las remesas.")

El uso de un agente exclusivo de ventas conjuntas mediante carteles es relativamente común¹⁷⁰. El uso de un agente de ventas conjuntas ayudó a estabilizar el nitrato chileno¹⁷¹ y los carteles internacionales de fertilizantes nitrogenados¹⁷². Las agencias de ventas conjuntas eran también empleadas por los carteles de bromo, cemento, diamantes, transporte marítimo, aceite, potasa, y carne europea, entre otros¹⁷³.

Tal vez el ejemplo más famoso de una agencia de ventas exclusivas fue *Appalachian Coals*¹⁷⁴. En ese caso un grupo de productores de carbón creó una agencia de ventas incorporada¹⁷⁵. Cada productor luego dio a esta empresa el derecho exclusivo para comercializar su carbón y establecer clasificaciones estándares para el carbón. Los miembros incluso renunciaron a la discreción individual en cuanto al precio, permitiendo a la compañía venderlo al “mejor precio obtenible”¹⁷⁶. El consentimiento de un productor individual en cada transacción fue requerido solo si la entrega estaba por ocurrir más de sesenta días subsecuentes a la venta¹⁷⁷, probablemente para asegurar que los productores tuviesen el carbón disponible. La Corte últimamente aprobó el acuerdo bajo la regla de la razón¹⁷⁸, pero nunca dudó de la capacidad conspirativa a pesar de que los productores individuales se habían retirado totalmente de la conducta del negocio diario.

Los carteles buscan el modelo de de la agencia de ventas conjuntas exclusivas por varias razones. Primero, investido de poder dentro de una sola agencia de ventas muchos de los impases de coordinación que pueden de lo contrario ocurre. Por ejemplo, la agencia de ventas establece el precio.

No hay necesidad de orquestar anuncios de precio. El precio es uniforme y se mueve simultáneamente para todos los participantes del cartel a través de las decisiones del agente de venta.

Segundo, realizar todas las ventas a través de una agencia exclusiva de ventas reduce el riesgo de desestabilizar el cartel por traición. Las empresas en un cartel no pueden vender más que su asignación si todas las ventas están hechas mediante la oficina central y no pueden ofrecer un precio bajo su el precio es establecido por un agente en común¹⁷⁹. El modelo de agente de ventas exclusivas resuelve el problema de desconfianza que puede desestabilizar a los carteles porque las empresas no tienen que confiar en sus compañeros de cartel¹⁸⁰. Los profesores Margaret Levenstein y Valerie Suslow concluyen que la agencia de ventas conjuntas es “la forma organizacional más fuerte usada para “monitorear” la producción”¹⁸¹. En el caso *American Needle*, la Corte Suprema reconoció expresamente que los carteles emplean una sola estructura administrativa con el objeto de reducir los riesgos de traición: “En realidad, un *joint venture* con una sola estructura administrativa es generalmente el mejor camino para operar un cartel porque decrece el riesgo de una parte del acuerdo ilegal derivado de ese acuerdo”¹⁸². Significativamente, el acuerdo en el caso *American Needle* fue también exclusivo. Cada equipo asignaba a la NFLP el derecho exclusivo de comercializar su propiedad intelectual¹⁸³.

Tercero, y más importante, las agencias de venta conjunta se correlacionan fuertemente con el éxito del cartel¹⁸⁴. En este estudio de carteles de

¹⁷⁰ Id. at 246-47 (“Cuatro quintas partes de los carteles de fijar un precio común y / o mercados asignados, y un poco más de la mitad de distribución centralizada de exportación a través de una agencia de ventas comunes.”). Ver 13 Hovenkamp, *supra* note 22, 2132 (discutiendo cómo los participantes en un mercado necesariamente están de acuerdo en muchas cosas, algunas de las cuales pueden ser considerados como los precios que afectan o limitan la producción, tales como las reglas de fijación de precios realizado conjuntamente y la venta conjunta).

¹⁷¹ George W. Stocking & Myron W. Watkins, *Cartels in Action* 152-53 (1946).

¹⁷² Id. at 146-47.

¹⁷³ Ver Leslie, *supra* note 73, at 621 (discutiendo otros ejemplos de carteles que emplean agencias de ventas conjuntas); Levenstein & Suslow, *supra* note 100, at 825-26 (señalando que el uso del cartel de una conivención de agencias de ventas conjuntas y *joint venture*).

¹⁷⁴ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).

¹⁷⁵ En la relevancia de el estatus de *Appalachian Coals* como una corporación independiente de los constituyentes de productores de carbón, ver *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 763 & n.7 (1984).

¹⁷⁶ *Appalachian Coals*, 288 U.S. pp. 357-58.

¹⁷⁷ Id. at 358.

¹⁷⁸ Ver id. at 360.

¹⁷⁹ Levenstein & Suslow, *supra* note 52, at 69 (señalando que la agencia de ventas conjuntas “elimina la posibilidad de que las distintas empresas participarán en la traición secreta”).

¹⁸⁰ Leslie, *supra* note 73, at 621, 634.

¹⁸¹ Levenstein & Suslow, *supra* note 52, at 69.

¹⁸² *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2215 (2010).

¹⁸³ Id. at 2207 (señalando que antes del 2000 las licencias no eran exclusivas, pero en diciembre de 2000 los equipos autorizados de la NFLP para conceder licencias exclusivas).

¹⁸⁴ Levenstein & Suslow, *supra* note 52, at 69 (los carteles que usaban afencias de ventas conjuntas “eran entre los más exitosos carteles”).

exportación organizados bajo la Webb-Pomerene Act, Andrew Dick encuentran que los carteles de fijación de precios que emplean “agencias de venta comunes tienden a restringir las exportaciones y elevar el precio”¹⁸⁵. Además, “los carteles que se organizan con agencias de venta comunes eran tenían un existencia prolongada en promedio”¹⁸⁶. Por ejemplo, uno de los ejemplos conocidos más exitosos es el cartel internacional de yodo, el cual usaba una agente de ventas conjuntas para conducir todas las ventas para ejecutar un cartel por casi sesenta años¹⁸⁷. En resumen, el efecto neto de la agencia de ventas conjuntas es estabilizar un cartel¹⁸⁸.

La utilidad de los agentes de venta comunes a los intereses adicionales del cartel es no perder en cumplimientos antimonopólicos. Ya que los acuerdos entre los competidores a utilizar un agente de ventas conjuntas puede estabilizar un cartel, el Derecho de la Competencia generalmente prohíbe tales acuerdos como una irrazonable restricción de mercado.

Algunos carteles presentan híbridos de varios de estos mecanismos. Por ejemplo, el cartel de diamante usaba una agencia de ventas conjuntas -la Oficina Central de Ventas (“OCV”)- en Londres para ejecutar el cartel, pero DeBeers era también claramente el líder de grupo del cartel¹⁸⁹. Adicionalmente a la OCV, el cartel de diamante estableció una red de clubes de distribución compuesto por los titulares conocidos, fabricantes, mayoristas, y agentes¹⁹⁰. Las subdivisiones del cartel de diamantes desarrollaron sus propios mecanismos internos privados¹⁹¹. Los contratos del cartel de diamantes con sus miembros contienen

clausulas de fijación de precios y cuotas¹⁹². Entonces, no era una estructura pura de agente de venta conjunta, pero contenía este elemento. Los carteles pueden formar sus propias estructuras corporativas para implementar y vigilar una conspiración de fijación de precio, pero Levenstein y Suslow argumentan “que mientras más elaborada esta participación y los mecanismos de monitoreo -o la cercanía que ellos llevan el cartel a la agencia de ventas conjuntas- más estable el cartel”¹⁹³.

III. La estructura del cartel y el tema de la entidad única

Si el primer propósito de la Sección Uno es impedir y castigar a los carteles que fijan precios, entonces el tema de la entidad única debería ser considerada a la luz de cómo los cárteles operan. Esto ayudará a las cortes aplicando la doctrina *Copperweld* a la luz del caso *American Needle*. En otras palabras, porque una corporación matriz y su filial constituyen una sola entidad para propósitos de antimonopólicos y los equipos dentro de la NFL no? El estudio de la estructura del cartel ayuda a responder esta pregunta. La Parte III sintetiza las lecciones históricas de cómo los carteles operan con el análisis de los acuerdos antimonopólicos de la decisión del caso *American Needle*.

A. Lineamientos para determinar la condición de entidades únicas

En el caso *Copperweld* y *American Needle* en combinación dan lugar a una serie de principios de cómo distinguir una entidad única de un conjunto de actores que son capaces de conspirar.

¹⁸⁵ Dick, supra note 94, at 256.

¹⁸⁶ Id. at 275.

¹⁸⁷ Robert S. Pindyck, The Cartelization of World Commodity Markets, 69 Am. Econ. Rev. 154, 157 (1979).

¹⁸⁸ Dick, supra note 94, at 241 (“Contratos en los cuales el cartel centralizado cuyo control a través de una agencia de ventas comunes tiende a ser más estable.”); Levenstein & Suslow, supra note 52, at 69 (“Los carteles que controlan la distribución de bienes, mediante una agencia de ventas conjuntas u otro mecanismo, aparece más estable.”).

¹⁸⁹ Ver Debora L. Spar, The Cooperative Edge 53 (1994) (“En general se entiende que DeBeers insiste en ser tanto el único comprador y fijador de precios y que el CSO es el único distribuidor.”); Ver también Bill Keller, DeBeers May Be Losing Grip on Diamond Market, N.Y. Times, Sept. 3, 1992, at A1.

¹⁹⁰ Lisa Bernstein, Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, 21 J. Legal Stud. 115, 119 (1992). Un informe de mediados de siglo se explica parte de la estructura corporativa del cártel del diamante de la siguiente manera:

El sistema de la industria del diamante de marketing, y la posición dominante DeBeers en él, pasó a ser plenamente establecida en el año 1930 con la creación de tres nuevas entidades corporativas-de la Diamond Trading Corporation, Ltd., la Asociación de productores de diamantes, Ltd., y la Diamond Trading Company, Ltd.-todos controlados por DeBeers. La Corporación del Diamante tiene contratos exclusivos para la compra de la producción de diamantes de África Occidental y Central. La Asociación de productores de diamantes en funciones como el único comprador de diamantes de Sudáfrica. Tanto la Corporación de Diamante y Diamante Asociación de Productores de vender sus diamantes exclusivamente a la Diamond Trading Company, que es así la única agencia de distribución de noventa y siete por ciento de la producción de diamantes de África.

