

Facilidades esenciales^(*)

Abbott B. Lipsky, Jr.

Abogado. Ex-asistente del Fiscal General de la División de Libre Competencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América.

J. Gregory Sidak

Abogado. Miembro F.K. Weyerhaeuser en Derecho y Economía del American Enterprise Institute for Public Policy Research. *Senior Lecturer* de la Facultad de Administración de la Universidad de Yale. Ex-asistente del Consejo General de la Comisión Federal de Telecomunicaciones de los Estados Unidos de América.

Introducción.

Una idea recurrente en el esquema del Derecho de la Libre Competencia de William Baxter⁽ⁱ⁾, expresada tanto en los salones de clase como en las cortes, era la de que, para estar legitimada, una teoría de Libre Competencia debe concebir remedios que sean tanto factibles de administrar por las cortes, como viables para optimizar el bienestar del consumidor. Como Asistente del Fiscal General, por ejemplo, Baxter abandonó el caso de monopolización *IBM* por considerarlo impracticable⁽¹⁾, resolvió el caso *AT&T* dividiendo el Sistema Bell⁽²⁾, e introdujo lineamientos

de fusiones que promovían, ante todo, que las partes llegaran a un acuerdo respecto de las *divestitures*⁽ⁱⁱ⁾ que fuera necesario hacer de aquellos negocios que se encontrarán en competencia⁽³⁾.

Con la intención de enfatizar que las reglas de responsabilidad y los remedios deben compartir una misma lógica económica, y que las cortes no deben ser compelidas a convertirse de facto en organismos reguladores, en el presente artículo examinamos un aspecto de la doctrina de la Libre Competencia que no ha hecho sino crecer en importancia desde que Baxter tomó la decisión de dividir el Sistema Bell. El clamor por remedios de “acceso mandatorio” en el Derecho

(*) Publicado originalmente bajo el título de *Essential Facilities*. En: *Stanford Law Review*. Vol. 51 (1999). pp. 1187- 1249. La traducción del presente texto, con autorización expresa de los autores y de *Stanford Law Review*, estuvo a cargo de Valery Vicente Valcárcel y Mario Zúñiga Palomino, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de la Asociación Civil *Ius et Veritas*, bajo la supervisión de Fernando Cáceres Freyre, abogado y profesor adjunto de Derecho de la Libre Competencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Agradecemos especialmente a Brian Fried, asistente de Gregory Sidak y miembro del American Enterprise Institute for Public Policy Research, por colaborar en la gestión de la autorización de *Stanford Law Review*.

En algunos casos, se ha mantenido en inglés y entre paréntesis los términos traducidos. En casos en los que una mayor explicación resultó necesaria, se ha incluido notas de traducción señaladas con números romanos, a efectos de facilitar y enriquecer la lectura del texto. En las notas a pie de página se ha mantenido el formato de citación de la versión original del artículo.

(i) Nota de los traductores: William F. Baxter, Jr. (1929-1998) fue profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford y Asistente del Fiscal General del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América a cargo de la División de Libre Competencia de 1981 a 1983. En dicho cargo, Baxter resolvió dos de los casos más sonados en la historia de los litigios de Libre Competencia en dicho país: el caso *AT&T* y el caso *IBM*.

(1) “El señor Baxter (...) sostuvo que aun asumiendo que el gobierno pudiera probar la responsabilidad de IBM, nada asegura que una solución adecuada pueda ser alcanzada”. *In re International Bus. Mach. Corp.*, 687 F.2d 591, 594 (2d Cir. 1982).

(2) Ver: *Modification of Final Judgment*, reimpresso en *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131, 226-34 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001 (1983).

(ii) Nota de los traductores: la expresión hace referencia al tipo de sanción más radical utilizado (aunque con poca frecuencia) por las autoridades de Libre Competencia estadounidenses, consistente en la división de una empresa en dos o más, con la finalidad de reducir su cuota (o poder) en determinados mercados. Para mayor información sobre la *divestiture*, sugerimos ver el reporte elaborado por la Federal Trade Commission: <http://www.ftc.gov/opa/1999/08/divestreport.htm>.

(3) DIVISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Merger Guidelines*, 47 Fed. Reg. 28,492 (1982), reimpresso en 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,102.

de la Libre Competencia, a menudo pero no siempre expresado bajo la rúbrica de la doctrina de las “facilidades esenciales”, ha crecido constantemente desde que Baxter ocupó el cargo de Asistente del Fiscal General en la División de Libre Competencia del Departamento de Justicia. La más importante manifestación de esa corriente hoy en día, aunque quizás no su punto final, es el proceso que actualmente se sigue contra Microsoft Corporation, ampliamente considerado como el caso de Libre Competencia más significativo iniciado por el Gobierno Federal desde los casos *IBM* y *AT&T*, en los que Baxter dejó su marca 17 años antes. El presente artículo, por lo tanto, constituye un merecido tributo a la contribución que hizo William Baxter a la teoría y práctica del Derecho de la Libre Competencia, consistente en evaluar, con el escepticismo con el que él nos enseñó a sus alumnos, la lógica y límites de los remedios de “acceso mandatorio” en el Derecho de la Libre Competencia.

En 1889, el connotado financista Jay Gould organizó una coalición para adquirir facilidades ferroviarias dentro y en los alrededores de St. Louis, Missouri. La aventura de Gould abarcaba ya tres diferentes medios para cruzar el Mississippi cuando el Gobierno -finalmente- decidió demandar por violaciones a la Libre Competencia a la coalición (demanda de la que resultó el caso *United States v. Terminal Railroad Association*⁽⁴⁾). Aun después de que Gould hubo obtenido el control de cada medio para cruzar el río, sus ansias de poder se encontraban aún lejos de su meta. En esta unión ferroviaria regional y transcontinental terminaban veinticuatro líneas independientes -la mitad en los acantilados que conformaban la orilla del Mississippi correspondiente a St. Louis, y la otra mitad en el llano de St. Louis Este, Illinois, en la orilla opuesta-. El grupo de Gould, que era propietario de sólo 14 de las 24 líneas, adquirió todas las facilidades ferroviarias de ambos lados del río: terminales y almacenes, túneles y vías que bajaban desde los altos acantilados en la orilla del Mississippi correspondiente a Missouri hasta el río que corría debajo.

En resumen, dicha adquisición dio a Gould total control sobre las facilidades necesarias para poder

cargar y descargar equipaje o pasajeros en cualquier lugar dentro del área de St. Louis y St. Louis Este, así como para poder llevar cualquier cosa o persona a través del Mississippi. Dado que los activos bajo el control de Gould eran absolutamente indispensables para los ferrocarriles de la región, y considerando la importancia de los ferrocarriles para el transporte de carga y pasajeros dentro de esa área, resulta difícil imaginar actualmente una concentración empresarial que pueda alcanzar un impacto similar. Tal vez la unificación bajo un control común de las carreteras, puentes, facilidades ferroviarias, aeropuertos y las calles de St. Louis y St. Louis Este podría alcanzar tal impacto actualmente.

Los resultados concretos del poder de tal concentración empresarial eran predecibles: la concentración fue capaz de imponer tarifas *premium* al tráfico que se movía tanto al interior de St. Louis como a través de él; limitado, este último, por la existencia de un puente ferroviario ubicado aproximadamente 285 millas al sur, en Memphis, Tennessee. Estas tarifas fueron impuestas en la forma de cargos complementarios denominados “arbitrios” (*arbitraries*). El término sugiere la probable actitud de las partes más afectadas por la situación, concretamente, los ferrocarriles que dependían de esas facilidades y que no formaban parte del grupo de Gould.

En 1905, el Gobierno Federal interpuso una demanda solicitando, de conformidad con las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*⁽⁵⁾, la disolución de la Asociación y que se restaure la competencia entre las distintas entidades unificadas por Gould. Sin embargo, en 1912 la Corte Suprema encontró mérito en el argumento del demandado según el cual la consolidación de las facilidades de terminales dentro de este enorme complejo de transportes permitiría una mayor eficiencia en la coordinación de las operaciones ferroviarias. En línea con lo anterior, la Corte sostuvo que no se requeriría la disolución a menos que las partes no estuvieran de acuerdo con un remedio menor que aquél⁽⁶⁾. Este remedio supondría que la Asociación admita que cualquier organización ferroviaria acceda a la propiedad de las facilidades, bajo los mismos términos

(4) 224 U.S. 383 (1912). Para una revisión exhaustiva de los hechos del caso *Terminal Railroad*, ver: REIFFEN, David y Andrew N. KLEIT, *Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly?*, 33 J.L. & Econ. 419 (1990) (analizando los hechos del caso *Terminal Railroad* y concluyendo que el monopolio era uno de tipo horizontal, lo que no apoyaba la teoría de daños competitivos producto de integraciones verticales).

(5) *Sherman Act* del 2 de julio de 1890, Chapter 647, §§ 1, 2, 26 Stat. 209 (una versión actualizada se encuentra codificada como 15 U.S.C. §§ 1, 2 (1994 & Supp. 1997)).

(6) Ver: 224 U.S., 412-413.

y condiciones que las organizaciones ferroviarias ya aliadas a Gould. Además, las organizaciones ferroviarias que desearan usar las facilidades de la Asociación sin convertirse en propietarios, tendrían que pagar tarifas por su uso que colocarían “a cada compañía en un plano similar (...) que el ocupado por las compañías miembro de la Asociación”⁽⁷⁾. La Corte no dio mayor explicación sobre los criterios en base a los cuales las tarifas serían calculadas.

Por lo tanto, la competencia que había existido antes de la consolidación efectuada por Gould de varias compañías de terminales independientes y de otros operadores de facilidades ferroviarias, pudo haber sido reestablecida mediante un mandato de *divestiture*. En lugar de reactivar la competencia extinguida por Gould, sin embargo, la Corte emitió un mandato que requirió la regulación de: (i) los términos y condiciones de la propiedad dentro del monopolio establecido por la consolidación; y, (ii) la relación entre las tarifas y los términos de uso aplicados a los propietarios y a aquéllos aplicados a quienes no eran propietarios de las facilidades del monopolio.

El principio legal establecido en el caso *Terminal Railroad* -la doctrina de las facilidades esenciales- es actualmente explicado en términos convincentes por su simplicidad: un monopolista que controla una facilidad esencial para otros competidores, debe permitir que éstos accedan razonablemente a ella, siempre y cuando ello sea factible. Este principio ha sido aplicado a facilidades de mercados centralizados tales como la Bolsa de Valores de New York⁽⁸⁾, el mercado de venta al por mayor de Providence, Long Island⁽⁹⁾, la múltiple relación de servicios de bienes raíces residenciales⁽¹⁰⁾, el sistema computarizado de reservas de aerolíneas⁽¹¹⁾, redes ferroviarias modernas⁽¹²⁾, redes de distribución eléctrica regionales⁽¹³⁾, tuberías de gas natural⁽¹⁴⁾, tuberías y facilidades de almacenamiento de petróleo⁽¹⁵⁾, un muelle municipal⁽¹⁶⁾, un terminal aéreo⁽¹⁷⁾, estadios de fútbol americano y básquetbol⁽¹⁸⁾, y a las facilidades de interruptores y transmisión de alcance nacional que alguna vez conformaron la red de telefonía local del Sistema Bell⁽¹⁹⁾. Creativos abogados que ejercen el Derecho de la Libre Competencia han intentado aplicar dicha doctrina a un igualmente

(7) *Ibid.*, 411.

(8) Ver: *Silver v. New York Stock Exch.*, 373 U.S. 341 (1963).

(9) Ver: *Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Bldg., Inc.*, 194 F.2d 484 (1st Cir. 1952), *certiorari* denegado, 344 U.S. 817 (1952).

(10) Ver: *Montgomery County Assoc. of Realtors, Inc. v. Realty Photo Master Corp.*, 878 F. Supp. 804 (D. Md. 1995); *Supermarket of Homes, Inc. v. San Fernando Valley Bd. of Realtors*, 1983-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 65,718 (C.D. Cal. 1983).

(11) Ver: *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991), *certiorari* denegado, 503 U.S. 977 (1992).

(12) Ver: *Delaware & Hudson Ry. Co. v. Consolidated Rail Corp.*, 902 F.2d 174 (2d Cir. 1990), *certiorari* denegado, 500 U.S. 928 (1991); *Laurel Sand & Gravel Inc. v. CSX Transp. Inc.*, 704 F. Supp. 1309 (D. Md. 1989), *aff'd*, 924 F.2d 539 (4th Cir. 1991).

(13) Ver: *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973); *City of Anaheim v. Southern Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373 (9th Cir. 1992); *City of Vernon, Cal. v. Southern Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1361 (9th Cir. 1992), *certiorari* denegado, 506 U.S. 908 (1992); *City of Malden, Mo. v. Union Elec. Co.*, 887 F.2d 157 (8th Cir. 1989); *City of Mishawaka, Ind. v. American Elec. Power Co.*, 616 F.2d 976 (7th Cir. 1980), *certiorari* denegado, 449 U.S. 1096 (1981); *Alameda Mall, Inc. v. Houston Lighting & Power Co.*, 615 F.2d 343 (5th Cir. 1980), *certiorari* denegado, 449 U.S. 870 (1980); *TEC Cogeneration, Inc. v. Florida Power & Light Co.*, 1994-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 70,564 (S.D. Fla. 1994); *Florida Cities v. Florida Power & Light Co.*, 525 F. Supp. 1000 (S.D. Fla. 1981); *Town of Massena v. Niagara Mohawk Corp.*, 1980-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 63,526 (N.D.N.Y. 1980).

(14) Ver: *City of Chanute v. Williams Natural Gas Co.*, 955 F.2d 641 (10th Cir. 1992), *certiorari* denegado, 506 U.S. 831 (1992); *Illinois ex rel. Burris v. Panhandle E. Pipeline Co.*, 935 F.2d 1469 (7th Cir. 1991), *certiorari* denegado, 502 U.S. 1094 (1992); *Garshman v. Universal Resources Holding, Inc.*, 824 F.2d 223 (3d Cir. 1987); *Consul Ltd. v. Transco Energy Co.*, 805 F.2d 490 (4th Cir. 1986), *certiorari* denegado, 481 U.S. 1050 (1987); *Consolidated Gas Co. v. City Gas Co.*, 665 F. Supp. 1493 (S.D. Fla. 1987).

(15) Ver: *Florida Fuels v. Belcher Oil Co.*, 717 F. Supp. 1528 (S.D. Fla. 1989).

(16) Ver: *Driscoll v. City of New York*, 650 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1987).

(17) Ver: *Interface Group, Inc. v. Massachusetts Port Auth.*, 816 F.2d 9 (1st Cir. 1987).

(18) Ver: *Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce, Inc.*, 848 F.2d 976 (9th Cir. 1988); *Flip Side Productions, Inc. v. Jam Productions, Ltd.*, 843 F.2d 1024 (7th Cir.), *certiorari* denegado, 488 U.S. 909 (1988); *Fishman v. Wirtz*, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986); *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977), *certiorari* denegado, 436 U.S. 956 (1978); *Elliott v. United Center, No. 95- C5440*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 1177 (N.D. Ill. Feb. 2, 1996); *Hart Productions, Inc. v. Greater Cincinnati Convention and Visitors Bureau*, 1990-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,233 (S.D. Ohio 1990); *United States Football League v. National Football League*, 634 F. Supp. 1155 (S.D.N.Y. 1986).

(19) Ver: *MCI Comm. Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), *certiorari* denegado, 464 U.S. 891 (1983); *Bell Atl. Corp. v. MFS Communications Co.*, 901 F. Supp. 835 (D. Del. 1995).

extenso conjunto de *items*: hospitales⁽²⁰⁾, montañas de esquí⁽²¹⁾, refrescos⁽²²⁾, tarjetas de crédito⁽²³⁾, la industria lechera⁽²⁴⁾, televisión por cable⁽²⁵⁾, la industria de corretaje de apartamentos rentados⁽²⁶⁾, los vuelos de carga directos entre New York y San Juan, Puerto Rico⁽²⁷⁾, la titularidad sobre franquicias de la Liga Nacional de Fútbol⁽²⁸⁾, a distribuidores de publicaciones y periódicos⁽²⁹⁾, la lista de vendedores dispuestos a proveer terminales de teletipo compatibles con la red de servicios de teletipo de Western Union⁽³⁰⁾, la transmisión electrónica de anuncios a periódicos⁽³¹⁾, una lista de la clasificación de negocios en la que cada anunciante en las Páginas Amarillas de Miami, Florida gasta la mayor cantidad de dinero cada año⁽³²⁾, una membresía en una asociación de tasadores⁽³³⁾, redes

portadoras de larga distancia para llamadas efectuadas desde teléfonos públicos en Puerto Rico⁽³⁴⁾, servicio de larga distancia celular⁽³⁵⁾, facilidades de microondas para comunicaciones internacionales⁽³⁶⁾, el mercado de cuidado de la salud del hogar⁽³⁷⁾, bandas de resistencia y tubería para equipamiento de ejercicios⁽³⁸⁾, el mercado de lignito⁽³⁹⁾, y los microprocesadores de alta performance Intel⁽⁴⁰⁾.

Aunque la doctrina de las facilidades esenciales ha sido blanco de algunas críticas distinguidas⁽⁴¹⁾, el remedio del "acceso mandatorio" ha disfrutado de una persistente e incluso creciente popularidad, a pesar de ser -casi con seguridad-, prácticamente inaplicable en la mayoría de los casos. En la Parte I del presente artículo, describimos la evolución de la doctrina luego

- (20) Ver: *Schueler v. Norman*, 1995-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,065 (8th Cir. 1995); *Willman v. Heartland Hosp. E.*, 34 F.3d 605 (8th Cir. 1994); *McKenzie v. Mercy Hosp.*, 854 F.2d 365 (10th Cir. 1988); *Delaware Health Care, Inc. v. MCD Holding Co.*, 893 F. Supp. 1279 (D. Del. 1995); *Leak v. Grant Med. Ctr.*, 893 F. Supp. 757 (S.D. Ohio 1995); *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 881 F. Supp. 1309 (W.D. Wis. 1994); *Rea v. Hospital Corp. of Am.*, 892 F. Supp. 821 (N.D. Tex. 1993); *Castelli v. Meadville Med. Ctr.*, 702 F. Supp. 1201 (W.D. Pa. 1988), *aff'd*, 872 F.2d 411 (3d Cir. 1989); *Registered Physical Therapists, Inc. v. Intermountain Health Care, Inc.*, 1988-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 68,233 (D. Utah 1988); *McMorris v. Williamsport Hosp.*, 1984-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 66,252 (M.D. Pa. 1984); *Konik v. Champlain Valley Physicians Hosp. Med. Ctr.*, 561 F. Supp. 700 (N.D.N.Y. 1983), *aff'd*, 733 F.2d 1007 (2d Cir. 1984), *certiorari* denegado, 469 U.S. 884 (1984); *Pontius v. Children's Hosp.*, 552 F. Supp. 1352 (W.D. Pa. 1982).
- (21) Ver: *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509 (10th Cir. 1984), confirmada, con distintos fundamentos, 472 U.S. 585 (1985).
- (22) Ver: *Sun Dun v. Coca-Cola Co.*, 740 F. Supp. 381 (D. Md. 1990).
- (23) Ver: *SCFC ILC, Inc. v. VISA USA, Inc.*, 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994).
- (24) Ver: *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt Ltd.*, No. 92-2469, 1995 U.S. Dist. LEXIS 10310 (D.N.J. May 8, 1995).
- (25) Ver: *Templin v. Times Mirror Cable Television, Inc.*, 1995-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,040 (9th Cir. 1995).
- (26) Ver: *Valet Apartment Servs., Inc. v. Atlanta J. & Const.*, 865 F. Supp. 828 (N.D. Ga. 1994).
- (27) Ver: *Century Air Freight, Inc. v. American Airlines, Inc.*, 597 F. Supp. 564 (S.D.N.Y. 1984).
- (28) Ver: *Mid-South Grizzlies v. National Football League*, 550 F. Supp. 558 (E.D. Pa. 1982), *aff'd*, 720 F.2d 772 (3d Cir. 1983), *certiorari* denegado, 467 U.S. 1215 (1984).
- (29) Ver: *Twin Labs, Inc. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566 (2d Cir. 1990); *Byars v. Bluff City News Co.*, 683 F.2d 981 (6th Cir. 1982); *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979); *Soap Opera Now, Inc. v. Network Publ'g Corp.*, 737 F. Supp. 1338 (S.D.N.Y. 1990); *Colonial Penn Group, Inc. v. American Ass'n of Retired Persons*, 698 F. Supp. 69 (E.D. Pa. 1988), *aff'd*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991), *certiorari* denegado, 503 U.S. 977 (1992).
- (30) Ver: *Olympia Equip. Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986), *certiorari* denegado, 480 U.S. 934 (1987).
- (31) Ver: *AD/SAT v. Associated Press*, 920 F. Supp. 1287 (S.D.N.Y. 1996); *Paddock Publications, Inc. v. Chicago Tribune*, 1995-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,255 (N.D. Ill. 1995).
- (32) Ver: *BellSouth Adver. & Pub. Corp. v. Donnelly Info. Pub., Inc.*, 719 F. Supp. 1551 (S.D. Fla. 1988), *aff'd*, 933 F.2d 952 (11th Cir. 1991), *certiorari* denegado, 510 U.S. 1101 (1994). Para otros casos relacionados con directorios telefónicos, ver: *Illinois Bell Tel. Co. v. Haines & Co.*, 905 F.2d 1081 (7th Cir. 1990), *vacated*, 499 U.S. 944 (1991); *Directory Sales Management Corp. v. Ohio Bell Tel. Co.*, 833 F.2d 606 (6th Cir. 1987); *Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publications, Inc.*, 737 F. Supp. 610 (D. Kan. 1990), *rev'd*, 957 F.2d 765 (10th Cir. 1992), *certiorari* denegado, 506 U.S. 984 (1992); *White Directory of Rochester, Inc. v. Rochester Tel. Corp.*, 714 F. Supp. 65 (W.D.N.Y. 1989).
- (33) Ver: *National Ass'n of Review Appraisers & Mortgage Underwriters, Inc. v. Appraisal Found.*, 64 F.3d 1130 (8th Cir. 1995).
- (34) Ver: *SAS of Puerto Rico, Inc. v. Puerto Rico Tel. Co.*, 48 F.3d 39 (1st Cir. 1995).
- (35) Ver: *United States v. Western Elec. Co.*, 890 F. Supp. 1 (D.D.C. 1995).
- (36) Ver: *Caribbean Broad. Sys., Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080 (D.C. Cir. 1998).
- (37) Ver: *American Health Sys., Inc. v. Visiting Nurse Ass'n*, 1994-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 70,633 (E.D. Pa. 1994).
- (38) Ver: *Fabrication Enters., Inc. v. Hygenic Corp.*, 848 F. Supp. 1156 (S.D.N.Y. 1994).
- (39) Ver: *TCA Bldg. Co. v. Northwestern Resources Co.*, 861 F. Supp. 1366 (S.D. Tex. 1994).
- (40) Ver: *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,126 (N.D. Ala. 1998).
- (41) Ver, por ejemplo, BAKER, Donald I., *Compulsory Access to Network Joint Ventures Under the Sherman Act: Rules or Roulette?*, 1993 Utah L. Rev. 999 (argumentando que el problema conceptual central del acceso mandatorio es que ordenar

del caso *Terminal Railroad*. Aunque las cortes se han negado a extender la doctrina de las facilidades esenciales a una variedad de facilidades y situaciones, ninguna ha establecido justificaciones específicas para esas limitaciones. Por lo tanto, intentaremos definir los límites de la doctrina de las facilidades esenciales analizando sus raíces históricas, sus aplicaciones judiciales y su relación con el Derecho de Libre Competencia.

La Parte 2 relaciona la doctrina de las facilidades esenciales con los conceptos tradicionales de la monopolización y establece la correlación entre el concepto de facilidad esencial y un bien público⁽ⁱⁱⁱ⁾ o “monopolio natural”. La equivalencia de dichos conceptos demuestra que los remedios en casos que involucren facilidades esenciales necesariamente requieren alguna forma de regulación. En otras palabras, por hipótesis, ningún remedio de acceso mandatorio puede eliminar el monopolio en cuestión. Una vez identificado dicho monopolio, el rol de la “regulación judicial” (a través de una sentencia que haga las veces de un acuerdo entre las partes) en los casos de facilidades esenciales puede ser evaluado bajo los mismos estándares que se aplican a otras formas de control público de los monopolios naturales. La tesis central que se deriva de este análisis es que una regulación judicial acertada de las facilidades esenciales requiere una evaluación de la complejidad de administrar el remedio propuesto. Tres conclusiones específicas se desprenden de este análisis: en primer lugar, imponer demasiadas restricciones a los propietarios de las facilidades esenciales deviene en un remedio judicial ineficaz. En segundo lugar, la doctrina de las facilidades esenciales no tiene una aplicación apropiada en los casos que involucren derechos de propiedad intelectual. En tercer lugar, la mayor probabilidad de que la doctrina de las facilidades

esenciales sea útil se presenta cuando ella se aplica a una facilidad monopolizada y compartida por numerosos competidores, casos en los que los demandantes buscan acceder a la facilidad esencial en términos y condiciones idénticos a aquellos ofrecidos a los usuarios ya existentes y, además, sólo en los casos en los que las facilidades en cuestión tengan un exceso de capacidad.