Note, The Diamond Cartel, 56 Yale L.J. 1404, 1407 (1947).

¹⁹¹ Bernstein, supra note 187, at 121.

¹⁹² Note, supra note 187, at 1408-09.

¹⁹³ Levenstein & Suslow, supra note 52, at 71.

1. Sustancia sobre la forma

En el caso *Copperweld*, la Corte Suprema estableció que “la sustancia, debe determinar si una entidad es capaz de estar conspirando § 1”¹⁹⁴. La corte sostiene que en la forma una empresa matriz y su filial son legalmente entidades distintas, pero en sustancia, para propósitos antimonopólicos, ellos representan una entidad porque sus acciones unificadas no “privan (...) al mercado de centros independientes de toma de decisión”¹⁹⁵.

La corte en el caso *American Needle* nuevamente enfatiza que rechaza “de manera formalista distinciones a favor de una consideración funcional de cómo las partes involucradas en la conducta presuntamente anticompetitiva operan”¹⁹⁶. Esta vez, sin embargo, la corte analizó el tema de una perspectiva distinta. Mientras en el caso *Copperweld*, la corte sostuvo que la presencia de dos entidades legales no necesariamente constituye acción concertada, en el caso *American Needle*, la corte sostuvo que la entrega del poder de la toma de decisiones a “una entidad única legal” no necesariamente probaba la ausencia de acción concertada¹⁹⁷. Las descripciones legales no son determinantes; en su lugar, para determinar si una combinación presunta constituye acción concertada, la clave es “si una toma de decisiones separadas”¹⁹⁸.

Aplicando estos principios a los hechos ante ellos, la corte notó que in la forma, los equipos pueden parecer ser una única entidad -como el Circuito Séptimo sostuvo- porque ellos “organizaron y tiene una entidad legalmente separada que centraliza la gestión de sus propiedades intelectuales”¹⁹⁹. En el fondo, sin embargo, los equipos estaban separados y capaces de conspirar porque “cada uno de los equipos es una substancia, propiedad independiente, y negocio administrado independientemente”²⁰⁰. Más importante, es que los equipos estaban en competición entre ellos por “fans, por puertas de ingreso y por contratos con personal directivo y de planta”²⁰¹.

El énfasis en la sustancia sobre la forma es fundamental cuando se analiza carteles. Cuando

los carteles emplean un vehículo centralizado de toma de decisiones -si una asociación comercial, una agencia de ventas conjuntas, o una estructura de gestión incorporada- puede parecer que una sola entidad está controlando o que todos los acuerdos relevantes son verticales más que horizontales. Por ejemplo, se podría argumentar que las empresas que emplean un agente de ventas conjuntas no están de acuerdo con el precio, porque estas no discuten el precio en absoluto; todas las decisiones de precio son hechas por una sola entidad, el agente. Pero este argumento es muy simple. El modelo de líder de grupo de centralización de toma de decisiones -en el cual los competidores de acuerdo con permitir un vendedor que actúe como líder de grupo- es claramente un acuerdo (y uno ilegal de todas maneras). Desde un punto de vista antimonopólico, no hay diferencia entre comprometerse a respetar por medio de las decisiones del líder de grupo y comprometerse a ceder la autoridad de toma de decisiones a una entidad separada que opera el cartel. De cualquier manera, una empresa independiente tiene que acordar no competir con el precio. Por ejemplo, cuando DeBees actúa como un líder de grupo, hay claramente un cartel. Cuando DeBeers establece la Oficina Central de Ventas con un nombre diferente para ejecutar un cartel, tiene el mismo efecto anticompetitivo y no es significativamente distinguible. De todas maneras, hay un acuerdo. La cuestión más importante no es quién controla, sino más bien cómo es el negocio de empresas independientes controlado por una organización central; que es, las operaciones de la organización tienen un impacto en las decisiones de precio y producción de los tomadores de decisión independientes?

También es importante no desviarse por la distinción entre los acuerdos horizontales y verticales. Mientras los acuerdos horizontales son tratados con considerable hostilidad por el Derecho de la Competencia, los acuerdos verticales son casi siempre ubicado bajo la regla de la razón y la mayoría son legales. Esto incluye mantener el precio de re venta, restricciones distintas a los precios, acuerdos de exclusividad, y boycotts²⁰²

¹⁹⁴ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 773 n.21 (1984).

¹⁹⁵ *Id.* at 769.

¹⁹⁶ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2209 (2010).

¹⁹⁷ *Id.* at 2210 (“Miramos similarmente al pasado la forma de una “única entidad” legalmente cuando los competidores eran parte de las organizaciones profesionales o grupos comerciales.”).

¹⁹⁸ *Id.* at 2212.

¹⁹⁹ *Id.* at 2213.

²⁰⁰ *Id.* at 2212.

²⁰¹ *Id.*

²⁰² Ver, e.g., *Nynex Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128 (1998) (los boycotts puramente verticales son regidos bajo la regla de la razón).

verticales. Cuando cada empresa en un grupo otorga a un agente de ventas un derecho exclusivo para vender sus productos, la forma del acuerdo parece una serie de acuerdos verticales. Claro está, debe haber habido un acuerdo horizontal para utilizar una agencia de ventas exclusiva, pero no debe haber habido un acuerdo expreso, o que ese acuerdo pudiese ser suficientemente subrepticio que no pueda ser probado. En realidad, no cada acuerdo de agencia de ventas exclusiva es un cartel. Por ejemplo, un artista no que cuelga sus pinturas en una galería de consignación puede dar a la galería un derecho exclusivo para vender sus pinturas por el período de consignación. Si veinte diferentes artistas hacen la misma cosa ellos están ciertamente individualmente acordando con la galería, pero ellos no están acordando con cada otro pintor y no pueden siquiera ser consentes de la existencia de los otros.

Las empresas que fijan el precio pueden ir tan lejos para lograr que sus sistemas parezcan como una sola entidad de toma de decisión o de acuerdos puramente verticales. Por ejemplo, en algunos casos históricos, las de las empresas miembros estructuran sus carteles de tal forma que “el agente común de ventas tome el título de el producto, como lo haría un comerciante mayorista”²⁰³. En ese caso la forma del acuerdo sería un conjunto de ventas de cada miembro del cartel individualmente hacia el facilitador, como en una relación proveedor-comerciante. Cada uno de los acuerdos considerados individualmente sería vertical.

Sería insensato para el Derecho de la Competencia considerar sostener que el uso de por parte de los competidores de un agente conjunto de ventas -o alguna otra entidad única- los hace inmunes del escrutinio de la Sección Uno. La Sección Uno está principalmente orientada a prohibir, disuadir, y castigar los carteles que fijan precios. Aunque los carteles son inherentemente inestables, ellos pueden ser estabilizados a través del uso de un agente de ventas conjunto. De esta manera, ser engañado por la entidad única o por una caracterización puramente vertical puede efectivamente eliminar del examen antimonopolio una clase de acuerdos de cartel que son en

realidad entre los más estables, y por lo tanto el más perjudicial para los consumidores. Como el Circuito Séptimo explicó en un caso de cartel, “casi cualquier mercado puede ser cartelizado si la ley permite a los vendedores establecerse formalmente, sobre mecanismos para coludirse, como las agencias de venta exclusivas”²⁰⁴. En resumen, “acordar para crear una estructura exclusoria -si un agente de ventas conjunta o líder de grupo- es un acuerdo que es sujeto a escrutinio antimonopolio.”

2. La necesidad de coordinación

Concluyendo que la NFL y sus equipos fueran una sola entidad, el Circuito Séptimo en su opinión sobre el caso *American Needle* centrada en la presencia de un “interés común”. Por ejemplo, la corte enfatizó que “los equipos de la NFL comparten un vital interés común en promocionar colectivamente la NFL futbol”²⁰⁵. El Circuito Séptimo luego hizo énfasis en la necesidad de cooperación entre las ligas deportivas, señalando que “el producto que los equipos producen conjuntamente -NFL futbol- exige coordinación extensiva e integración entre los equipos”²⁰⁶.

Esto presenta dos temas relacionados -que los actores tienen intereses en común y que la coordinación es necesariamente para ellos a fin de alcanzar estos intereses comunes. La Corte Suprema rechazó el razonamiento del Circuito Séptimo en ambos extremos. Primero, la corte sostuvo que la presencia de intereses comunes no cubre un esfuerzo común dentro de una única entidad porque los equipos de la NFL “son aún separados, entidades que maximizan sus beneficios, y sus intereses en patentar las marcas del equipo no están necesariamente alineadas”²⁰⁷. Segundo, la corte del caso *American Needle* sostuvo que simplemente porque la coordinación entre los dueños de los equipos es necesaria para ofrecer el producto, esto no significa que la necesidad de cooperación transforme la acción concertada en acción independiente; una tuerca y un tornillo solo pueden operar juntos, pero un acuerdo entre los fabricantes de tuercas y tornillos es aún sujeto de análisis del § 1. Tampoco significa que una

²⁰³ Connor, *supra* note 125, at 27.

²⁰⁴ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig.*, 295 F.3d 651, 655 (7th Cir. 2002).

²⁰⁵ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 538 F.3d 736, 743 (7th Cir. 2008), *rev'd*, 130 S. Ct. 2201 (2010); ver también *Int'l Travel Arrangers v. NWA, Inc.*, 991 F.2d 1389, 1397 (8th Cir. 1993) (la instrucción del jurado declaró: “Cuando las entidades tienen una unidad intrínseca de interés económico y el propósito, que no son entidades independientes capaces de conspirar.”).

²⁰⁶ 538 F.3d at 737, *rev'd*, 130 S. Ct. 2201 (2010).

²⁰⁷ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2213 (2010) (citando Herbert Hovenkamp, *Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy*, 1995 Colum. Bus. L. Rev. 1, 52-61; Zenichi Shishido, *Conflicts of Interest and Fiduciary Duties in the Operation of a Joint Venture*, 39 *Hastings L.J.* 63, 69-81 (1987)).

vez que un grupo de empresas acuerda producir un producto conjuntamente, la cooperación entre aquellas firmas debe ser tratada como una conducta independiente. El simple hecho que los equipos operan conjuntamente en algún sentido no significa que ellos sean inmunes²⁰⁸.

Últimamente, como la Corte Suprema señaló, la razón porqué las empresas están cooperando no ayuda a responder la pregunta si las empresas son capaces de conspirar²⁰⁹.

Los argumentos de la corte son apropiados dada la economía de cartelización. La presencia de intereses comunes no puede ser una base para encontrar una colaboración para ser una única entidad dado que las empresas rivales forman carteles porque es en su interés común para reducir la producción e incrementar el precio. Pero son estos efectos los que merecen la condena de los carteles. Por otra parte, todos los acuerdos ilegales son probables que estén en el común interés de los conspiradores; de lo contrario no estarían de acuerdo²¹⁰. Además, la necesidad de cooperación no puede ser dispositiva. Como se explicó en la Parte II, los planes para la fijación de precios requieren una enorme cantidad de cooperación y coordinación para crear y mantener un cartel estable. El Derecho de la Competencia debe interferir estos esfuerzos de coordinación, no premiarles con la inmunidad a través del caso *Copperweld*.

La necesidad de cooperación es, no obstante, importante para el análisis de la Sección Uno. Si las restricciones de la competencia son necesarias para producir el producto en cuestión, luego el acuerdo será evaluado bajo la regla de la razón, en cambio de ser condenada bajo la regla *per se*²¹¹. Esto, sin embargo, no ofrece respiro para la fijación de precios desnudos, lo cual es *per se* ilegal. No obstante, la presencia de interés comunes y la necesidad de coordinar no puede convertir actores separados en una única entidad

para propósitos antimonopólicos.

3. La naturaleza y dirección de control

La decisión en el caso *Copperweld* y *American Needle* también indica que la naturaleza y dirección de control de asuntos. ¿Dónde reside el control? ¿Quién ejerce el control sobre quién? Y lo más importante, ¿son personas con propietarios separados o intereses comerciales ubicados bajo control? Por ejemplo, en el caso *Copperweld* se sostuvo que la corporación matriz controlaba completamente a su filial, la cual no tenía negocios separados. Similarmente, corporaciones hermanas que son cada una filiales de una misma matriz cae dentro del caso *Copperweld*, y sus acuerdos son generalmente inmunes de responsabilidad de la Sección Uno²¹². En el caso *Dagher* la Corte Suprema rechazó encontrar en el Sección Uno responsabilidad sobre un *joint venture* estaba en "control". Claramente era. Más allá que, el hecho importante fue ese, como en el caso *Copperweld*, no permanecieron intereses independientes a ser controlados, desde todas las actividades de los negocios matrices separados habían terminado y han fusionado en la empresa²¹³. La corte distinguió en el caso *Dagher* una aplicación de la regla de la razón de la Sección Uno de la *Sherman Act* bajo la doctrina de las restricciones complementarias. Esa doctrina, señaló, "gobierna la validación de las restricciones impuestas por una colaboración comercial legítima, como una asociación comercial o *joint venture*, en actividades no empresariales"²¹⁴. Es decir, la Sección Uno sería invocada para la extensión que la organización central buscaba limitar las actividades de los participantes fuera del negocio, pero no lo aplicó cuando hubieron tales actividades fuera que limitar.

Pensando en el control del cartel, es importante distinguir la formación del cartel de las operaciones del cartel. Los carteles son organizaciones voluntarias. En general las empresas no están forzadas a afiliarse²¹⁵. Una vez que el cartel está

²⁰⁸ Id. at 2214.

²⁰⁹ Id. ("La justificación para la cooperación no es relevante si esa cooperación es concertada o de acción independiente.").

²¹⁰ Id. at 2213 ("Pero restricciones ilegales a menudo son de común interés de las partes de la restricción, a expensas de aquellas que no son parte.").

²¹¹ Id. at 2215 n.6 (quoting *NCAA v. Bd. of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 101 (1984)).

²¹² *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006).

²¹³ Ver infra notes 262-69 acompañando el texto.

²¹⁴ *Dagher*, 547 U.S. at 7.

²¹⁵ En ocasiones la negativa concertada a las tácticas de acuerdo y similares se utilizan para obligar a las empresas a participar en un cartel, pero estos son en sí mismos bajo las leyes antimonopolio. Ver, e.g., *Rossi v. Standard Roofing, Inc.*, 156 F.3d 452, 456 (3d Cir. 1998) (los miembros del cartel de techos conspiran para negar la baja de precios para acceder al mercado); *Denny's Marina v. Renfro Prods.*, 8 F.3d 1217, 1219-20 (7th Cir. 1993) (acusados los vendedores de botes conspiraron para negarse la baja del precio para el acceso de vendedores a la muestra anual de botes). Esta fue también una lectura imparcial de la demanda en *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, 770-78 (1993), es decir, que las aseguradoras acusadas

formado, no obstante, los incentivos cambian. En ese momento cada miembro del cartel puede beneficiarse traicionando el cartel, siempre del resto del cartel permanezca unido. Como resultado, el control fluye de ambas direcciones. En el momento de formación los miembros están en control en el sentido que ellos voluntariamente conforman y establecen la estructura del cartel. Una vez que las operaciones se inician, no obstante, el éxito del cartel depende de la habilidad de la administración del cartel de controlar día a día el comportamiento de producción y precio de los miembros.

El caso *American Needle* es bastante típico. Los equipos individuales participaron en la creación de la NFLP y le asignaron sus derechos IP. Después de eso la NFLP administraba esos derechos, limitando la habilidad de los equipos individuales de vender sus derechos IP separadamente. El hecho que una única entidad incorporada como la NFLP cumplió una función de coordinación no lo hizo una única entidad para propósitos antimonopólicos. NFLP no gobernó a los equipos de la manera en que una corporación madre gobierna a sus filiales. En cambio, los "equipos permanecen controlados separadamente, los competidores potenciales con intereses económicos que son distintos a los del bienestar financiero de la NFLP"²¹⁶. En sus alegatos la NFL argumentó vehementemente que los equipos individualmente tenían poco o casi nada de control sobre sus propios derechos IP. En realidad, para la mayor parte de ellos ni siquiera los desarrollan. Más bien, la liga en sí asignaba a los equipos sus colores oficiales y "tomar la iniciativa en desarrollar y registrar las marcas de cada miembro nuevo del club"²¹⁷. Ningún equipo podía cambiar su nombre, marca, o logo sin el consentimiento de la NFLP²¹⁸. Pero la decisión de la corte cambió en el sentido que la liga controlaba las actividades del negocio que los miembros individuales de los equipos podrían de lo contrario haberse comprometido separadamente.

Cuando una entidad controla absolutamente todos los aspectos del negocio de varias otras entidades propiedad de la matriz, como en el caso *Copperweld*, hay una entidad para propósitos antimonopólicos. Cuando una única entidad se establece por participantes con el objeto de controlar sus intereses comerciales separados actuales o potenciales, como en el caso de *American Needle*, luego hay múltiples entidades capaces de conspirar con propósitos antimonopólicos.

Esta es la verdad si la entidad dependiente es un *joint venture*, una asociación comercial, o una agencia de ventas conjuntas, y también si o no la entidad controladora es una corporación, como lo fue la NFLP. Supongamos que dos empresas separadas crean un *joint venture* pueden aparecer como una única entidad con su propio nombre, logo, producto, etc. Sin embargo, para propósitos anti monopólicos, el *joint venture* en un resultado de la acción concertada, y las acciones por la gestión del riesgo que limiten los negocios separados de cada empresa son conspiracionales en la medida que limiten la competencia que de otra manera puede haber ocurrido. El control puede ciertamente ser un indicador de capacidad conspiracional. En el caso de *American Needle*, la Corte Suprema citó el caso *Sealy* y otras muchas decisiones que involucraban situaciones donde "la entidad era controlada por un grupo de competidores y servía, en esencia, como un vehículo para poner en marcha la actividad concertada"²¹⁹. La Corte Suprema puso escasa atención a los temas referidos a cómo la toma de decisiones dentro de la NFL es realizada o el grado en el cual los equipos individualmente participaban en la decisión para conceder a Reebok una patente exclusiva. Más bien, el hecho era que la patente exclusiva limitaba las capacidades de los equipos individuales para comercializar sus derechos IP separadamente²²⁰.

de participar en un cártel para limitar la cobertura y conspiró con la Oficina de Servicios de Seguros de negar la pérdida de datos y con Lloyds y otros de negar de reaseguro a las aseguradoras que no estaban dispuestos a unirse al cártel. Ver 13 Hovenkamp, supra note 22, 2201 (discutir varios casos en que la negativa concertada a tratar con respecto a una transacción con el fin de conseguir el objetivo de cambiar su comportamiento con respecto a otro y de transacción relacionados fue objeto de una acción legal bajo las leyes antimonopolio).

²¹⁶ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2215 (2010) (citing Herbert Hovenkamp, *Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy*, 1995 Colum. Bus. L. Rev. 1, 52-61).

²¹⁷ Brief for the NFL Respondents at *7, *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201 (2010) (No. 08-661), 2009 WL 3865438.

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Am. Needle*, 130 S. Ct. at 2209 (citando *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967)). On *Sealy*, see infra the discussion accompanying notes 222-42. Ver también *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985); *NCAA v. Bd. of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984); *United States v. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596 (1972); *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 26 (1945) (Frankfurter, J., concurring); *United States v. Terminal R.R. Ass'n of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

²²⁰ *Am. Needle*, 130 S. Ct. at 2213 ("Respecto a la NFL puede ser similar en cierto sentido a una sola empresa que posee varias piezas de la propiedad intelectual y licencias en común, pero no son similares en el sentido funcional que sea pertinente. Aunque los equipos de la NFL tienen intereses comunes como la promoción de la marca de la NFL, que todavía están por separado, que maximiza el beneficio las entidades, y sus intereses en las marcas de equipo de licencias no se ajustan necesariamente.").

4. Capacidad para retirar

La corte suprema también sugirió que otro método para determinar el estatus de una única entidad es observando su estado de retirada. En otras palabras, pueden los miembros de un cuerpo centralizado retirarse de su estructura? Si no, parecería ser una única entidad. Si los miembros pueden abandonar el cartel, no obstante, luego que sugiere que ellos son tomadores de decisiones independientes capaces de conspirar. La corte en el caso *American Needle* señaló, después de explicar el acuerdo colectivo de patente de propiedad intelectual a través de la NFLP, que los equipos individuales de la NFL "son capaces y ha buscado a veces retirarse de este acuerdo"²²¹. La opinión en el caso *Copperweld* muestra que una corporación matriz y su filial constituyen una única entidad para propósitos antimonopólicos porque la filial no es independiente ya que no puede, por su propia iniciativa, salir de la relación. En contraste, la independencia de los equipos de una liga deportiva es ilustrada en parte por su capacidad de retirada unilateral de la empresa.