En la Parte 3, examinaremos el actual litigio que el Gobierno sigue contra Microsoft Corporation. El 18 de mayo de 1998, el Departamento de Justicia y los fiscales generales de veinte Estados interpusieron demandas de Libre Competencia contra Microsoft⁽⁴²⁾. En su parte central, las demandas sostienen que las prácticas de Microsoft concernientes a su propio Internet Explorer y a otros exploradores de Internet (particularmente Netscape Navigator), están diseñadas para frustrar el desarrollo de un nuevo sistema operativo para computadoras personales que pueda debilitar la posición preeminente que actualmente ocupa el Windows de Microsoft. A grandes rasgos, el Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales buscan dos clases de remedios mandatorios^(iv) contra Microsoft. El primero es el acceso mandatorio de los competidores de Microsoft a su plataforma Windows. El segundo es el mandato para “desatar” (*unbundling*) los productos de Microsoft, de tal manera que cada uno pueda ofrecerse en venta independientemente, en términos aceptables para las autoridades de Libre Competencia⁽⁴³⁾.

Examinaremos el primer tipo de remedio mandatorio, el acceso mandatorio, que no fue caracterizado explícitamente como una aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales por los demandantes del caso *Microsoft*. En realidad, el término “facilidad esencial” no aparece en ninguna demanda. Demostraremos, además, que el remedio de acceso mandatorio acarrea

a dos negocios en competencia colaborar entre sí resulta inútil); AREEDA, Philip E. *Essential Facilities: An Epithet In Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust L.J. 841 (1990) (argumentado que ningún caso revisado por la Corte Suprema ha provisto una justificación consistente para la doctrina de las facilidades esenciales ni ha explorado los costos y beneficios sociales, o los costos administrativos de requerir al creador de un activo compartir éste con sus competidores).

(iii) Nota de los traductores: por la expresión “*public utility*” en el original. A lo largo del presente artículo hemos traducido el término como bien público, servicio público o empresa de servicios públicos, dependiendo del contexto. En general, el término hace referencia a todo bien, facilidad o servicio que es de uso general y satisface una necesidad primordial. El término “*utility*” a secas puede ser traducido como “bien” o “servicio”.

(42) *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232 (D.D.C. archivado el 18 de mayo de 1998); *New York ex rel. Vacco v. Microsoft Corp.*, No. 98-1233 (D.D.C. archivado el 18 de mayo de 1998).

(iv) Nota de los traductores: por la expresión “*injunctive remedies*” en el original, que designa las órdenes judiciales que decretan la abstención o ejecución de una conducta específica.

(43) Esto además de otros remedios que las autoridades federales y estatales de Libre Competencia han solicitado se apliquen a Microsoft, como, por ejemplo, la prohibición de celebrar determinados contratos de exclusividad. Ver: *Complaint, Prayer for Relief* ¶ 2, *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232 (D.D.C. archivado el 18 de mayo de 1998) [en lo sucesivo, el “*DOJ Prayer for Relief*”].

dos problemas de naturaleza constitucional, así como un problema (no evidente) desde el punto de vista de la teoría de precios. Para evitar expropiaciones^(v) no compensadas, en violación de la Cláusula de Expropiaciones de la Quinta Enmienda^(vi), una Corte que ordene tal acceso mandatorio tendría que enfrentarse al complejo problema de determinar el precio de dicho acceso. En tal sentido, el caso *Microsoft* engloba la dificultad que siempre ha debido enfrentar la doctrina de las facilidades esenciales. Adicionalmente, dado que la plataforma de Windows puede ser considerada como un *forum* para la comunicación, el acceso ordenado por una corte a esta plataforma puede asimilarse a una forma de “difusión obligatoria”^(vii). Por lo tanto, la Primera Enmienda^(viii) provee una segunda limitación constitucional a la aplicación de remedios de acceso mandatorio, cuando la forma de comercio en cuestión implica expresiones.

Concluimos que los remedios de acceso mandatorio, como es el caso de la doctrina de las facilidades esenciales, no calzan adecuadamente dentro del Derecho de la Libre Competencia. Son competencia de los organismos reguladores, no de las cortes. Las cortes y la División de Libre Competencia no deben tratar de crear a través de mandatos o de sentencias que simulen acuerdos entre las partes lo que el Congreso y las legislaturas estatales no han querido crear a través de una agencia regulatoria.

1. Origen y desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales.

El término “facilidad esencial” no aparece en ninguna decisión judicial reportada hasta 1977⁽⁴⁴⁾. Unos pocos de los primeros casos, sin embargo, proveen el

Las cortes americanas han ordenado el acceso a facilidades consideradas “esenciales” sólo en un pequeño número de casos. Las cortes han sido reacias a aplicar remedios de acceso mandatorio quizás porque no se han sentido competentes para prescribir y monitorear los precios, términos y condiciones de dicho acceso.

fundamento de la doctrina de las facilidades esenciales y explican su evolución.

1.1. *Terminal Railroad*.

Los hechos más saltantes del caso *Terminal Railroad* fueron descritos anteriormente. Después de que la demanda del gobierno fuera rechazada sin ninguna opinión por una Corte de Circuito dividida, la Corte Suprema revocó la decisión, sosteniendo que la concentración había violado las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*⁽⁴⁵⁾. Una vez que se comprende la naturaleza de las facilidades, esta conclusión aparece para el actual analista de Libre Competencia como inevitable. La evidente coordinación entre las numerosas entidades independientes dentro del grupo Gould claramente proveían el grado de concertación necesario para determinar la existencia de una conspiración o acuerdo, y el obvio resultado fue el de crear una combinación con el poder colectivo de exigir

(v) Nota de los traductores: por el término “*takings of property*” en el original. El *Common Law* contempla otro tipo de “*takings*” que podrían definirse en general, como cualquier tipo de medida que limite los derechos que el propietario de un bien puede ejercer sobre éste. Así, por ejemplo, se contemplan también “*takings of use*” (que serían una especie de mandatos para ceder en uso la totalidad o parte de un bien) o “*regulatory takings*” (ver la nota de los traductores (xiii)). Para un estudio extenso del tema ver: EPSTEIN, Richard A. *Takings: private property and the power of eminent domain*. (1985).

(vi) Nota de los traductores: la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que “(a) ninguna persona se le privará de la vida, la libertad o bienes sino por medio del debido procedimiento legal; **ni se podrá disponer de la propiedad privada para uso público sin la debida indemnización**”. (El énfasis es nuestro).

(vii) Nota de los traductores: por la expresión “*compelled speech*” en el original, que designa a cualquier tipo de expresión, discurso o difusión de determinado mensaje que un sujeto se ve obligado a realizar mediante una norma legal o decisión judicial.

(viii) Nota de los traductores: la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que “El Congreso no podrá aprobar ninguna ley por la cual se establezca determinada religión, o se prohíba el libre ejercicio de una de ellas. **Tampoco aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra y de prensa**, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de cualquier agravio”. (El énfasis es nuestro).

(44) El término fue definido por primera vez en las publicitadas opiniones del caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977), *certiorari* denegado, 436 U.S. 956 (1978).

(45) Ver: *United States v. Terminal R.R. Ass'n*, 224 U.S. 383, 410 (1912).

substanciales rentas monopólicas de aquellos que dependían de las facilidades involucradas. Aparentemente, también se habrían cumplido los requisitos para determinar la existencia de una conspiración para monopolizar, según la definición de la Sección 2: la combinación alcanzó poder monopólico a través de la adquisición de facilidades de gran alcance e importancia para una variedad de servicios de transporte -servicios que eran por sí solos vitales para casi todas las facetas de la actividad económica en esa región y en esa época.

Como hemos sugerido, *Terminal Railroad* es particularmente importante dado el remedio que la Corte específicamente declinó adoptar. La competencia previamente existente entre las compañías de terminales ferroviarios y entre las entidades que controlaban los diversos medios de cruce del Mississippi, pudo ser restaurada por un mandato de *divestiture*. Si dicha competencia pudo haber sido restaurada, parece obvio que esta medida pudo haber sido preferible desde una perspectiva de bienestar del consumidor, antes que confiar en un remedio que requiere la creación de un mecanismo permanente para controlar el indiscutible poder monopólico de la combinación, monitoreando continuamente y ajustando las tarifas, términos y condiciones de la propiedad y uso. Un remedio estructural probablemente hubiese obviado la necesidad de supervisión judicial continua de cualquier clase.

Hay pocos indicios de la visión que la Corte adoptó respecto a esta interrogante. Sin embargo, la Corte, aparentemente creyó que era innecesario sacrificar la eficiencia alcanzable mediante la operación conjunta de las diversas facilidades. Su caracterización de la infracción anticipa firmemente el remedio que finalmente decretó: “cuando, como en el presente caso, las condiciones inherentes son suficientes para prohibir cualquier otro medio de entrada a la ciudad, la combinación de todas estas facilidades bajo la propiedad exclusiva y el control de menos de la totalidad de las compañías obligadas a usarlas viola tanto la primera como la segunda Sección [de la *Sherman Act*]”⁽⁴⁶⁾. No queda muy claro, sin embargo, si es que la Corte percibió que, al requerir tanto la obligación de compartir la propiedad como igualdad en las tarifas cobradas a los propietarios y los no-propietarios, su

mandato iba a requerir un grado de monitoreo continuo de los términos y condiciones de la propiedad y uso. La más firme evidencia de que no lo hizo así, es la instrucción de la Corte de que cualquier orden formulada acorde con su mandato debería contener una renuncia de cualquier intención de afectar de cualquier manera la competencia de la Comisión Interestatal de Comercio (ICC, por sus siglas en inglés) de regular las tarifas y servicios ferroviarios⁽⁴⁷⁾.

Por lo tanto, pareciera que la Corte no consideró el mandato desde el punto de vista de la simplicidad en la administración judicial, porque no vio el rol de la regulación como una responsabilidad judicial. La Corte se reservó el poder de revisar el mandato que efectivamente aplicó, pero no parecía considerar la naturaleza del remedio ordenado como un reto significativo a la competencia de la administración competente. Por el contrario, parecía que la Corte asumía que las responsabilidades judiciales y regulatorias podían ser claramente divididas y adecuadamente ejercitadas -las primeras mediante la dación de un orden consistente con el mandato, y las segundas por la ICC. Tal y como resultó, sin embargo, las disputas concernientes a la interpretación del mandato requirieron la específica atención de la Corte en por lo menos tres ocasiones sub-siguientes, la última en 1924 -diecinueve años después del primer reclamo del gobierno y treinta y cinco años después de la formación de la Asociación⁽⁴⁸⁾.

Luego de una breve disputa jurisdiccional ocasionada por la reorganización de las cortes federales de primera instancia, la Corte afrontó en 1913 un reto por parte del gobierno hacia la estructura fundamental del mandato⁽⁴⁹⁾. El gobierno de los Estados Unidos había insistido en que la compañía de terminales estuviera prohibida de involucrarse en cualquier negocio que no fuera la provisión del servicio de terminales. Específicamente, el mandato prohibía a la compañía proveer transporte ferroviario. La premisa para esta prohibición yacía, aparentemente, en la creencia de la Corte de que esto podría prevenir la explotación por parte de la Asociación de su poder monopólico, incluyendo cobros exorbitantes por los servicios del terminal como parte de las tarifas del transporte ferroviario. Además, el gobierno insistió en

(46) *Ibid.*, 409.

(47) Ver: *ibid.*, 412.

(48) Los tres casos son: *Ex parte United States*, 226 U.S. 420 (1913); *Terminal R.R. Ass'n v. United States*, 236 U.S. 194 (1915); and *Terminal R.R. Ass'n v. United States*, 266 U.S. 17 (1924).

(49) *Ex parte United States*, 226 U.S., 420.

una provisión que hubiera podido permitir la regulación de las tarifas en el terminal. Al no obtener el consentimiento de los demandados a tales términos, el gobierno solicitó el remedio contemplado en caso de desacuerdo -es decir, la disolución de la combinación⁽⁵⁰⁾.