Un cartel puede crear una agencia de ventas conjuntas aparentemente investida con el poder de establecer e imponerse a las empresas miembros, quienes pueden reclamar que ellas son controladas por un cuerpo central, no tomando decisiones de manera independiente, y por lo tanto tiene derecho a la inmunidad del caso *Copperweld*. Este argumento es debilitado por el hecho que los miembros pueden retirarse del acuerdo de cartel. Todas las empresas individuales tienen la capacidad para salir del cartel y competir por los méritos. Este poder para retirarse es lo que cada empresa amenaza con ejercitar durante la creación del cartel y durante el proceso de renegociación con el objeto de maximizar lo que les corresponde como beneficios del cartel.

La presencia de un cartel centralizado ejecutor no afecta el análisis de la entidad única. Incluso cuando los acuerdos creen un único tomador de decisiones, esta entidad es el resultado de la decisión colectiva de separados tomadores de decisiones. El cuerpo resultante no posee

el verdadero control; sino que las partes que lo constituyen cedieron temporalmente el control para propósitos limitados. Nosotros sabemos que el control no es real porque cada miembro del cartel puede retirarse de un acuerdo y recobrar el control que temporalmente cedió al cartel. Además, el hecho que los miembros del cartel no fijen el precio directamente el verdadero precio no es relevante; ellos acuerdan crear la estructura que controle el precio. Cada empresa puede reafirmar el control sobre el precio mediante su salida del acuerdo. Aunque puede parecer que la empresa puede estar contractualmente obligada a la agencia de ventas conjuntas, cualquier contrato sería anulado si viola la Sección Uno²²².

5. Relevancia de la forma corporativa

Como la Corte Suprema ha dejado claro, la forma corporativa no es decisiva en el tema en el tema de la capacidad conspiracional²²³. Puede, sin embargo, todavía ser relevante. En el caso *Copperweld* encontrar una única entidad a pesar de que el cuestionado "acuerdo" era entre dos corporaciones separadas. En el caso *American Needle* encontró capacidad conspiracional incluso a través del licenciario que es una única corporación. El control corporativo es irrelevante. Por ejemplo, si un grupo rivales organiza una corporación y luego la administra a fin de limitar sus intereses comerciales independientes, la capacidad conspiracional está presente. La Corte Suprema asumió esto en el caso *Appalachian Coal* y explícitamente lo reconoció en el caso *Sealy y Topco*.

Pero considerando una estructura diferente. Un grupo de fabricantes independientes de colchones, con el deseo de producir bajo un nombre común, el patrocinador del lanzamiento de una IPO. La compañía resultante es propiedad de una noventa por ciento de una mezcla típica de inversores y el diez por ciento de los fabricantes. Los fabricantes no tienen un miembro en el consejo de administración y no tienen voz en las operaciones diarias de la empresa. Sin embargo, la empresa tiene el poder de controlar las decisiones de negocios individuales relacionados con la ubicación de las ventas, la

²²¹ Id. at 2207.

²²² Ver *Citizen Publ'g Co. v. United States*, 394 U.S. 131, 134-36 (1969) (la celebración de ese acuerdo entre los dos únicos periódicos en el condado de establecer conjuntamente la suscripción y tarifas de publicidad, en común sus beneficios, y se abstengan de participar en negocios que competían con los periódicos era ilegal por violar la Sección Uno); *Spitzer v. St. Francis Hosp.*, 94 F. Supp. 2d 399, 422 (S.D.N.Y. 2000) (sosteniendo que el acuerdo entre hospitales y tasas fijas, terminus y condiciones para servicios y asignaciones de mercado violan la Sección Uno); *Leslie*, supra note 73, at 645-46 (discutiendo cómo aquellos que deseen retirarse de las conspiraciones de fijación de precios debe confesar con el fin de evitar la responsabilidad antimonopolio todavía unido al acuerdo).

²²³ Ver supra notes 192-202 y acompañando el texto.

producción y los precios. Los directores, como cualquier junta, se encargan de maximizar el valor de la empresa. Lo hacen mediante la imposición de restricciones que limitan la producción de los fabricantes individuales o los obligan a cobrar un precio particular.

En este caso, las empresas se han organizado como un cartel administrativo. El hecho de que no tengan un "control" formal en las operaciones del día a día de la sociedad y ni siquiera tengan una presencia en el consejo de administración no es más relevante que en los hechos del caso *Copperweld* en el que la matriz y la filial estaban incorporadas por separado. Al igual que la empresa *Appalachian Coals* fue formada con el propósito de vender carbón al mejor precio que podría obtener, los directores de nuestra empresa hipotética están obligados a maximizar el valor de su empresa, que la ley obliga a las empresas que hagan. Está claro, que las decisiones sobre el precio y la producción de las plantas de propiedad y operadas por la misma corporación son unilaterales. Sin embargo, si la empresa actúa mediante la imposición de restricciones a la propiedad de negocios por separado de los distintos fabricantes, la conducta ya no es unilateral. La cuestión no tiene nada que ver con el control formal o informal de la corporación, sino con el hecho de que la corporación está controlando los negocios de los accionistas por separado.

La situación se parece bastante al control de los fabricantes de los negocios de sus distribuidores independientes. Por ejemplo, una empresa como General Motors ("GM") tiene una relación de franquicia con numerosos distribuidores. Muchos de estos comerciantes pueden ser accionistas de GM, y es concebible que en GM, o alguna otra franquicia, cierto franquiciados individuales o grupos de franquiciados son los principales o incluso controladores interesados. Ninguno de estos hechos cambia la propiedad de GM desde de una sola empresa a el cartel. Sin embargo, tan pronto como GM impone restricciones a los

distribuidores de las franquicias de negocios por separado, mediante la restricción de su ubicación o configuración de sus precios de reventa, imponiendo la exclusividad o cláusulas negociales exclusivas, o incluso atar bienes a las ventas a los distribuidores o exigir al vendedor que ate sus propias ventas, la conducta es multilateral y se puede llegar dentro del alcance de la Primera Sección. Sea o no que el distribuidor en particular sea propietario de las acciones de GM es irrelevante. Tampoco es relevante si el comerciante cuyo negocio está sujeto a esta limitación es de alguna manera en control. La única pregunta relevante es si GM está controlando los negocios separados de los distribuidores.

El Derecho de la Competencia caracteriza a estas restricciones como verticales y la mayor parte de las somete a un tratamiento menos severo. Sin embargo, de manera uniforme caracteriza la conducta como colaborativa más que unilaterales, incluso si la relación entre las empresas, tales como franquiciador y el franquiciado, es tan completa que los franquiciados están efectivamente operando como una subsidiaria. El Corte Suprema ha reconocido excepciones para determinadas situaciones en un cártel de distribuidores "controlan" la conducta de la empresa matriz, pero no estaríamos hablando de control corporativo a través de votación de los accionistas o el director o administrador de dominio. Por el contrario, estaríamos hablando de un control contractual²²⁴. Más allá de eso, los acuerdos serían tratados bajo la regla de la razón como actividad multilateral, tal y como la Corte Suprema trató la restricción en ese caso²²⁵.

B. Estudio de casos

Los carteles tienen varias opciones para la forma de estructurar sus procesos de toma de decisiones. El hecho de que algunos cárteles escojan un modelo de cartel centralizado no convierte a un cartel en una sola entidad. Un *joint venture*, cooperativa, asociación comercial, o agente de venta conjunta que podría parecer ser una sola entidad, pero no

²²⁴ En virtud de la decisión de la Corte Suprema Leegin, que adoptó una regla de la razón para el mantenimiento del precio de reventa, un acuerdo horizontal entre los comerciantes en una sola marca para fijar los precios podrían ser tratados en la regla per se, mientras que un acuerdo vertical entre un proveedor y sus distribuidores para facilitar un cartel serían tratados bajo el imperio de la razón. Ambos, sin embargo, serían tratados como actividad de colaboración. Ver *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 893 (2007) ("Un cartel horizontal entre fabricantes competidores o vendedores de la competencia que disminuye el gasto o reduce la competencia a fin de aumentar el precio es, y debe ser, en sí misma ilegal (...) En la medida en que un acuerdo vertical establece precios mínimos de reventa se induce a facilitar cualquier tipo de cartel, que también tendría que ser declarado ilegal bajo el imperio de la razón.") (citas omitidas); ver también *Toledo Mack Sales & Serv., Inc. v. Mack Trucks, Inc.*, 530 F.3d 204, 217, 225 (3d Cir. 2008) (apoyándose en este pasaje para negar un juicio sumario sobre la denuncia de que un fabricante de camiones mantiene los precios de reventa a instancias de un cártel de sus distribuidores).

²²⁵ *Am. Needle*, 130 S. Ct. at 2216-17 (encontrando la capacidad conspiracional y restando para la consideración de la restricción bajo la regla de la razón).

es para fines de defensa de la competencia cuando se trata del instrumento de actores independientes. La comprensión de cómo operan los cárteles ayuda a aplicar el criterio de *American Needle* de una manera que proteja entidades individuales reales de la inapropiada responsabilidad antimonopolio mientras se garantiza que la acción concertada no escape al escrutinio.

Con el fin de mostrar cómo los factores descritos anteriormente pueden ayudar a las cortes a distinguir entre una acción concertada y conducta de una sola entidad, esta sección aplica los factores del joint ventures, pasado y presente, que aumentan las preocupaciones antimonopolio. Incluso si los acusados de monopolistas en estos casos no parecen representar un clásico cartel de fijación de precios, el Derecho de la Competencia no debe ser interpretado para considerarlos como una "entidad única" para los fines de defensa de la competencia, porque esto podría tener implicaciones para los casos posteriores referidos a un cartel real.

1. *Sealy* y *Topco*

La opinión en el caso *American Needle* citada abundantemente a partir de dos casos anteriores de la Corte Suprema, *Copperweld* y *Sealy*. Las invocaciones del caso *Copperweld* son sorprendentes teniendo en cuenta que el caso *American Needle* era esencialmente un caso sobre la aplicación y los límites de la inmunidad del caso *Copperweld*. En contraste, la confianza en el caso *Sealy* era menos esperada. En el caso *Sealy*, el gobierno cuestionó la política de *Sealy* de otorgar territorios exclusivos a sus accionistas que fabrican colchones marca *Sealy*²²⁶. El gobierno argumentó que, debido a los accionistas controlaban la Junta

de Directores de *Sealy*, este acuerdo constituía una división horizontal del mercado, que es ilegal *per se*²²⁷. *Sealy* argumentó que estaba en una relación vertical con sus accionistas y que su política debía ser evaluada bajo la regla de la razón²²⁸. La corte estuvo de lado del gobierno²²⁹.

A primera vista, la opinión en el caso *Sealy* parece no estar relacionada a la cuestión de una sola entidad²³⁰. De hecho, nunca se menciona la opinión del caso *Copperweld* en el caso *Sealy*. Sin embargo, la Corte encontró que en el caso *American Needle* el criterio del caso *Sealy* era instructivo. Debido a que el caso *Sealy* es anterior al caso *Copperweld*, se decidió en un momento en que la ley antimonopolio permite resultados de la conspiración entre una matriz y una filial, al menos para algunos propósitos²³¹. Así que la cuestión sobre la única entidad no estaba explícitamente ligada al caso *Sealy*. De hecho, en lugar de argumentar que *Sealy* y sus licenciarios constituyen una sola entidad, *Sealy* sostuvo que "la evidencia muestra que *Sealy* ha sido operado como una entidad separada, en su propio interés, y no en los intereses privados de sus licenciarios"²³² y que "evidencia que muestra la separación escrupulosamente mantenida entre los intereses corporativos de *Sealy* y los intereses individuales de sus licenciarios se opone a la conclusión de que *Sealy* y sus licenciarios no son entidades separadas"²³³. Lo más cerca que el caso *Sealy* vino a desarrollar un argumento de una única entidad fue la sugerencia que el acuerdo de *Sealy* debe conseguir la misma deferencia que *Simmons*, una empresa integrada que no sujeta a la Sección Uno del escrutinio porque era una sola entidad²³⁴.

El hecho de que la Corte Suprema trata de la estructura organizativa de *Sealy* como una acción concertada no es objeto de controversia. Sin

²²⁶ United States v. Sealy, Inc., 388 U.S. 350 (1967).

²²⁷ Id.

²²⁸ Id.

²²⁹ Ver Mark A. Lemley & Christopher R. Leslie, Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence, 93 Iowa L. Rev. 1207 (2008) (preguntando el valor de *Sealy* horizontal versus el debate vertical).

²³⁰ Los principales pronunciamientos de *Sealy* es que los esquemas de asignación territorial horizontal son *per se* ilegales y que las restricciones verticales pueden parecer, en realidad, ser horizontales cuando los actores horizontales controlan la relación vertical.

²³¹ Tales hallazgos antes de *Copperweld*, ver 7 *Areeda & Hovenkamp*, supra note 20, ¶ 1463 (debate de la Corte Suprema intra empresa casos de *Yellow Cab* a *Copperweld*).

²³² Argumento de Appellee, *Sealy, Inc.* at 6, United States v. *Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967) (No. 9), 1966 WL 100609 [hereinafter *Sealy Respondent Brief*]; ver también id. at 21 ("la existencia separada de *Sealy* como una empresa rentable operada por sus as a profitable enterprise operated for su interés general, y no como un mero instrumento o creación de sus licenciarios.").

²³³ Id. at 31.

²³⁴ Richard W. McLaren, Transcript of Oral Argument at 45, United States v. *Sealy*, 388 U.S. 350 (1967) (No. 9) [hereinafter *Sealy Transcript*] (argumentando que *Simmons* es "una empresa integrada; y que es uno de los puntos que nosotros argumentamos: Por qué debe un fabricante licenciado bajo una marca que tiene que salir a competir con otras personas con esa marca, cuando un propietario de la marca, no lo hace?"); id. ("Y eso es una cuestión básica en este caso: ¿Un fabricante de marcas con licencia tienen el mismo tipo de derechos como propietario de la marca, o es una especie de ciudadano de segunda clase en la que tiene que competir con otras personas de fabricación bajo la misma marca?").

embargo, los hechos subyacentes pueden informar cómo los tribunales inferiores deben aplicar *American Needle* y *Copperweld* hacia adelante. En primer lugar, en el caso *Sealy* la corte hizo hincapié en el fondo sobre la forma con respecto a cómo clasificar la restricción en cuestión²³⁵. Pero la corte también se refirió a la importancia de resaltar el fondo sobre la forma y las implicaciones antimonopólicas de la estructura de los *joint ventures* cuando lo caracterizó “el uso de *Sealy*, no como una entidad separada, sino como un instrumento de los fabricantes individuales”²³⁶.

En esencia, la estructura de *Sealy* fue el resultado de acuerdos entre los actores independientes. La corte señaló que “el acuerdo *Sealy* con cada licenciataria de no dar licencias a cualquier otra persona que fabrique o venda en el área designada; y el acuerdo con el licenciataria de no fabricar ni vender productos de *Sealy* fuera del área designada”²³⁷. Las ventas fuera de su territorio asignado fueron “expresamente prohibido por el contrato entre *Sealy* y los licenciataria”²³⁸. Al tratar de evitar la regla per se, los acusados *Sealy* señalaron su “acuerdo contractual”, no deben ser juzgadas más duramente que los “arreglos estructurales”, como las fusiones o *joint ventures*²³⁹. Hacer este argumento, los acusados dieron en un punto importante: ellos señalaron que estaban en una relación contractual. Esto sugiere que no hay una sola entidad, ya que una sola entidad no tiene un contrato consigo mismo. Por ejemplo, una empresa matriz y su filial no hacen contratos unos con otros para llevar a cabo sus planes. La matriz le dice a la filial qué hacer. Los ejecutivos y otros empleados directamente responsables del día a día de las operaciones de la filial pueden hacer sugerencias y aportaciones, pero no tienen poder para aplicar políticas divergentes en conflicto con las órdenes de la matriz. En suma, si las partes

se están contrayendo con ellos, entonces ellos son entidades independientes capaces de conspirar.

Es conveniente que *Sealy* y sus licenciataria sean tratados como entidades independientes, ya que, en realidad, *Sealy* empleó la estructura de un cártel de fijación de precios. Con las licenciataria competidoras que comprende la junta directiva, *Sealy* estableció precios mínimos, por debajo del cual los fabricantes concesionarios de *Sealy* no podrían cobrar. Después de un juicio, la corte de distrito determinó que el fabricante concesionario de *Sealy* habían participado en una conspiración ilegal para fijar los precios mínimos de venta al por menor de productos de *Sealy* y la política de precios así fijados²⁴⁰. *Sealy* no apeló el fallo²⁴¹.

Con respecto a su política de exclusividad territorial, *Sealy* funciona como un cartel tradicional en algunos aspectos. Por ejemplo, hay “numerosos casos” en que los licenciataria se quejaron de reducción de precios por otros licenciataria²⁴². *Sealy* hizo cumplir su esquema de exclusividad territorial, al exigir a los fabricantes a pagar diez dólares por cada artículo vendido de *Sealy* en territorio de otro licenciado²⁴³. Los pagos se realizaron a *Sealy*, quien los remitió al titular perjudicado²⁴⁴. Esto es una reminiscencia de las políticas de recompra de acciones ilegales empleadas por los carteles de fijación de precios²⁴⁵. Más allá de estos clásicos instrumentos de cumplimiento, en la mediación de conflictos entre concesionarios, *Sealy* no tenía autoridad real más allá del poder de persuasión²⁴⁶. Esto está en marcado contraste con una estructura de verdadera entidad única donde el cuerpo central controla a las partes constitutivas. Por ejemplo, una corporación matriz no hace bien su filial o tratar de persuadirla tomando acción especial. La matriz controla a su filial directa.

²³⁵ *Sealy, Inc.*, 388 U.S. at 352 (“Y eso es una cuestión básica en este caso: ¿Un fabricante de marcas con licencia tienen el mismo tipo de derechos como propietario de la marca, o es una especie de ciudadano de segunda clase en la que tiene que competir con otras personas de fabricación bajo la misma marca?”).

²³⁶ *Id.* at 356.

²³⁷ *Id.* at 352.

²³⁸ Argumento de United States at 7, *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967) (No. 9), 1966 WL 100610 [en adelante *Sealy Petitioner Brief*].

²³⁹ *United States v. Sealy, Inc.*, Motion to Affirm at 29, available at 21 *Antitrust Law: Major Briefs and Oral Arguments of the Supreme Court of the United States, 1955 Term - 1975 Term*, at 815 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper, eds., 1979) (énfasis en original).

²⁴⁰ *Sealy, Inc.*, 388 U.S. at 351.

²⁴¹ *Id.*; ver también *id.* at 355-56 (1967) (“Appellee no apeló la orden del Corte de Distrito prohibiendo la continuación de esta fijación de precios, pero la existencia y el impacto de la práctica no puede ser ignorada en nuestra valoración de las limitaciones territoriales. En primer lugar, esta flagrante y generalizada de precios, en clara violación de la ley, era, como el tribunal de primera instancia encontró, la actividad de los “accionistas representantes que actúen a través de y en colaboración con los mecanismos de *Sealy*”).

²⁴² See Daniel Friedman, *Sealy Transcript*, supra note 231, at 49.

²⁴³ *Sealy Petitioner Brief*, supra note 235, at 5.

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ See supra notes 111-14 acompañando el texto.

²⁴⁶ Daniel Friedman, *Sealy Transcript*, supra note 231, at 7 (citando instancias específicas).

Sealy sostuvo que todos los involucrados en la estructura de *Sealy* compartían el interés común de construir la marca *Sealy*²⁴⁷. Afirmó que sus licenciarios tienen que cooperar al centrarse en sus propios territorios y no ser oportunistas de las inversiones en publicidad realizadas por otros titulares de licencias en sus respectivos territorios²⁴⁸. Por último, *Sealy* sostuvo que había que coordinar estos esfuerzos desde el centro e imponerlas a los licenciarios²⁴⁹. La Corte encontró que ningún razonamiento justificaba los acuerdos entre *Sealy* y sus licenciarios²⁵⁰. Por implicación, los argumentos de coordinación de *Sealy* muestran que no hay razón para sugerir que *Sealy* y sus licenciarios deben constituir una sola entidad para fines de defensa de la competencia. Una de las conclusiones de la capacidad conspirativa fue evidente en *Sealy*, porque los fabricantes de camas individuales eran solo sus accionistas y totalmente controlada de la propia corporación. Sobre el mejor argumento que los fabricantes podrían decir fue que llevaban dos "sombrosos", uno cuando actuó en sus propios intereses y otra cuando se actuaban en nombre de *Sealy, Inc*²⁵¹. La corte tuvo poca dificultad al concluir que, a pesar de que *Sealy* asignaba los territorios exclusivos en cuestión, estos se deben interpretar como el producto de un acuerdo horizontal entre los directores fabricante de *Sealy*. El gobierno argumentó que "el origen de la restricción territorial no es una tercera parte independiente, pero los vendedores mismos a quienes la restricción está diseñada para proteger de la competencia"²⁵². Cuando el control fluye de los miembros a un agente central, la acción concertada es involucrada.