La Corte rechazó todos los argumentos del Gobierno. Dado que la Corte no había encontrado nada ilegal acerca de los esfuerzos de la combinación para comprometerse en negocios de terminales, entendió que el mandato debía permitirle a la Asociación proveer transporte ferroviario que se origine, mueva y termine en sus propias líneas⁽⁵¹⁾. La Corte rechazó aun más la sugerencia de proveer tarifas reguladas, dado que consideró que esto habría causado que el mandato fuera "totalmente contrario" a la competencia delegada a la ICC para regular las tarifas ferroviarias⁽⁵²⁾. Como el Gobierno no llegó a un acuerdo con las otras partes, la Corte interpretó el término "partes" de forma tal que incluyese sólo a los demandados⁽⁵³⁾.

En una apelación posterior de una moción para adjudicar ciertas vías férreas en aplicación del mandato *Terminal Railroad*, se solicitó a la Corte Suprema resolver una disputa entre los miembros de la Asociación cuyas líneas terminaban en el lado oeste del Mississippi y aquellos cuyas líneas terminaban en el lado este⁽⁵⁴⁾. Surgió una disputa para determinar qué tren requería pagar "cargos por transferencia" por el tráfico en dirección oeste. Nuevamente la Corte se rehusó a permitir que el mandato fuera utilizado para determinar tarifas judicialmente, caracterizando cualquier interferencia con tarifas como una función regulatoria delegada a la ICC⁽⁵⁵⁾. No habiendo encontrado fundamento en el mandato para cualquier requerimiento particular relacionado con cargos de transferencia, la Corte sostuvo que no podía sustentarse ninguna acción respecto al pago o no pago de tales cargos⁽⁵⁶⁾. Las líneas del lado oeste tendrían que obtener un remedio, de ser el caso, de la ICC.

En suma, el caso *Terminal Railroad* permitió que un problema de monopolio se resuelva no por un

remedio estructural que pudo haber restaurado la competencia activa, sino requiriendo acceso universal a la combinación existente. En el momento de su primera decisión, en 1912, la Corte no pareció estar aplicando un mandato que proveyera la base para una intervención judicial continua. A pesar de que subsecuentemente la Corte expresó su preocupación acerca de usurpar responsabilidades legislativas⁽⁵⁷⁾, no tomó conciencia, ni parecía reconocer, que el mandato en efecto hacía responsable a la administración judicial de la ejecución de la ley con respecto a un significativo problema en la industria del transporte americano de la época, así como la modificación del juicio final colocó a la administración judicial en un rol regulatorio sobre el Sistema Bell entre la *divestiture* de AT&T⁽⁵⁸⁾ y la aprobación de la *Telecommunications Act* de 1996⁽⁵⁹⁾. Tal vez estos problemas regulatorios no fueron del todo previstos, pero la evidencia sugiere que la Corte esperó que la regulación de la ICC sea la adecuada para ese propósito. En cualquier caso, la Corte rechazó tajantemente permitirse o permitir que su propio mandato resolviera disputas sobre la determinación de las tarifas.

1.2. *Associated Press*.

El segundo caso de la Corte Suprema que ha sido citado como perteneciente a la doctrina de las facilidades esenciales es *Associated Press v. United States*⁽⁶⁰⁾. La Associated Press (AP) era un *joint venture* de aproximadamente 1,200 de los principales diarios de circulación general en Estados Unidos y similar a las organizaciones de recopilación de noticias alrededor del mundo. Los miembros estaban obligados a compartir sus historias originales con la Asociación; en contraprestación ellos obtenían acceso a las historias de los otros miembros, y a las noticias obtenidas directamente por el equipo de AP. Las normas de la Asociación permitían que cualquier miembro activo pudiera vetar la solicitud de membresía de sus competidores. Así, por ejemplo, un diario metropolitano podía prevenir el ingreso a AP de cualquier otro diario de la misma área metropolitana

(50) Ver *Terminal Railroad*, 236 U.S., 202.

(51) Ver: *ibid.*, 205-07.

(52) Ver: *ibid.*, 207.

(53) Ver: *ibid.*, 202-03.

(54) Ver: *Terminal Railroad*, 266 U.S., 27.

(55) Ver: *ibid.*, 30-31.

(56) Ver: *ibid.*, 31.

(57) Ver: *id.*, 30.

(58) *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131, 225-34 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001 (1983).

(59) Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

que pretendiera participar. Esta regla aseguraba que el miembro sea el único diario con las noticias de AP en ese mercado.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos denunció que el estatuto de la AP violaba la *Sherman Act*, argumentando que constituía un acuerdo ilícito *per se* de acuerdo a la Sección 1, y un intento de monopolización. La moción del gobierno de un proceso sumario provocó una opinión por parte del juez Learned Hand (en ese entonces Juez distrital) que creó muchas complejidades en el análisis de los temas básicos de Libre Competencia. La Corte suscribió la moción del gobierno en el extremo referido a la Sección 1, pero no decidió a favor del Gobierno sobre la base de ninguna teoría concerniente a la monopolización. Dada la existencia de otros servicios de cable similares (United Press International, por ejemplo), hubo una discusión fáctica con relación a la posesión o no de poder monopólico por parte de AP.

Por lo tanto, el caso *AP* llegó a la Corte Suprema en apelación directa por ser un caso que involucraba un acuerdo entre entidades que no estaban en competencia, y cuyos poderes de mercado colectivos (si es que tuviesen alguno) tenían que ser ignorados en el contexto procedimental usual de una demanda que pretenda ser exitosa en lograr un fallo sumario sobre la base de otra pretensión. Para la mayoría de la Corte, la restricción constituía un ejercicio no permitido del poder colectivo de la combinación⁽⁶¹⁾. Dado que el veto, al parecer de la Corte, no tenía otro propósito legítimo que no sea proteger a los miembros de AP de sus competidores locales, la restricción fue considerada ilegal a pesar de que se tuvo que asumir que los miembros de AP no podían colectivamente ejercer poder monopólico⁽⁶²⁾.

Los jueces discordantes se enfocaron en lo que temían fueran varias insostenibles pero necesarias implicancias de la decisión. Los contratos de exclusividad para la recolección de noticias eran comunes y ellos parecían ser claramente permisibles para las partes sin poder de mercado; por lo tanto, condenar la exclusividad de un arreglo de recolección

de noticias entre partes que, como hipótesis, carecían de poder monopólico, parecía amenazar incluso al más inocente arreglo entre editores y reporteros⁽⁶³⁾. Además, una vez que el poder del veto fue eliminado, no quedó claro cómo AP podría excluir a cualquiera que pretenda acceder a la membresía, o sobre qué base dicha exclusión podría ser realizada lícitamente. Por ello, todo esto parecía poner en peligro los tan comunes acuerdos de exclusividad⁽⁶⁴⁾.

Así como en el caso *Terminal Railroad*, la mayoría de la Corte en el caso *AP* no encontró la necesidad de regular procedimientos posteriores para supervisar la implementación de igualdad competitiva o términos de propiedad para los miembros de la unión empresarial. La Corte simplemente requirió la supresión de la parte del acuerdo que discriminaba a participantes potenciales sobre la base de su estatus de competidores de los miembros de la unión empresarial. Los jueces que emitieron voto en discordia, sin embargo, reconocieron que la eliminación de la exclusividad simplemente requeriría su formulación sobre alguna otra base. Ellos rechazaron incluso este limitado grado de intervención judicial temiendo que esto pueda requerir el arbitraje de otros criterios de admisión con más ambiguos propósitos y efectos. Esta posibilidad constituyó una especialmente seria preocupación habida cuenta de la importancia de la AP para la industria de periódicos, y el interés de la Primera Enmienda en evitar la intervención del gobierno en la prensa.

Dado que el juicio sumario fue denegado en el extremo de la demanda referido al intento de monopolización, el caso *AP* debió ser restringido al extremo de la demanda referido a la colusión. La opinión de la mayoría enfatizó que el acuerdo que impedía el ingreso de competidores locales era una manifestación del poder colectivo de los miembros de AP, antes que de los individuales y unilaterales esfuerzos de cada miembro. Esta era, sin embargo, una demanda inusual en la que los supuestos conspiradores no competían entre sí; la competencia directa, “cuerpo a cuerpo”, entre los diarios de circulación general se estaba tornando cada vez más rara, y era característico que

(60) 326 U.S. 1 (1945).

(61) Ver: *ibid.*, 26 (destacando que, “para efectos prácticos, subsistían barreras efectivas para la admisión a la AP basadas solamente en la competencia entre negocios”).

(62) Ver: *ibid.*, 12-13 (determinando que “las ordenanzas de la AP obstaculizaron y restringieron la venta de noticias interestatales a medios externos a la asociación que competían con miembros de ésta”).

(63) Ver: *ibid.*, 49-52 (voto en discordia del Juez Murphy) (argumentando que la mayoría estaba usando la *Sherman Act* para declarar la ilicitud de una “ventaja competitiva razonable”).

(64) Ver: *ibid.*, 54-57 (voto en discordia del Juez Murphy) (“argumentando que los demandantes no hicieron más que ejercitar su derecho a escoger arbitrariamente a sus propios asociados”).

los mercados abastecidos por los miembros de AP no coincidieran directamente. De hecho, el veto a los competidores había funcionado para asegurar tal propósito.

Muchas otras justificaciones que no fueron expresadas en la decisión del caso AP pueden ser destacadas. El caso *Terminal Railroad* ciertamente no puede proporcionar las bases centrales de la decisión, dado que, en el contexto del caso AP se asumió la no existencia del elemento del poder monopólico -tan abrumador en el primer caso. Sin embargo, al igual que en el primer caso, sólo existían tres posibles servicios de noticias de un alcance geográfico comparable y AP parecía ser líder en tamaño y prestigio. Por lo tanto, el caso AP puede ser visto como una reacción a un grado de poder de mercado que parecía obvio para la Corte aún cuando dicho poder de mercado legalmente no podía ser parte de la justificación expresa de la decisión.

El caso AP puede también ser considerado como antecedente de dos posteriores innovaciones en el Derecho de la Libre Competencia -ambas ahora largamente abandonadas-, en las cuales las consideraciones del poder de mercado tienden a ser suprimidas: 1) hostilidad con respecto a conductas unilaterales injustificadas que infrinjan daño a determinadas empresas sin amenazar la supervivencia de la competencia activa en el mercado relevante; y, 2) la aplicación de reglas que presuman la ilegalidad de acuerdos que impliquen una integración solo parcial de distintas entidades de negocio. La primera es mejor ilustrada por la apreciación minoritaria -ahora rechazada por la Corte Suprema⁽⁶⁵⁾- de que las conductas

anticompetitivas unilaterales pueden ser condenadas como un intento de monopolización aún cuando se demuestre que la parte tiene una cuota de mercado insuficiente para justificar un temor razonable de que su conducta pueda permitirle obtener poder monopólico⁽⁶⁶⁾.

La segunda innovación, también en declive, es ilustrada por decisiones que rechazaron reconocer varias justificaciones (mayor eficiencia productiva, mayor habilidad para competir con grandes empresas, prevención de problemas de *free-riding*^(ix), entre otros) para la colaboración entre firmas que de otro modo hubieran sido independientes, y que rechazaron el imponer el requisito de poder de mercado para condenar dichas integraciones parciales⁽⁶⁷⁾. Sin embargo, la validez de dichas decisiones es ahora considerada como altamente cuestionable, y una corte ha establecido que éstas han sido dejadas sin efecto en el extremo que condenaron dichos acuerdos sin tomar en cuenta el poder de mercado y los efectos anticompetitivos reales⁽⁶⁸⁾.

En resumen, el caso AP calza incómodamente -si es que acaso lo hace- dentro de la concepción ordinaria de la doctrina de las facilidades esenciales. El punto inicial para el *leading case* de las facilidades esenciales, *Terminal Railroad*, es el abrumador poder monopólico ostentado por una combinación con “evidentes ventajas” de integración. El primer elemento estaba necesariamente ausente en el caso AP. El caso es difícil de entender desde nuestra actual perspectiva dado que su soporte doctrinario ha pasado por un ciclo completo de crecimiento y declive desde que la Corte expidió la decisión en 1945.

(65) Ver: *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456 (1993) (destacando que “la conducta de una sola firma, regida por la sección 2 de la *Sherman Act*, ‘es ilícita sólo cuando pretende una monopolización’” (citando el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 767 (1984)).