Finalmente, el poder de los concesionarios a retirarse muestra la presencia de una acción concertada. Los titulares de licencias *Sealy* podría abandonar sus marcas y fabricación decolchones bajo otra etiqueta. Hicieron decisiones a largo plazo

de lo que era mejor para ellos, no necesariamente lo mejor para *Sealy*²⁵³. Esto es similar a las empresas en un cartel, que continuamente deciden si permanecer en el cartel es mejor para su propio interés²⁵⁴.

Todos los acusados fabricaron y vendieron bajo una marca común los productos de *Sealy*. Sin embargo, fueron capaces de conspirar. De alguna manera, esto presenta un caso más fuerte para el estatus de una única entidad que los equipos de la NFL en *American Needle*, cada uno de ellos tenía sus propias marcas. Sería raro decir que las empresas que comparten una única marca eran capaces de conspirar mientras que las empresas agregaban marcas diferentes no lo estaban. En términos de estructura organizacional, la NFLP en *American Needle* funciona como un administrador centralizado de la misma manera que hizo con *Sealy* a sus licenciarios y la Oficina Central de Ventas para el cártel de diamantes. En todas estas situaciones, la presencia de un cuerpo central de la toma de decisiones no hace a la empresa global una sola entidad para fines de defensa de la competencia.

Además de hablar sobre el caso de *Sealy*, la opinión de la corte en el caso *American Needle* también citó el caso *United States v. Topco Associates, Inc*²⁵⁵. En el caso *Topco*, varias cadenas de pequeños -medianos- supermercados regionales creaban y comercializaban los productos enlatados de la marca *Topco*²⁵⁶. La cooperativa *Topco* asignaba territorios exclusivos a sus miembros²⁵⁷. El gobierno cuestionó la política de la asociación de exclusividad de territorio como una división horizontal ilegal del mercado²⁵⁸. La corte tomó parte por el gobierno, rechazando la alegación de *Topco* de que la política era una forma razonable para evitar a los oportunistas y para construir la marca *Topco* como un competidor de las marcas de distribuidor nacional²⁵⁹. *American Needle* citó

²⁴⁷ Sealy Respondent Brief, supra note 229, at 21.

²⁴⁸ Id. at 21-22.

²⁴⁹ Id.

²⁵⁰ *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967).

²⁵¹ Id. at 353.

²⁵² *Sealy* Petitioner Brief, supra note 235, at 22; id. at 24 ("Sealy (...)no es una firma independiente responde a intereses distintos de los de sus licenciarios. Es completamente dominado por los concesionarios.")

²⁵³ Ver Daniel Friedman, *Sealy* Transcript, supra note 231, at 4 ("Los licenciarios son independientes en el sentido de que no está controlado por Sealy. Y también son independientes en el sentido de que cada uno hace sus propios juicios acerca de cómo aprovechar mejor su mercado en particular.")

²⁵⁴ Ver Leslie, *Cartels*, supra note 149, at 1638 ("Cada firma hace una decisión independiente como si permanecer en un cartel es para el propio interés de las empresas.")

²⁵⁵ 405 U.S. 596, 609 (1972).

²⁵⁶ Id. at 596.

²⁵⁷ Id.

²⁵⁸ Id.

²⁵⁹ Id. at 612.

Topco, junto con *Sealy*, para la proposición que “los acuerdos hechos dentro de una empresa que puede constituir una acción concertada cubierta por el § 1 cuando las partes del acuerdo actúan con intereses separados de los de la propia empresa, y la intra empresa acuerdos puede ser simplemente una cubierta formal de una acción concertada en curso”²⁶⁰. Esto también fue resaltado en *Topco* como un ejemplo de una “organización formalmente distinta de negocio (...) cubierta por § 1”²⁶¹. Al igual que en *Sealy*, los miembros de *Topco* tenían la propiedad de la totalidad de sus acciones y controlaban la junta de directorio²⁶².

Tanto en las decisiones de *Topco* y *Sealy* han sido justamente criticadas por la aplicación agresiva de la regla *per se* restricciones que son accesorias a la legítima, para mejorar el *joint venture* de las empresas que carecían de poder de mercado significativo²⁶³. Pero esa no es la razón por la que *American Needle* fue citada. Ambas decisiones también sostuvieron que cuando una corporación impone a las limitaciones del mercado en negocios independientes de sus accionistas que están en condiciones de competir unos con otros, las restricciones resultantes deben ser considerados como un contrato o una combinación en lugar de un acto unilateral en la medida que la política anti monopólica se refiere. El análisis adecuado en ambos casos habría sido la de aplicar la Sección Uno, pero luego de analizar las restricciones en cuestión como auxiliares a las actividades de un *joint venture*. Tanto el séptimo y D.C. circuitos han adoptado este enfoque, y no hay nada en la opinión de *American Needle* que sugiera que la Corte Suprema los trataría de forma diferente²⁶⁴.

2. Dagher

En el caso *Texaco v. Dagher*²⁶⁵, un denunciante acusó un acuerdo entre *Texaco* y *Shell Oil* que creaba las empresas *Equilon*, una empresa mixta para refinar y vender la gasolina en el oeste de

Estados Unidos. El *joint venture* establece un precio único de la gasolina, que continuó siendo vendido bajo la marca *Texaco* y *Shell Oil*. La Corte otorgó certiorari para determinar si esto constituye *per se* una fijación ilegal de precios.

Mientras el caso estaba limitado al alcance de la regla *per se*, a veces la opinión parecían implicar el tema de una sola entidad. Por ejemplo, la corte enmarca la pregunta de si la inmunidad del caso *Copperweld* estaba involucrada, cuando dijo que “la política de precios cuestionada aquí equivale a poco más que la fijación de precios por una sola entidad -aunque en el contexto de un *joint venture*- y no un acuerdo de precios entre las entidades que compiten con respecto a sus productos que compiten”²⁶⁶. En la descripción de los hechos del caso y la cómo el Derecho de la Competencia trata a los *joint ventures*, la Corte explicó que *Texaco* y *Shell* compartieron los beneficios de las actividades de *Equilon* en su papel de inversionistas, no competidores. Cuando “las personas que de otro modo serían competidores juntan su capital y comparten los riesgos de pérdida así como las oportunidades para obtener ganancias (. . .) tales *joint ventures* [son] consideradas como una sola empresa compitiendo con otros vendedores en el mercado”²⁶⁷.

Por último, en su pronunciamiento, la corte concluyó que “como una sola entidad, un *joint venture*, al igual que cualquier otra empresa, debe tener la facultad de determinar los precios de los productos que vende, incluyendo la facultad de vender un producto en dos diferentes marcas a un precio único y unificado”²⁶⁸. Todos estos pasajes parecen sugerir que las decisiones tomadas a través del *joint venture* eran los de una sola entidad y por lo tanto fuera del alcance de la Sección Uno. A pesar de estas vagas referencias a la cuestión de una sola entidad, la opinión en última instancia, trata a las actividades de *Equilon* como el producto de una acción concertada. En primer lugar, el

²⁶⁰ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2215 (2010).

²⁶¹ *Id.* at 2210.

²⁶² *Topco Assoc., Inc.*, 405 U.S. at 598.

²⁶³ See 11 Hovenkamp, *Antitrust Law*, supra note 22, 1910c2 (criticando la aplicación de la corte en el caso *Topco* de una regla *per se* contra las restricciones horizontales de territorio); 12 *id.* 2033b (criticando la clasificación de la corte de la restricción en *Sealy* y *Topco* como “vertical”); 13 *id.* 2134c (criticando el uso de la regla *per se* en *Sealy* y *Topco*); ver también *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350, 361 n.2 (Harlan J., dissenting) (discutiendo la falta de poder de mercado en *Sealy*) *Topco*, 405 U.S. at 600 (discutiendo lo mismo en *Topco*).

²⁶⁴ *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224 (D.C. Cir. 1986) (aplicar este enfoque a una empresa a nivel nacional en movimiento, que era propiedad de las empresas locales de movimiento y que las restricciones geográficas impuestas a esta última); *Polk Bros., Inc. v. Forest City Enter., Inc.*, 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985) (aplicando este enfoque a un acuerdo complementario de división de mercado en un centro comercial).

²⁶⁵ *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006).

²⁶⁶ *Id.* at 6.

²⁶⁷ *Id.* (quoting *Ariz. v. Maricopa Cnty. Med. Soc.*, 457 U.S. 332, 356 (1982)).

²⁶⁸ *Id.* at 7.

problema real ante la corte fue cuando “la regla *per se* contra de la fijación de precios se aplica a (...) el *joint venture*”²⁶⁹, y no si la Sección Uno se aplica. En segundo lugar, la corte sostuvo que “la política de unificación de precios de Equilon” podría haber sido impugnada de conformidad con la regla de la razón²⁷⁰.

La corte estaba en lo correcto para el tratamiento de las decisiones de un *joint venture* como una acción concertada bajo la Sección Uno. Teniendo en cuenta el fondo sobre la forma, un *joint venture* legalmente puede ser una entidad distinta, pero sus acciones están todavía sujetos al escrutinio de la Sección Uno. La corte en el caso *American Needle* sostuvo que no es “determinante de que dos entidades jurídicamente distintas se han organizado bajo un mismo paraguas o dentro de una estructura de *joint venture*”²⁷¹. La conducta cooperativa de *Texaco* y *Shell Oil* a través del *joint venture* debe ser objeto de revisión antimonopolio o de lo contrario los carteles ilegales podría eludir su responsabilidad antimonopolio.

El hecho de que un *joint venture*, como Equilon, cumpla una función de coordinación no elimina sus decisiones fuera del alcance de la Sección Uno. El Derecho de la Competencia se convertirá en lo que precisamente el *joint venture* está coordinando. La corte en el caso *Dagher* presumió que Equilon era “un *joint venture* legal”, sugiriendo que si se tratara de “una farsa”, entonces podría haber sido *per se* ilegal²⁷². La legitimidad del papel Equilon como coordinador eliminando el *joint venture* de la categoría *per se*; no eliminó por completo el escrutinio de la Sección Uno.

Finalmente, los miembros del *joint venture* no estaban obligados como una empresa matriz y su

filial. Lo único que detuvo *Texaco* y *Shell Oil* de la competencia fue el acuerdo, pero esto no los hace incapaces de conspirar²⁷³. *Texaco* y *Shell Oil* podía tomar sus decisiones de fijación de precios en su propia gasolina de marca; en cambio cada uno de ellos había decidido tomar sus decisiones a través de *Equilon*. Cada uno podía unilateralmente salir de la relación.

3. MasterCard y Visa

Históricamente, las asociaciones de tarjeta de crédito *Mastercard* y *Visa* fueron organizadas como *joint ventures* entre los bancos emisores²⁷⁴. Para la mayoría de los bancos de la empresa limitaba sólo una pequeña parte de sus actividades, es decir, las relacionadas con la emisión de tarjetas de crédito bancarias, y la búsqueda de una sola entidad para la empresa en su conjunto habría sido absurdo²⁷⁵. Bajo esta estructura tanto de la empresas *Visa* y *MasterCard joint venture* enfrentaron litigios antimonopolio relacionados a una variedad de prácticas, incluyendo un acuerdo en virtud del cual los bancos miembros en cada empresa se les prohibió la emisión de tarjetas de la competencia, pero con la excepción de uno al otro²⁷⁶. Así, por ejemplo, un banco emisor de la tarjeta *Visa* se le prohibió la emisión de una tarjeta *Discover*, pero que podría emitir una tarjeta *MasterCard*. Esta restricción en la emisión de tarjetas de los demás fue impugnada sin éxito por *Discover* como una negativa concertada a tratar²⁷⁷. Más tarde, los litigios por el gobierno de EE.UU. tuvieron más éxito²⁷⁸.

También ha habido problemas con los acuerdos de emisión de tarjetas estableciendo el intercambio y tasas de descuento de la aceptación que financian las transacciones²⁷⁹ de tarjeta de crédito, y la

²⁶⁹ Id. at 5.

²⁷⁰ Id. at 7.

²⁷¹ *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2212 (2010).

²⁷² *Dagher*, 547 U.S. at 6.

²⁷³ *Ver Am. Needle*, 130 S. Ct. at 2214-15 (“Aparte de su acuerdo de cooperación en la explotación de los activos, incluyendo sus decisiones como NFLP, no habría nada para evitar que cada uno de los equipos de toma de sus decisiones de mercado propio en relación a las compras de ropa y los sombreros, a la venta de esos artículos, y la concesión de licencias para utilizar sus marcas.”).

²⁷⁴ *SCFC ILC, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 36 F.3d 958, 960 (10th Cir. 1994).

²⁷⁵ Id. at 960-61.

²⁷⁶ *Ver, e.g., id.* (ubicando si la negativa a admitir de *Visa Sears* a su *joint venture* restringe el mercado en violación de la Sección Uno de la *Sherman Act*).

²⁷⁷ Id. (se niega a condenar las reglas de exclusividad que permitió a *Visa* y *MasterCard* para ser emitidos por unos de los otros bancos, pero excluidas las tarjetas de rivales como *Discover* y *American Express*, en la medida en que sea pertinente, uno de los autores ha sido consultado por el demandante).

²⁷⁸ *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 344 F.3d 229, 238 n.4 (2d Cir. 2003) (condenando a la dualidad de gobierno y reglas de exclusividad bajo el dominio de la razón, en la medida en que sea pertinente, uno de los autores ha sido consultado por el gobierno); *ver también Discover Fin. Servs. v. Visa U.S.A., Inc.*, No. 04-CV-7844, 2008 WL 4067445 (S.D.N.Y. Aug. 26, 2008) (denegando un juzgamiento sumario del reclamo por *Discover*, emitida de una carta rival).

²⁷⁹ *Ver, e.g., Nat'l Bancard Corp. (NaBanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986) (aplicando la regla de la razón y se niega a condenar la cuota).

política de que “todas las tarjetas” requieren que sean aceptadas por *Visa* o *MasterCard* y también las tarjetas de débito de esa empresa²⁸⁰. Este artículo no tiene en cuenta la “razonabilidad”, o la legalidad de la competencia, de cualquiera de estas prácticas, pero sólo si deben ser considerados como unilateral o conspiracional²⁸¹.

MasterCard y *Visa* se han reorganizado considerablemente, cambiando su estructura de un acuerdo de *joint venture* contractual entre empresas independientes, los miembros de los bancos emisores a una corporación en la que estos bancos emisores son los accionistas con derecho a voto limitado. Por ejemplo, en la empresa *MasterCard*, acciones Clase A, con derecho a voto, se emitieron al público en una OPV y se negocian públicamente²⁸². Los bancos que emiten la tarjeta *MasterCard* no se les permite mantener las acciones Clase A, al menos por un período de tiempo definido²⁸³. Los bancos de emisión, por el contrario, tienen acciones de Clase B, que no tienen derecho a voto²⁸⁴. Un tercer conjunto de acciones, Clase M, también están en manos de los bancos miembros y no tienen derecho de voto con

respecto a los asuntos de rutina, aunque ellos tienen poder de veto sobre las principales transacciones que afectan a la estructura de la empresa o de sus clases de acciones²⁸⁵. La estructura de *Visa* es más o menos similar²⁸⁶.

Estos esquemas aparentemente extraños se soportan sobre su cabeza la estructura dual de clases de voto en algunas empresas. Normalmente, cuando una empresa tiene dos clases de acciones con voto la intención es dar información privilegiada es dar una mayor cantidad de control que se manifiesta por su porcentaje de participación. Por ejemplo, la estructura de *Google, Inc.* ha sido diseñada para mantener el control de la empresa entre sus fundadores²⁸⁷. La estructura de *Ford Motor Company* da a los miembros votantes de la familia Ford aproximadamente el cuarenta por ciento de los votos de la compañía a pesar de que poseen sólo un seis por ciento de sus acciones²⁸⁸. En *MasterCard, Inc.* y *Visa, Inc.*, por el contrario, los bancos miembros, aunque sólo tengan una participación minoritaria, también están habilitados los participantes en el negocio de tarjetas de crédito como empresas independientes,

²⁸⁰ Ver, e.g., *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96 (2d Cir. 2005) (describiendo el acuerdo); *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litig.*, 280 F.3d 124, 130 (2d Cir. 2001) (certificando la clase de acción por los grandes minoristas).

²⁸¹ En la legalidad de la cuestión, ver David S. Evans & Richard Schmalensee, *Paying with Plastic: The Digital Revolution in Buying and Borrowing* (2d ed. 2005) (discussing the evolution of the credit card industry and defending the position of credit card associations against antitrust claims); Dennis W. Carlton & Alan Frankel, *The Antitrust Economics of Credit Card Networks*, 63 *Antitrust L.J.* 643 (1995) (discussing the potential for anticompetitive harm to result from collective action by members of credit card joint ventures); Adam J. Levitin, *Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints*, 55 *UCLA L. Rev.* 1321 (2008) (arguing that merchant restraints should be banned as antitrust violations); Timothy J. Muris, *Payment Card Regulation and the (Mis)Application of the Economics of Two-Sided Markets*, 2005 *Colum. Bus. L. Rev.* 515, 517-18 (discussing the economics of two-sided markets); Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Cooperation Among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations*, 33 *Rand J. Econ.* 549 (2002) (analyzing the cooperative determination of the interchange fee by member banks in a payment card association); Todd J. Zywicki, *The Economics of Credit Cards*, 3 *Chap. L. Rev.* 79 (2000) (dismissing the link between credit cards and the bankruptcy crisis); David S. Evans & Richard Schmalensee, *The Economics of Interchange Fees and Their Regulation: An Overview* (MIT Sloan, Working Paper No. 4548-05, 2005), available at <http://ssrn.com/abstract=744705> (analyzing whether policy makers should regulate interchange fees); Todd J. Zywicki, *The Economics of Payment Card Interchange Fees and the Limits of Regulation* (George Mason Law & Econ. Research, Working Paper No. 10-26, 2010), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1624002 (arguing against interchange fee regulation); see also U. S. Gov't Accountability Office, *Report on Credit Cards 44-45* (2009), available at <http://www.gao.gov/new.items/d1045.pdf> (discussing drawbacks of interchange fee regulation).

²⁸² Victor Fleischer, *The MasterCard IPO: Protecting the Priceless Brand*, 12 *Harv. Negot. L. Rev.* 137, 145 (2007) (rastreo de desarrollo de *MasterCard* IPO); ver también Adam J. Levitin, *Payment Wars: The Merchant-Bank Struggle for Control of Payment Systems*, 12 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 425, 463-67 (2007). See generally Robert E. Litan & Alex J. Pollock, *The Future of Charge Card Networks 6* (AEI-Brookings Joint Ctr. for Regulatory Studies, Working Paper 06-03, 2006) (discutiendo la reorganización de *MasterCard* and *Visa*). *MasterCard, Inc.* trades on the New York Stock Exchange under the symbol “MA,” and *Visa, Inc.* Comercio bajo el símbolo “V.”

²⁸³ Fleischer, *supra* note 279, at 145.

²⁸⁴ *Id.*

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *Visa, Inc.*, Proxy Statement (Form DEF 14A), at 26 (Dec. 1, 2009), disponible en <http://investor.visa.com/phoenix.zhtml?c=215693&p=proxy> (explicando que las clases B y C compartidas no tiene derecho a voto). In the *Visa, Inc.* IPO, Clase B los accionistas son institucionalmente financiero emitiendo targetas *Visa* en U. S., mientras la Clase C compartidas son similares instituciones en Canada. Ver Goldman Sachs Fin. Inst. Group, *Visa IPO* (2008), <http://www.sharpeinvesting.com/2008/01/visa-ipo-goldman-sachs-financial-institutions-group.html> (discusión organización de *Visa* como una IPO).

²⁸⁷ En *Google, Inc.* IPO, Clase A estaba intitulado de un voto pero clase B reciben diez votos. Ver Lynn A. Stout, *The Mythical Benefits of Shareholder Control*, 93 *Va. L. Rev.* 789, 802-03 (2007) (describiendo la estructura de *Google* structure como dejando a los inversores fuera en gran medida).