(66) Comparar *United States v. Empire Gas Corp.*, 537 F.2d 296 (8th Cir. 1976), *certiorari* denegado, 429 U.S. 1122 (1977) (sosteniendo que, en un Mercado altamente competitivo, las conductas predatorias unilaterales no son perseguibles), con *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981), *certiorari* denegado, 459 U.S. 825 (1982) (determinando que el “intento de monopolización” (*attempted monopolization*) puede ser demostrado indiciariamente, si se ha demostrado ya una conducta predatoria).

(ix) Nota de los traductores: el término “*free-riding*” es una expresión que podría traducirse literalmente como “viaje gratis” y se utiliza comúnmente para hacer referencia a aquellas situaciones en las que una empresa (o individuo) se beneficia de las acciones o esfuerzos de otra, sin pagar ni compartir los costos en que esta última incurre.

(67) Ver, por ejemplo, *United States v. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596 (1972) (sosteniendo que las divisiones territoriales de Topco contribuían a una integración horizontal y, por lo tanto, eran *per se* ilícitas); *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967) (sosteniendo que los acuerdos de exclusividad territorial de Sealy contribuían a una integración horizontal y, por lo tanto, eran *per se* ilícitos).

(68) Ver: *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 226 (D.C. Cir. 1986) (Juez Bork) (“Un examen de las más recientes decisiones de la Corte Suprema, como las de los casos *Topco* y *Sealy*, demuestra sin embargo que se tiende a considerar que todas las restricciones horizontales son ilegales *per se*, deben ser consideradas prohibidas”), *certiorari* denegado, 479 U.S. 1033 (1987).

1.3. *Gamco*.

Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc.⁽⁶⁹⁾, de 1952, es otro antiguo caso citado como fuente de la doctrina de las facilidades esenciales. La facilidad involucrada era un edificio, junto con un camino aledaño y accesos ferroviarios, que fue construido para servir como mercado centralizado para la venta al por mayor de productos frescos en Providence, Rhode Island. El edificio, según fue descrito, tenía 3 almacenes y una longitud de cerca de mil (1,000) pies. El demandante, un productor y comercializador, excluido del uso del mercado centralizado alegó que había sido excluido injustificadamente del uso de esta facilidad, y que dicha exclusión había paralizado su negocio de producción. En apelación, la Corte de Circuito requirió al almacén proveer las facilidades al demandante excluido en los mismos términos y condiciones que otros usuarios de la facilidad⁽⁷⁰⁾.

Para la Corte de Circuito, la justificación de los demandados para la expulsión -la dudosa solvencia de los demandantes- parecía un pretexto⁽⁷¹⁾, y revirtió el fallo de la Corte inferior a favor de los demandados. La referida Corte se pronunció sobre el tipo de justificaciones que podría ser razonable adoptar para justificar la exclusión de una facilidad como la del caso en cuestión: “las limitaciones del edificio generan poder monopólico en los demandados, pero ellos no pueden estar obligados a hacer lo imposible para admitir indiscriminadamente a todo aquel que solicite acceso. Por lo tanto, criterios razonables de selección, como por ejemplo, la falta de espacio disponible, dudosa solvencia, o posiblemente un nivel bajo de estándares éticos y de negocio, no violarían los estándares de la *Sherman Act*”⁽⁷²⁾.

La Corte, sin embargo, no fue requerida para evaluar la razonabilidad de los criterios de admisión al edificio.

Tanto el elemento del poder monopólico como el elemento de las “evidentes ventajas de la unificación” están claros en el caso *Gamco*. Como otras facilidades en el mercado a las que se ha aplicado los principios de la monopolización, la eficiencia de permitir la operación colectiva de mercados centralizados -para valores, bienes raíces residenciales o frutas y vegetales- parece

indiscutible. Además, en el caso *Gamco* la Corte no pareció necesitar definir los términos y condiciones de la propiedad para establecer “igualdad” entre los usuarios propietarios o no propietarios, o supervisar los requerimientos para el uso compartido de la facilidad en cuestión, dado que el demandante estuvo intentando obtener acceso a la facilidad en los mismos términos y condiciones que los otros usuarios, de acuerdo a las reglas existentes de organización. El demandante buscaba la aplicación de las reglas existentes y no intentaba obtener un nuevo derecho de acceso o cambiar las reglas como en los casos *AP* o *Terminal Railroad*.

También era claro en el caso *Gamco* que, a diferencia de lo sucedido en el caso *AP*, no existían justificaciones legítimas para la exclusividad entre los usuarios de la facilidad. La función básica del almacén era servir a todos los distribuidores de Rhode Island. Las economías de escala favorecían la centralización del mercado; la propiedad abierta era enteramente consistente con la efectiva performance de esa básica función y las reglas de la organización contemplaban la propiedad abierta. Lo mismo no puede sostenerse respecto del caso *AP*, en el que conceder membresía a cualquiera habría destruido la naturaleza básica de dicha organización.

Pero, más aun, en el caso *Gamco* la producción se habría expandido al permitir al demandante el acceso a la facilidad. Los compradores minoristas de productos frescos dentro y en los alrededores de Providence habrían enfrentado una mayor oferta marginal y un menor precio marginal en virtud de la existencia de un competidor más en el mercado centralizado. A diferencia del caso *Terminal Railroad*, en el caso *Gamco* la facilidad en cuestión parece no haber estado siendo usada a su plena capacidad. A diferencia del caso *AP*, que involucraba la producción de propiedad intelectual y por lo tanto conllevaba problemas de *free-riding* dentro del mercado geográfico dado, el caso *Gamco* involucraba un bien común con consumo mutuamente exclusivo (consumo rival).

1.4. *Hecht*.

El primer precedente autoritativo de la doctrina de las facilidades esenciales, *in haec verba*, ocurre en

(69) 194 F.2d 484 (1st Cir.), *certiorari* denegado, 344 U.S. 817 (1952).

(70) Ver: *ibid.*, 489.

(71) Ver: *ibid.*, 488 (determinando que “los demandados no pudieron demostrar que el fundamento de sus conductas (...) era inocente de la consideración económica alegada”).

(72) *Ibid.*, 487.

1977, en el caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*⁽⁷³⁾ En ese caso, un fallido postor de una franquicia para la liga de fútbol americano de Washington D.C. alegó que la autoridad pública que controlaba el único estadio de fútbol disponible en el área, el *Robert F. Kennedy Stadium* (RFK), había bloqueado su intento de entrada al mercado mediante la inclusión de una cláusula de exclusividad en los contratos con los Washington Redskins, titulares de la franquicia local de la Liga Nacional de Fútbol. Siguiendo el veredicto del jurado a favor del demandado, la Corte de Circuito de Washington D.C. sostuvo que el demandante había tenido derecho a una instrucción sobre la base de la doctrina de las facilidades esenciales y, por lo tanto, revocó el fallo de primera instancia. Describió el estándar legal relevante como sigue: “Hecht pidió una instrucción en la que si el jurado hallaba 1) que el uso del estadio RFK era esencial para operar un equipo profesional de fútbol en Washington; 2) que tales facilidades no podrían en la práctica ser duplicadas por potenciales competidores; 3) que otro equipo podría usar el estadio RFK en ausencia de los Redskins sin interferir con su uso; y, 4) que la cláusula de exclusividad impediría el uso razonable del estadio RFK por parte de potenciales competidores; entonces el jurado debería considerar la cláusula de exclusividad como una restricción no razonable al comercio (...)⁽⁷⁴⁾”.

Casos posteriores que aplicaron la doctrina de las facilidades esenciales han adoptado formulaciones equivalentes a este *test* básico⁽⁷⁵⁾.

El caso *Hecht* involucra la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales a una facilidad que no está en competencia con el usuario que busca acceso. Dado que el caso involucra una facilidad controlada por el Gobierno, es difícil generalizar el resultado de la decisión. Vale la pena observar, sin embargo, que es común el uso de conceptos de monopolio en casos en los que el gobierno concede la exclusividad sobre la facilidad bajo su control a un usuario. Tales decisiones

a menudo son discutidas por otros competidores excluidos de la decisión gubernamental. Este aspecto del caso *Hecht* puede tener especial relevancia en situaciones más comunes fuera de Estados Unidos, donde las empresas públicas operan una facilidad “cuello de botella” (*bottle neck*), como es el caso de las compañías telefónicas, por ejemplo.

Un mayor nivel de complejidad se presenta cuando una corte enfrenta un caso en el que se pide acceso a una facilidad en la que los usuarios no son los propietarios, sino los concesionarios de una facilidad estatal, vendiendo tanto el producto final como la materia prima necesaria para producir tal producto⁽⁷⁶⁾. Consideremos el caso de una aerolínea propietaria del aeropuerto en el área metropolitana. Las complicaciones pueden ser de dos tipos. Primero, donde los usuarios no sean propietarios comunes de la facilidad, puede no ser claro si es que la eficiencia generada por la integración (economías de alcance) entre las dos actividades es suficiente para justificar la conclusión de que es preferible la integración antes que requerir al propietario de la facilidad que provea acceso a los no propietarios. Este problema se dará si el propietario del aeropuerto recibe un pedido de acceso de una potencial aerolínea competidora. Si los nuevos competidores estuvieran dispuestos a usar la facilidad de una manera que no constituya ninguna alteración en su operación -esto es, si el costo marginal de permitir su uso fuese bajo y no requiriese de ninguna inversión adicional de capital en la facilidad- entonces sería difícil justificar la exclusión.

Distinto sería el caso, sin embargo, si el nuevo competidor fuera a hacer diferentes y nuevas demandas en la facilidad. Si el nuevo competidor demanda el uso de aviones que necesitan diferentes medidas en las puertas de acceso, instalaciones de manutención y otras modificaciones adicionales, el costo de hacer estos cambios tendría que ser compensado con la posibilidad de mejorar la performance del mercado “aguas abajo” (*downstream market*)^(x), el mercado de

(73) 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977), *certiorari* denegado, 436 U.S. 956 (1978).

(74) 570 F.2d, 993.

(75) En el proceso iniciado por la empresa MCI contra lo que era el Sistema Bell, la Corte del Séptimo Circuito reformuló el test utilizado en el caso *Hecht* y requirió que, a efectos de determinar la responsabilidad de la demandada, la demandante demostrara los siguientes elementos: “1) control de una facilidad esencial por un monopolista; 2) la incapacidad práctica o irrazonabilidad de duplicar la facilidad esencial; (3) que se haya denegado el uso de la facilidad a un competidor; y, 4) la factibilidad de proveer la facilidad”. *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1982), *certiorari* denegado, 464 U.S. 891 (1983).

(76) Ver, en general, BAUMOL, William J. y J. Gregory SIDAK, *Transmission Pricing and Stranded Costs in the Electric Power Industry* (1995) (aplicando un análisis de facilidades esenciales a la industria de transmisión de energía eléctrica); BAUMOL, William J. y J. Gregory SIDAK, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, 11 Yale J. on Reg. 171 (1994) (aplicando un análisis de facilidades esenciales a la industria de las telecomunicaciones).

(x) Nota de los traductores: la literatura económica suele denominar mercado “aguas abajo” o *downstream market* al mercado

aerolíneas⁽⁷⁷⁾. En ausencia de controles adecuados respecto de la capacidad de la facilidad, y de los precios, términos y condiciones aplicados a los usuarios de la facilidad, tales beneficios podrían ser insignificantes.

Si es posible hacer un juicio respecto de la conveniencia de permitir el acceso de cualquier no propietario, entonces el segundo nivel de complejidad se encuentra en el monitoreo y regulación de los términos y condiciones de uso para tales usuarios no propietarios. Sólo donde tal acceso ha sido concedido, este segundo problema regulatorio se presentará.

El caso *Hecht* planteó estas preguntas en términos relativamente simples. Es razonable, aunque no absolutamente claro, que un estadio de deportes de una gran área metropolitana pudiera acomodar dos franquicias de fútbol profesional. La corte del caso *Hecht* incorporó esta consideración requiriendo una determinación fáctica de la posibilidad de compartir el estadio RFK⁽⁷⁸⁾. La corte ignoró el segundo nivel de complejidad -es decir, el regular los términos y condiciones bajo los cuales el acceso sería consentido a los usuarios. Aunque presumiblemente la Corte podía simplemente ordenar al estadio RFK ofrecer iguales términos y condiciones para todos los usuarios potenciales, tal mandato no habría producido una mejoría en el desempeño si la facilidad hubiera sido sub-valorada (*undersized*) y si no hubiera habido un adecuado control regulatorio respecto de los términos y condiciones de uso.

Algo que nos genera dudas sobre el resultado del caso *Hecht* es la inherente razonabilidad de la afirmación de que un estadio de fútbol puede ser usado por al menos dos equipos. La capacidad de un estadio de fútbol parece responder a consideraciones que van más allá del control de los usuarios o del hecho que el propietario esté localizado en una determinada ciudad. La relación entre el tamaño de la audiencia, los requisitos físicos del juego y la economía de los medios de cobertura masiva podría parecer que dictan restricciones amplias al tamaño de la facilidad. Si el estadio está del todo construido, es usualmente

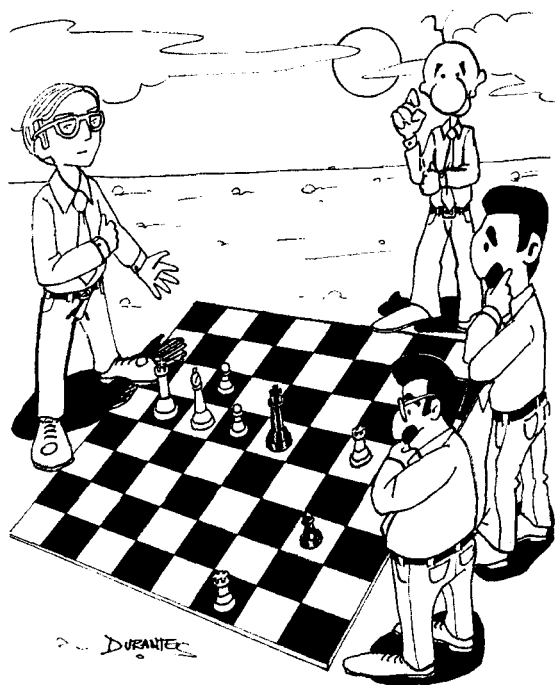
edificado y usado en una escala en la que no es obviamente excluido el uso compartido. Este potencial uso compartido se hace más evidente si la capacidad está definida en términos de frecuencia de uso. Los equipos de fútbol juegan sólo un partido a la semana. Por lo tanto, asumiendo que sólo un partido puede ser jugado por día (debido a razones de mantenimiento y limpieza), el estadio RFK tendría capacidad ociosa los otros seis días, incluyendo por lo menos algún otro día del fin de semana, de día o de noche. En contraste, la capacidad de una tubería, puente o de un almacén de productos parece ser usada más continuamente en términos temporales que la de un estadio de deportes. Por ello, dependiendo del tamaño del mercado, dicha capacidad es utilizada de un modo variable a lo largo del tiempo. En suma, la sub-valoración (*undersizing*) no parece ser un problema serio en los niveles relevantes de producción en las instalaciones deportivas, a diferencia de otras instalaciones que han sido analizadas bajo la doctrina de las facilidades esenciales.

Otros aspectos de los casos de estadios deportivos en general, y del caso *RFK* en particular, sugieren nuevos aspectos que explorar en la línea de este análisis. El estadio RFK aparentemente es operado por una autoridad pública, presumiblemente bajo una base no lucrativa. Si una autoridad pública cobra una tarifa para el uso de la facilidad que sea igual al costo marginal, entonces un remedio de libre competencia como el uso compartido mandatorio (*compulsory sharing*) puede ser complementario en el caso de una facilidad de propiedad pública con exceso de capacidad. Si las condiciones económicas de un espectáculo deportivo u otras circunstancias exógenas determinan que la facilidad tenga una escala suficiente para soportar el uso compartido, entonces la regulación judicial de ambos, el tamaño del estadio y los términos y condiciones de uso, son necesarios si se impone el uso compartido como remedio. Por lo tanto, un análisis completo del caso *Hecht* indica que la doctrina de las facilidades esenciales y el remedio de acceso mandatorio puede tener mucho sentido en la singular

final de un determinado producto, mientras que el mercado “aguas arriba” o *upstream market* sería el mercado del insumo mediante el cual se produce el referido producto.

(77) A través de la promulgación de la *Energy Policy Act* en 1992, el Congreso modificó la sección 211 de la *Federal Power Act* (FPA), a fin de permitir a cualquier generador de electricidad solicitar a la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) el acceso mandatorio a la red de transmisión de una empresa de servicios públicos -es decir, el transporte de energía al por mayor. Ver: 16 U.S.C. § 824j(a) (1994). Además, la sección 211 faculta a la FERC a ordenar “cualquier extensión de la capacidad de transmisión necesaria para proveer el servicio de [transporte de energía]”. Ibid. El Congreso también estableció un criterio para la fijación de los precios de la transmisión, al modificar la sección 212 de la FPA, a fin de requerir que los consumidores del servicio de transporte paguen “todos los costos incurridos en la conexión con los servicios de transmisión y servicios asociados necesarios”. Ibid. § 824k(a).

(78) Ver: 570 F.2d, 993.



circunstancia de 1) una facilidad con un claro exceso de capacidad, y 2) la propiedad pública de la facilidad, que permite su disponibilidad a costo marginal. La autoridad pública, por supuesto, seguirá necesitando recobrar los costos fijos de la facilidad a través de algunos otros mecanismos de financiamiento.

1.5. *Otter Tail*.

Otter Tail Power Co. v. United States⁽⁷⁹⁾, un caso con todas las complejidades no tocadas en el caso *Hecht*, constituye uno de los casos más emblemáticos de la doctrina de las facilidades esenciales. El caso ilustra muchos de los puntos anteriores, concernientes a la relación entre la doctrina de la monopolización, la doctrina de las facilidades esenciales y los costos y beneficios de la regulación judicial. *Otter Tail* era una empresa de servicios eléctricos que operaba una extensa red de transmisión de energía eléctrica en el Medio Oeste superior, y que también generaba y distribuía energía eléctrica al por menor a través de una red de facilidades de generación y líneas de

subtransmisión, respectivamente; (las líneas que conformaban toda la red de *Otter Tail* se extendían desde una fuente principal de energía de alto voltaje donde ésta se generaba hasta comunidades individuales que consumían la energía eléctrica). Luego de algún tiempo, *Otter Tail* se enfrascó en una confrontación legal y económica con muchas comunidades que buscaban evitar las consecuencias de su monopolio en la transmisión. Algunas de las comunidades buscaron construir sus propias facilidades de generación de energía, otras buscaron comprar o construir sus propias líneas de subtransmisión y obtener energía eléctrica a tarifas al por mayor de *Otter Tail* y otras solicitaron que *Otter Tail* acuerde transmitirles energía eléctrica al por mayor -esto es, transmitirles sobre sus propias líneas energía generada por otras facilidades fuera del territorio cubierto por la red de *Otter Tail*. Esta última buscó resistir estos esfuerzos mediante diversas tácticas. Como consecuencia de ello, el Departamento de Justicia demandó a *Otter Tail* alegando monopolización en el mercado de distribución de energía eléctrica mediante el uso ilegal de su poder monopólico en la transmisión de energía.

La Corte de primera instancia se basó en la doctrina de las facilidades esenciales para condenar la conducta de *Otter Tail* bajo la Sección 1 de la *Sherman Act*⁽⁸⁰⁾. En la vista del caso en apelación directa, sin embargo, la Corte Suprema no hizo referencia a dicha doctrina. En lugar de ello, condenó la conducta de *Otter Tail* sobre la base de una teoría de monopolización más general. Pese a ello, el caso *Otter Tail* es algunas veces citado como uno de facilidades esenciales y es muy didáctico analizarlo de tal manera.

El caso *Otter Tail* tiene que ver con una industria en la cual nunca antes había existido el deber de vender energía en los términos y condiciones que fueron solicitados por las municipalidades. Es generalmente admitido que, cuando el caso surgió, la Comisión Federal de Energía (FPC, por sus siglas en inglés) tenía la facultad de ordenar a las empresas de servicios eléctricos establecer conexiones físicas con otras compañías similares, no obstante lo cual no existía ninguna obligación general de proveer el acceso, es decir, de ser un "portador común" (*common carrier*)⁽⁸¹⁾.

(79) 410 U.S. 366 (1973).

(80) Ver: *United States v. Otter Tail Power Co.*, 331 F. Supp. 54, 61 (D. Minn. 1971), modificado, 410 U.S. 366 (1973) (citando la teoría del "cuello de botella").

(81) Ver: SMALL, Michael E., *A Guide to FERC Regulation and Ratemaking of Electric Utilities and other Power Suppliers* 19 & n.36 (3d ed. 1994).

Como en el caso *Terminal Railroad*, la mayoría de la Corte en el caso *Otter Tail* consideró que los problemas regulatorios de aplicar el mandato de transmitir energía recaían entre las responsabilidades de la agencia regulatoria competente⁽⁸²⁾. Esta vez, sin embargo, los jueces que emitieron voto discordante fueron agudamente conscientes de los problemas que la administración judicial puede causar, particularmente en circunstancias en las que la Corte pareció requerir un remedio que la FPC no tenía autoridad para imponer⁽⁸³⁾. La Corte podía ordenar transmitir energía, pero no era claro que la FPC pudiera hacer algo más que tratar de regular las tarifas en las que dicha energía fuera vendida.

Finalmente, el caso *Otter Tail* planteó el problema de la utilización de capacidad, también reconocido por los jueces que votaron en discordia como una potencial maraña judicial⁽⁸⁴⁾. ¿Cómo *Otter Tail* establecería prioridades entre los distintos competidores que demandaban el uso de la red? La opinión de la mayoría no dio pista alguna sobre el particular.

1.6. *Aspen Highlands*.

La decisión de la Corte Suprema en 1985, en el caso *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*⁽⁸⁵⁾, proyecta una gran y desafortunada sombra sobre los casos de la doctrina de las facilidades esenciales. Aunque la Corte no llegó a referirse a la doctrina de las facilidades esenciales en *Aspen Highlands*, las cortes inferiores sí lo hicieron. Además, el razonamiento de la Corte, en base a la Sección 2 de la *Sherman Act*, de la existencia de un deber ocasional de la empresa de asistir a su competidor a través de la realización de *marketing* conjunto, tenía un fuerte aroma a los casos en los que se invocó expresamente la doctrina de las facilidades esenciales.

La decisión de la Corte en *Aspen Highlands* se sostiene en una relación de hechos que generan importantes preguntas acerca del poder monopólico del demandado. A pesar de la existencia de numerosos centros para esquiar en las Montañas Rocosas, Sierra

Nevada y en otras partes, la facilidad esencial alegada en *Aspen Highlands* fue, aunque parezca inverosímil, un trío de montañas. La cuestión era determinar si el propietario de tres de las cuatro mayores facilidades para la práctica del *downhill skiing* en Aspen, Colorado había cometido una monopolización, en los términos de la Sección 2 de la *Sherman Act*, cuando dio por terminado un contrato de *marketing* conjunto con su rival, una empresa más pequeña y propietaria de la facilidad restante⁽⁸⁶⁾. En 1962, tres facilidades para esquiar de propietarios independientes -en las montañas Ajax, Buttermilk y Highlands- que operaban en el área de Aspen, Colorado, introdujeron un pase conjunto a precio de descuento, que servía para cualquiera de las tres montañas y varios días, conocido como el "All-Aspen Ticket"⁽⁸⁷⁾. El All-Aspen Ticket resultaba conveniente para muchos esquiadores que visitaban el lugar por periodos semanales, pero que preferían mantener la opción de escoger en qué montaña querían esquiar cada día⁽⁸⁸⁾.

Para 1967, Aspen Skiing, propietario original de Ajax, ya había adquirido Buttermilk e inaugurado en una zona cercana el área de esquí *Snowmass*. Aspen Skiing y Aspen Highlands acordaron expandir el All-Aspen Ticket a las cuatro áreas. Con el transcurso de los años, fueron implementados varios procedimientos para calcular el número de pases que eran utilizados en cada montaña, y los ingresos provenientes del All-Aspen Ticket eran distribuidos en función a dichos cálculos⁽⁸⁹⁾. En los años 70, la directiva de Aspen Skiing estuvo cada vez más descontenta con el All-Aspen Ticket, e introdujo otro pase múltiple, que servía sólo para sus áreas de esquí. El All-Aspen Ticket, sin embargo se vendió consistentemente más que el pase para las tres áreas de Aspen Skiing en todas las temporadas en que ambos fueron ofrecidos⁽⁹⁰⁾.

En 1977, Aspen Skiing exigió a Aspen Highlands que aceptara un porcentaje fijo de los ingresos del All-Aspen Ticket. Temiendo que se descontinúe la emisión del pase conjunto, Aspen Highlands llegó a aceptar un

(82) Ver: 410 U.S., 381-82.