²⁸⁸ Belen Villalonga & Raphael Amit, *How Are U.S. Family Firms Controlled?*, 22 *Rev. Fin. Stud.* 3047, 3066 (2009) (señalando que como de 1998, la familia Ford tenía el seis por ciento de acciones pero controlando cuarenta por ciento de votos).

aun que ellos han abandonado efectivamente sus derechos de voto. La probable explicación de esta estrategia es que los participantes estaban tratando de limitar la exposición anti monopólica mediante la cesión del "control" a una sola empresa con diversos accionistas inactivos, a diferencia de un *joint venture* en la que las decisiones se tomaban por los participantes activos. El resultado esperado sería que las OPAs sería tratado como una sola entidad para fines anti monopólicos más que como una colaboración que importaba acuerdos entre rivales²⁸⁹.

Cualquiera que sea la economía, las consecuencias jurídicas de cambiar el análisis de organismos multilaterales a las conductas unilaterales puede ser significativo. Lo más importante, los acuerdos entre los bancos miembros en los antiguos *joint ventures* para no permitir la emisión de las tarjetas de su rival como *Discover* sería tratado como una negativa concertada a tratar, lo que podría ser ilegal per se si fuese desnudo o, más probablemente, dirigida bajo la regla de la razón si se considera que una restricción accesoria²⁹⁰. Por el contrario, si una sola empresa emite una tarjeta *MasterCard* o *Visa* se negara a llevar las marcas de un rival, la conducta tendría que ser analizada como una negativa unilateral a vender los bienes de un rival, lo que implica una legalidad virtual per se²⁹¹. En el marco del análisis de *joint venture*, los acuerdos sobre la aceptación comercial y otros cargos de transferencia serían acuerdos de precios para que la porción de la cuota que los bancos acordaron encargarse, y por lo general sean tratadas como auxiliares a los negocios del *joint venture* y dirigida bajo el imperio de la razón²⁹². La única empresa bajo análisis, cualquier cargo en una transferencia de banco filial de uno a otro sería un acto unilateral. El acuerdo sobre parte de cualquier acuerdo de cargo con los comerciantes sería de colaboración, pero ese acuerdo sería más vertical que horizontal y casi con seguridad legal. La política de "todas las tarjetas de", que requieren los comerciantes que deseen hacer uso de una tarjeta de crédito para aceptar tarjetas de débito que marca, se evaluará conforme a la ley

de acuerdos de vinculación, que normalmente son impuestos unilateralmente²⁹³. Sin embargo, bajo la estructura del *joint venture*, tendrían que ser considerados como un acuerdo de colusión entre las empresas en sentido ascendente para participar en la vinculación, lo que podría invocar un trato más duro antimonopólico²⁹⁴. Finalmente, dentro de la estructura de *joint venture* de la relación comercial con los bancos accionistas miembros es uno de vendedor o el comprador, es decir, la OPI tratar a los bancos como "clientes" a los que proporciona la emisión de tarjetas y servicios de gestión. Formalmente estos contarían como relaciones puramente verticales entre la salida a bolsa como vendedor y cada banco en calidad de comprador.

El problema ahora se puede ver de esta manera: supongamos que un grupo de bancos constituyen una sociedad anónima con dos clases de acciones. Una clase es que cotiza en bolsa y tiene pleno derecho a voto. La otra clase no tiene ningún derecho de voto respecto de la actividad del día a día, y su propiedad se limita a los bancos participantes. Cada uno de estos bancos es una empresa de propiedad separada, y la relación entre los bancos y la empresa central es el de los accionistas y la empresa en lugar de matrices y filiales. En este régimen los directores y gerentes son responsables ante los accionistas y ellos generalmente operan bajo la restricción de que deben maximizar el valor de la empresa, sin embargo, el valor de la empresa es en gran parte una función del valor agregado del negocio de tarjetas de crédito comprometido en los bancos accionistas individuales.

Esta organización utiliza efectivamente la forma corporativa como un cartel o *joint venture* administrador. La obligación de la administración para maximizar el valor de la empresa puede ser llevada a cabo por las acciones que aumentan las ganancias porque son eficientes y expanden la producción -es decir, que podría reducir los costos, producir un producto superior, o de otra manera atraer el comercio. Alternativamente,

²⁸⁹ Algunos autores han notado que esto era muy parecido a un resultado previsto del cambio de un *joint venture* a una estructura corporativa. Adicionalmente a Fleischer, supra note 279, ver Joshua D. Wright, *The MasterCard IPO: MasterCard's Single Entity Strategy*, 12 Harv. Negot. L. Rev. 225 (2007) (explicando en análisis de Fleischer de las implicaciones anti monopólicas de la nueva estructura de gobierno de MasterCard).

²⁹⁰ Ver *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 344 F.3d 229, 238 n.4 (2d Cir. 2003) (análisis de la pretensión de gobierno bajo la regla de la razón); *SCFC ILC, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994).

²⁹¹ *Verizon Commc'ns, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 410 (2004); see also 3B Areeda & Hovenkamp, supra note 20, 772-73 (discutiendo negativa unilateral a tartar y la doctrina de "essential facility").

²⁹² Ver, e.g., *Nat'l Bancard Corp. (NaBanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986) (aplicando el análisis de la regla de la razón en cambio del análisis per se de la conducta de Visa).

²⁹³ Christopher R. Leslie, *Unilaterally Imposed Tying Arrangements and Antitrust's Concerted Action Requirement*, 60 Ohio St. L.J. 1773 (1999) (argumentando que la mayoría de los acuerdos atados son esencialmente unilaterales).

podrían aumentar los beneficios, ya que reducen la producción del mercado en un mercado donde la empresa tiene poder, y por lo tanto permitir mayores precios o márgenes. Si esto fuera realmente una conducta unilateral, la defensa de la competencia sería en gran medida indiferente a los efectos de reducción de la producción porque a una sola empresa es libre para reducir la producción y elevar los precios a su antojo.

A pesar de que los bancos no están votando los tomadores de decisiones en la empresa, cualquier regla que limita su comportamiento individual debe ser considerada como multilateral en el marco del análisis del caso *American Needle*. Como resultado, la colusión anticompetitiva sería accesible tanto como la exclusión a la competencia. Por supuesto, la empresa puede participar en muchas otras actividades que no tienen un impacto en todo el negocio de los bancos miembros por separado. Por ejemplo, *Visa, Inc.* podría decidir comprar un fabricante de tostadoras y operar como una filial, o puede decidir construir un nuevo edificio para su sede corporativa. Siempre y cuando tal decisión no tiene impacto en cómo los bancos individuales accionistas conduzcan su negocio, sería considerado como unilateral. Por el contrario, cualquier decisión que limita la capacidad de los accionistas para competir en sus negocios por separado sería incluida en la Sección Uno de la *Sherman Act*.

En suma, la OPI de MasterCard y Visa tienen las características de los carteles de gestión centralizada. En esencia, la organización central tiene el poder de controlar el negocio independiente de la emisión de los accionistas individuales. Los miembros individuales tienen la posibilidad de retirarse, lo que ellos pueden realizar con la venta de sus acciones y colocar la tarjeta. Además, no es necesario que los distintos bancos emisores coordinen su comportamiento con los otros, la organización central resuelve ese problema. El control se ejecuta desde la organización a los miembros individuales, limitando su actividad empresarial independiente con respecto a la emisión y gestión de tarjetas bancarias.

Las razones legítimas pueden haber existido durante la OPI de MasterCard y Visa. Por ejemplo, una organización central más fuerte puede haber mejorado la imagen de las tarjetas de la marca como una marca segura²⁹⁵. Sin embargo, la inusual

“invertida” de doble estructura de gobierno debe ser el resultado de dar una importancia exagerada al “control” formal dentro de las asociaciones de colaboración. En cualquier caso, esa decisión se basó en una visión muy subjetiva de control. Una vez que las juntas directivas de las OPI de MasterCard y Visa se encontraban en el lugar, su objetivo es maximizar los beneficios de la empresa, y ellas estaban adaptadas para realizar esta tarea como cualquier otro líder del cartel, sea o no un miembro funcional del propio cartel.

IV. Conclusión

El dictamen de la Corte Suprema en *American Needle* ofrece una oportunidad para examinar la relación entre la teoría del cartel y la cuestión de la entidad única en defensa de la competencia. Muchos carteles exitosos funcionan tomando el control a los miembros individuales y se lo dan a una sola organización. Una organización de negocios como una corporación se convierte en un vehículo ideal para la gestión de cartel. La comprensión de cómo funcionan realmente los cárteles pueden ayudar a los tribunales a distinguir entre una entidad legítima individual y una estructura del cartel centralizado sujeto de responsabilidad por la Sección Uno.

Es importante no perder de vista el hecho de que la regla de la razón sigue siendo para los *joint ventures* entre las entidades de negocios independientes que tienen un potencial de integración importante. Mientras que la conducta unilateral y conductas auxiliares colaborativas son tratados bajo la regla de la razón, sin embargo, el estándar de conducta es diferente. Bajo la Sección Segunda de la *Sherman Act*, una sola empresa sólo es responsable de sus prácticas de exclusión injustificada contra los rivales o competidores potenciales. Por el contrario, en la Sección Uno, un *joint venture* o cártel es responde por conducta monopólica cuando sus miembros injustificadamente reducen la producción y aumentan el precio, si existe o no una conducta excluyente procesable.

Como la historia de la doctrina de la conspiración intra empresas indica, que la doctrina se desarrolló en un ambiente en el que según las reglas *per se* son mucho más agresivas y de alcance mucho más amplio que en la actualidad. Ser demasiada

²⁹⁴ Christopher R. Leslie, *Tying Conspiracies*, 48 Wm. & Mary L. Rev. 2247 (2007) (defendiendo la ilegalidad *per se* para las conspiraciones atadas).

²⁹⁵ Ver Fleischer, *supra* note 279 (realizando este argumento sobre MasterCard IPO).

amplia la constatación de una "conspiración" dentro de una empresa de negocio tradicional puede significar que el comportamiento de negocios perfectamente benignos podría convertirse en una violación antimonopólica. Pero en los últimos veinticinco años se ha visto una contracción considerable de las reglas *per se* y una amplia expansión de la regla de la razón. En casos como *American Needle*, *Topco*, y *Seely*, que implican tanto restricciones corporativas impuestas

a las empresas independientes y a los *joint ventures* con un potencial de integración importante, el más sólido enfoque es velos como la participación tanto de la actividad de colaboración y restricciones auxiliares para las cuales la regla de la razón es la adecuada. Los tribunales deben evaluar los efectos anticompetitivos de las restricciones resultantes, no inmunizarlas de responsabilidad antimonopolio a través de la doctrina de la conspiración intra-empresa.