(83) Ver: *ibid.*, 395 (Jueces Stewart y Burger y voto en discordia del Juez Rehnquist).

(84) Ver: *ibid.*, 391-92.

(85) 472 U.S. 585 (1985).

(86) Ver: *ibid.*, 587.

(87) Ver: *ibid.*, 589.

(88) Ver: *ibid.*, 588.

(89) Ver: *ibid.*, 589. Inicialmente, el All-Aspen Ticket era un folleto conteniendo seis cupones, cada uno de ellos redimible por un ticket diario para cada montaña de esquí. Los ingresos por la venta del All-Aspen Ticket eran distribuidos de acuerdo con el número de cupones de cada montaña. Luego de que el referido pase fuera extendido a cuatro áreas, los ingresos eran divididos en función a una muestra selectiva. Ver: *ibid.*, 590.

(90) Ver: *ibid.*, 590.

porcentaje fijo del 15% para la temporada 1977-1978. La temporada siguiente, sin embargo, Aspen Highlands rechazó una propuesta según la cual recibiría sólo el 12.5% del total de los ingresos del All-Aspen Ticket, porcentaje significativamente por debajo del promedio histórico que solía recibir según el cálculo basado en el uso de cada montaña. Poco después del rechazo de Aspen Highlands, Aspen Skiing se retiró del All-Aspen Ticket⁽⁹¹⁾ y tomó acciones que supuestamente hicieron difícil o económicamente inviable para Aspen Highlands ofrecer independientemente un pase multi-área para esquiar, en lugar del All-Aspen Ticket⁽⁹²⁾. Además, Aspen Skiing lanzó una campaña publicitaria y de *marketing* a nivel nacional que sugería tajantemente que Ajax, Buttermilk y Snowmass eran las únicas montañas para esquiar en Aspen⁽⁹³⁾. Sin los ingresos provenientes del All-Aspen Ticket, y ante la competencia directa de Aspen Skiing, la cuota de Aspen Highlands en el mercado de *downhill skiing* en el área de Aspen cayó de forma constante de un 20.5% en la temporada 1976-1977 a un 11% en la temporada 1980-1981⁽⁹⁴⁾. El desarrollo de facilidades para esquiar adicionales no era factible dada la existencia de barreras gubernamentales y la dificultad para obtener financiamiento importante⁽⁹⁵⁾.

En 1979, Aspen Highlands interpuso una demanda contra Aspen Skiing, y el jurado finalmente encontró que esta última había monopolizado el mercado de servicios de *downhill skiing* de Aspen, violando así la Sección 2 de la *Sherman Act*⁽⁹⁶⁾. La Corte del Décimo Circuito se basó para ello en lo siguiente: 1) el All-Aspen Ticket podría ser caracterizado como una facilidad esencial; y, 2) había suficiente evidencia para concluir que la intención de Aspen Skiing fue la de crear o mantener un monopolio⁽⁹⁷⁾.

En su apelación ante la Corte Suprema, Aspen Skiing no discutió la conclusión de la Corte de distrito de que tenía poder monopolístico en el en el mercado de *downhill skiing* de Aspen. Aun así, la Corte señaló en la primera página de su opinión que la conclusión de que Aspen Skiing poseía poder monopolístico resultaba absurda desde el punto de vista económico: “Aspen es un centro de esquí **de llegada** (*destination ski resort*) (...) con una reputación de ‘nieve fresca’ (*‘super powder’*), ‘diversos tipos de pendientes’ (*‘a wide range of runs’*) y una ‘vida nocturna muy activa’, incluyendo ‘algunos de los mejores restaurantes de Norte América’⁽⁹⁸⁾. En otras palabras, las laderas para esquiar de Aspen no eran llenadas por residentes de la localidad, sino por turistas que viajaban a Aspen luego de escoger dicho lugar entre otros centros de esquí. Por lo tanto, por definición la sustituibilidad en la producción haría que el mercado relevante no se restringa a Aspen, Colorado, sino que incluya un amplio universo de centros de esquí en Estados Unidos, Canadá y tal vez incluso Europa. Ello se sigue de que, si Aspen mismo debe competir contra centros de esquí de todo el mundo, entonces cada operador de centros de esquí de Aspen debe hacer lo mismo. La Corte, por supuesto, no es responsable de señalar a un demandante los mejores argumentos legales posibles. Así, la opinión unánime en el caso *Aspen Highlands* comienza con una afirmación fáctica que, tras un breve análisis, se nos revela sólidamente apoyada en bases económicas⁽⁹⁹⁾.

En lugar de ello, Aspen Skiing insistió en que no había monopolizado el mercado en violación de la Sección 2 de la *Sherman Act*, dado que “incluso una firma con poder monopolístico no tiene un deber genérico de tomar parte en un programa de *marketing* conjunto con un competidor⁽¹⁰⁰⁾. La Corte dio por cierta la premisa

(91) Ver: *ibid.*, 591-93.

(92) Ver: *ibid.*, 593-94. Para la Corte, Aspen Highlands pretendió, sin lograrlo, comprar tickets de Aspen Skiing a tarifas al por mayor y al por menor, así como crear vouchers que sus clientes podrían canjear en las montañas de Aspen Skiing.

(93) Ver: *ibid.*, 593.

(94) Ver: *ibid.*, 594-95.

(95) Ver: *ibid.*, 589.

(96) Ver: *ibid.*, 595. Las instrucciones del jurado explicaban que la determinación de la existencia de una monopolización de acuerdo a lo establecido en la sección 2 de la *Sherman Act* requiere de: “1) la posesión de poder monopolístico en el mercado relevante; y, 2) la voluntaria adquisición, mantenimiento o uso de dicho poder promedios anticompetitivos o exclusionarios o con propósitos anticompetitivos o exclusionarios”. *Ibid.*, 595-96. En lo que se refiere al primer elemento, “el jurado encontró que el mercado de producto relevante era el de ‘*downhill skiing* en centros de esquí de destino’, que el ‘área de Aspen’ era el sub-mercado geográficamente relevante, y que durante los años 1977 a 1981, [Aspen Skiing] poseyó poder monopolístico”. *Ibid.*, 596 n.20. En la parte relevante, las instrucciones del jurado explicaron el segundo elemento en el contexto del caso de la siguiente forma: “si hubieran razones de negocio legítimas para que el monopolista se rehúse a contratar con su competidor, entonces el demandado, aun teniendo poder monopolístico, no ha violado la ley”. *Ibid.*, 597.

(97) *Ibid.*, 599 (citando *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1520-22 (10th Cir. 1984)).

(98) *Ibid.*, 587 (énfasis añadido).

(99) El juez Byron White no participó en la decisión.

(100) *Ibid.*, 600. Aspen Skiing en todo momento sostuvo que no podría ser responsable de haber violado la sección 2 de la *Sherman*

de Aspen Skiing de que incluso un monopolista no tiene un deber genérico de cooperar con sus rivales. La ausencia de un deber de cooperar, sin embargo, no es “incondicional, (...) absoluta o exenta de cualquier regulación”⁽¹⁰¹⁾. Citando ampliamente el caso *Lorain Journal v. United States*⁽¹⁰²⁾, la Corte explicó que el proclamado derecho de los monopolistas a “ejercer su discrecionalidad al escoger las partes con las que contratará” no colisiona con la *Sherman Act* “mientras no haya propósito de crear o mantener un monopolio”⁽¹⁰³⁾.

Desde el punto de vista legal, entonces, una negativa a contratar que surja de un propósito o intento anticompetitivo podría ser evidencia de monopolización⁽¹⁰⁴⁾. La Corte destacó que Aspen Skiing “no rechazó simplemente una idea original para participar en un negocio conjunto (...). Lo que [Aspen Skiing] decidió fue hacer un cambio sustancial en un patrón de distribución que (...) se originó en un mercado competitivo, (...) persistió por muchos años (...) y continuaba proveyendo una interesante opción para los esquiadores (...). Dado que la naturaleza de un mercado fue modificada por la adquisición [de Aspen Skiing] de poder monopólico, (...) la decisión de Aspen Skiing de cancelar el All-Aspen Ticket era entonces una decisión, de parte de un monopolista, de hacer un cambio importante en la naturaleza del mercado”⁽¹⁰⁵⁾.

Por lo tanto, la Corte asumió que, a pesar que Aspen Skiing no necesariamente actuó de modo anticompetitivo o exclusionario al decidir cancelar el All-Aspen Ticket, un jurado podía concluir que no existía una razón de negocio válida para el rechazo de Aspen Skiing a continuar su oferta conjunta con Aspen Highlands⁽¹⁰⁶⁾.

Finalmente, la Corte encontró que los hechos, interpretados más favorablemente en apoyo de la

posición de Aspen Highlands, constituían evidencia adecuada para apoyar el veredicto de monopolización⁽¹⁰⁷⁾. Al llegar a dicha conclusión, la Corte destacó que: 1) la fuerte demanda de los consumidores por el All-Aspen Ticket fue afectada negativamente por la eliminación del valor agregado de dicho pase⁽¹⁰⁸⁾; 2) Aspen Highlands sufrió un constante declive de su cuota de mercado como resultado de la terminación del All-Aspen Ticket, y lo continuó sufriendo cuando Aspen Skiing se rehusó a contratar o cooperar con los esfuerzos independientes de la primera de ofrecer un paquete multi-área alternativo⁽¹⁰⁹⁾; y, 3) Aspen Skiing no logró persuadir al jurado de que tenía alguna justificación válida de negocio para discontinuar el All-Aspen Ticket⁽¹¹⁰⁾. Como resultado de ello, la evidencia apoyó las inferencias de que Aspen Skiing “hizo un esfuerzo deliberado para desincentivar a sus consumidores de contratar con [Aspen Highlands,] (...) que no estaba motivado en razones de eficiencia, y que estaba dirigido a sacrificar beneficios de corto plazo e intercambio de *goodwill* sobre los consumidores a cambio de un patente impacto de largo plazo sobre su rival más pequeño”⁽¹¹¹⁾. Habiéndose basado la Corte del Décimo Circuito en dichos fundamentos, la Corte halló “innecesario considerar la posible relevancia de la doctrina de las ‘facilidades esenciales’ o la algo hipotética pregunta de si una conducta exclusionaria podría constituir un abuso de poder monopólico si está motivada por un propósito anticompetitivo”⁽¹¹²⁾.

La decisión de la Corte en el caso *Aspen Highlands* es destacable porque no hace una sola mención a si había alguna competencia de precios entre los dos operadores de esquí de Aspen. Esta

Act, ya que no realizó ninguna conducta exclusionaria. Esto porque el All-Aspen Ticket no podría ser considerado una “facilidad esencial” y porque “un ‘intento anticompetitivo’ no transforma una conducta no exclusionaria en una monopolización”. *Ibid.*

(101) *Ibid.*, 601-02 (citación omitida).

(102) 342 U.S. 143 (1951). En el caso *Lorain Journal*, la Corte sostuvo que un periódico local, la única empresa de la ciudad involucrada en el negocio de diseminar noticias e información a una comunidad, violó la sección 2 de la *Sherman Act* cuando se rehusó a publicar la publicidad de aquellos que contrataran publicidad en una radio local. Ver: *Aspen Highlands*, 472 U.S. at 601 (discutiendo el caso *Lorain Journal*).

(103) *Aspen Highlands*, 472 U.S. at 602 (citando *Lorain Journal*, 342 U.S. at 155) (énfasis y citación omitidos).

(104) Ver: *Ibid.*, 602.

(105) *Ibid.*, 603-04.

(106) Ver: *ibid.*, 604-05.

(107) Ver: *ibid.*, 611.

(108) Ver: *ibid.*, 605-07.

(109) Ver: *ibid.*, 607-08.

(110) Ver: *ibid.*, 608-11. Para la Corte, Aspen Skiing no podría distinguir las cargas administrativas del programa All-Aspen Ticket de aquellas originadas en otros programas de ticket intercambiables en los que seguiría participando en otros mercados. Ver: *ibid.*, 609.

(111) *Ibid.*, 610-11.

(112) *Ibid.*, 611 n.44.

indeferencia sobre los efectos sobre el bienestar del consumidor del acuerdo de *marketing* conjunto es sorprendente, tomando en cuenta que la Corte había destacado en una nota al pie que el Fiscal General de Colorado había demandado a los dos operadores, afirmando que su acuerdo de reparto de ingresos del All-Aspen Ticket había facilitado una concertación de precios en violación de la Sección 1 de la *Sherman Act*⁽¹¹³⁾. La Corte, en otras palabras, pareció no distinguir los efectos sobre el precio de la rivalidad entre oferentes de centros de *downhill ski* en un mercado geográfico determinado.

2. La relación entre la regulación de los monopolios y la doctrina de las facilidades esenciales.

2.1. Esencialidad, duplicación y poder monopolístico.

Una premisa inherente al concepto de “facilidad esencial” es que el propietario de la facilidad posea poder monopolístico. Los primeros dos elementos de la doctrina, como se articularon en el caso *Hecht*, incorporan este reconocimiento en una variedad de formas. Primero, algún grado de “unicidad” (*uniqueness*) y control de mercado es inherente al término “esencial”. Segundo, la interrogante respecto de la “impracticabilidad” de la duplicación asegura que la doctrina se aplicará sólo en las facilidades donde no es posible la existencia de una alternativa o aquellas que no pueden ser reproducidas. Finalmente, el término “facilidad” por sí mismo connota una estructura física integrada o un activo de gran valor (*large capital asset*) con el grado de ventaja de costos o un carácter único que usualmente confiere poder monopolístico y control de mercado en virtud de la superioridad de los fines para los que fue creada.

El caso *Terminal Railroad* había implicado que el estándar para un caso de facilidades esenciales puede ser la imposibilidad física de duplicar la facilidad. Esta implicancia es demostrada por las referencias de la Corte

a la topografía del lado del río Mississippi hacia St. Louis, donde sólo existía una posible ruta férrea hacia la ciudad⁽¹¹⁴⁾. Casos más recientes, sin embargo han abandonado la idea de que el acceso a la facilidad debe ser un absoluto prerrequisito para participar en el mercado en cuestión. Debe ser “impracticable” el duplicar la facilidad en cuestión, pero no se requiere la imposibilidad. Como la cuestión del poder monopolístico mismo, la “esencialidad” y la “practicabilidad de la duplicación” son cuestiones que pueden depender de la graduabilidad de ambas.

No es apropiado aplicar la doctrina de las facilidades esenciales a circunstancias en las que el propietario de la facilidad carece de poder monopolístico, porque sin poder monopolístico no podrá haber base para la aplicación de los principios y remedios de la Libre Competencia⁽¹¹⁵⁾. Si la facilidad debe competir con otros productores y servicios que son sustitutos efectivos del acceso a la facilidad para obtener usuarios, la disciplina impuesta por tal competencia bastará para controlar la conducta del propietario de tal facilidad. Supongamos, por ejemplo, que una tienda minorista hace una demanda de facilidades esenciales contra el propietario de un centro comercial que se ha rehusado a rentarle un espacio disponible. Si puede demostrarse que existe otro espacio disponible igualmente adecuado para los propósitos del minorista, no habría base para que entre a tallar lo que el Juez Richard A. Posner ha llamado “la gran maquinaria del *enforcement* de la Libre Competencia”⁽¹¹⁶⁾. En ese caso, por hipótesis, el minorista tiene disponibles otras alternativas igualmente buenas.

Habrà, por supuesto, oportunidades en las que la facilidad en cuestión será de alguna manera mejor que las alternativas, pero no tan buena como para impedir totalmente la supervivencia de las partes excluidas de su uso. Este precedente reconoce esa diferencia, y permite la aplicación de la doctrina donde la desventaja competitiva es severa si bien no fatal. En el ejemplo del centro comercial, el minorista puede demandar que el centro comercial es tan superior a locaciones

(113) Ver *ibid.*, 591 n.9.

(114) *United States v. Terminal R.R. Ass'n*, 224 U.S. 383, 395-98 (1912).

(115) En ese sentido, *AT&T Corp. v. Iowa Util. Bd.*, 119 S. Ct. 721 (1999) (Juez Breyer, emitiendo un voto en parte en discordia) (“Y aunque la provision que describe qué elementos deben ser ofrecidos por separado no se refería explícitamente a la análoga doctrina de las facilidades esenciales (una doctrina que esta Corte nunca adoptó), la *Telecommunications Act* de 1996, desde mi punto de vista, impone límites a la facultad de la FCC para obligar a “desatar” productos. En particular, considero que teniendo en cuenta los propósitos de la *Telecommunications Act*, se requiere una explicación convincente de por qué una facilidad debe ser compartidas (o desatadas) allí donde un nuevo entrante debe competir efectivamente sin dicha facilidad, o donde están disponibles alternativas prácticas para aquella”).

(116) *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982).

alternativas -en términos de servicios públicos, acceso a potenciales consumidores, estacionamiento, etcétera- que es imposible que los competidores sobrevivan a menos que obtengan acceso a aquél. Por supuesto que puede ser difícil determinar si la exclusión del uso de una facilidad particular significaría una simple inconveniencia, extinción o algún grado intermedio de daño al competidor excluido. Lo importante no es con qué *test* es más simple juzgar la magnitud de la desventaja de la exclusión. Lo importante es que la pregunta sobre la “esencialidad” y la facilidad de la duplicación -medida tanto por el daño potencial de la exclusión como por el beneficio potencial de la inclusión- no es diferente, y legalmente no debería serlo, de la pregunta de si el poder monopólico está presente en el mercado del servicio que provee la facilidad. Si el competidor excluido tiene alternativas razonables la investigación de Libre Competencia debe terminar.

La relación entre la definición de una facilidad esencial y el análisis del poder monopólico está bien definida en la jurisprudencia, pero las cortes continúan reaccionando ocasionalmente a las demandas de facilidades esenciales con cierta confusión respecto a este elemento. En el caso *Fishman v. Wirtz*⁽¹¹⁷⁾, por ejemplo, se hizo una demanda sobre la injustificada exclusión de un aspirante a una franquicia de básquet profesional del uso de un coliseo de Chicago, por tener un acuerdo de uso exclusivo con otro aspirante para la franquicia. El demandado argumentó que numerosos coliseos estaban disponibles en Chicago para los mismos fines. La Corte rechazó el argumento a la luz de considerable evidencia, como que la Asociación Nacional de Básquetbol consideró las alternativas como inaceptables, y la Corte discutió correctamente este tema en términos de poder monopólico de la facilidad en el mercado de “coliseos de deportes bajo techo adecuados para equipos profesionales de deportes bajo techo de Chicago”⁽¹¹⁸⁾.

Las Cortes ocasionalmente reaccionan frente al aspecto del poder monopólico de un caso de facilidades esenciales sin reconocer conscientemente la importancia del tal elemento. Una corte, por ejemplo, consideró una demanda de un doctor porque un

hospital lo había excluido de la práctica en sus instalaciones, y que la exclusión estaba prohibida porque el hospital era una facilidad esencial, con la obligación de proveer acceso razonable⁽¹¹⁹⁾. La Corte simplemente afirmó que “la doctrina de las facilidades esenciales es inaplicable a decisiones sobre privilegios del personal de un hospital”⁽¹²⁰⁾. Por los hechos relatados en la opinión de la Corte, es evidente que el hospital en cuestión simplemente no gozaba del grado de unicidad que justifica la determinación de poder monopólico, ya que habrían sustitutos adecuados para las facilidades del hospital en esa localidad. Si la Corte hubiese reconocido esta fundamental pero implícita base de la doctrina de las facilidades esenciales, podría haber alcanzado su conclusión con mayor claridad y rapidez.

2.2. ¿Cuál es el mercado “relevante”?

Existe un corolario a la observación de que una facilidad esencial no puede existir a menos que esté presente el poder monopólico: el mercado en el cual el propietario de la facilidad es monopolista debe ser el mercado del servicio que el solicitante excluido está solicitando.

2.2.1. La doctrina jurisprudencial.

En el caso *Lansdale v. Philadelphia Electric Co.*⁽¹²¹⁾, por ejemplo, una ciudad solicitó energía eléctrica al por mayor, a fin de entrar en el negocio de distribución de electricidad para sus residentes. La fuente potencial de energía era un generador eléctrico que proveía a la región geográfica de los alrededores. Tratando de probar su demanda por monopolización, la ciudad se apoyó en la evidencia del poder monopólico del generador eléctrico en el mercado al por menor de energía eléctrica, pero la Corte sostuvo que el único mercado relevante para la demanda era el mercado de energía eléctrica al por mayor⁽¹²²⁾. La ciudad estaba buscando tener acceso a electricidad al por mayor, y si el generador no tenía la capacidad para denegar la venta al por mayor de energía a la ciudad no podría haber base para aplicar los principios de la monopolización a esta conducta. Si el generador eléctrico carecía de poder monopólico al nivel de ventas al por mayor, no podría

(117) 1981-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 64,378 (N.D. Ill. 1981).

(118) *Ibid.* ¶ 74,755

(119) Ver: *Pontius v. Children's Hosp.*, 552 F. Supp. 1352 (W.D. Pa. 1982).

(120) *Ibid.*, 1370.

(121) 692 F.2d 307 (3d Cir. 1982).

(122) Ver: *Ibid.*, 312.

restringir las opciones de la ciudad, sin perjuicio de la presencia o ausencia de poder de mercado en el mercado minorista.

Similar reconocimiento judicial de este elemento está ilustrado en el caso *Drinkwine v. Federated Publication Inc.*⁽¹²³⁾. Aquí el editor de un “shopper” - un tabloide semanal de anuncios- había solicitado y sido rechazado del acceso al derecho distribuir su publicación como un anexo del diario local de circulación general. La Corte había asumido que el diario tenía poder monopólico en el mercado de avisos en periódicos “porque era esencialmente el único diario en el poblado de Ada”⁽¹²⁴⁾. La Corte sostuvo que el mercado relevante era el de distribución de servicios⁽¹²⁵⁾. El editor del *shopper* no estuvo solicitando el derecho para suscribirse al diario del demandado, ni la capacidad para colocar avisos en él, sino el servicio de distribución para el reparto de su publicación a los lectores. Dado que la correspondencia directa y otros métodos alternativos de distribución estaban disponibles, no podían aplicarse los principios de la monopolización. La posibilidad de que un diario tuviese poder monopólico con respecto a otro, con toda una variedad de canales de distribución alternativos, era inmaterial⁽¹²⁶⁾.

2.2.2. La demanda derivada y la identificación errada de facilidades esenciales.

Si en efecto no hay alternativas para la supuesta facilidad esencial, sería apropiado aplicar los principios de la monopolización: tal vez la conducta del dueño de la facilidad pueda ser regulada para mejorar el desempeño del mercado en cuestión, mediante la expansión de la producción. Esta cuestión acerca de alternativas disponibles, es simplemente otro término para denominar el análisis del poder de mercado⁽¹²⁷⁾. La

única diferencia es el nombre, no la esencia. En suma, no debería haber un *test* de “esencialidad” o “practicabilidad de la duplicación” que sea menos riguroso de alguna manera que los *test* ya establecidos para comprobar la existencia del poder de monopólico⁽¹²⁸⁾.

Dado que la existencia de poder monopólico debería ser un prerequisite para cualquier indagación posterior, si dadas las características del mercado no es posible el ejercicio de poder de mercado, deberá excluirse la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Supongamos, por ejemplo, que un oleoducto es el único medio para transportar petróleo de la zona donde se produce a la ciudad en donde se consume. Supongamos, además, que una cierta característica topográfica local imposibilita la construcción de un oleoducto alternativo. En principio, podría parecer que la negativa del propietario del oleoducto a permitir que sus competidores transporten su petróleo a través del oleoducto es un acto de monopolización por simple aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Pero si el petróleo puede ser fácilmente obtenido en la región a través de otros medios, ninguna restricción monopolística en la oferta de transporte de petróleo a través del oleoducto (o un incremento en el precio) sería una alternativa racional o posible en equilibrio. Alternativamente, podría existir una fuente de energía que sea una alternativa razonable para los consumidores de petróleo. En cualquier caso, la consecuencia sería que ninguna forma de transportar el petróleo -sin importar la “facilidad” por la que se provea el transporte- podría servir para ejercer poder de mercado. La demanda por el uso de la infraestructura es una demanda derivada basada en la subyacente demanda del producto final, en este caso, la demanda de energía para consumo final⁽¹²⁹⁾. La demanda derivada

(123) 780 F.2d 735 (9th Cir. 1985), *certiorari* denegado, 475 U.S. 1087 (1986).

(124) Ver: *Ibid.*, 738 n.3.

(125) Ver: *Ibid.*

(126) Ver: *Ibid.*, 740 (“El efecto sobre los consumidores, los comercializadores, no es dañino dado que éstos cuentan con canales alternativos de distribución competitivos”).

(127) Ver: LANDES, William M. y Richard A. POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 Harv. L. Rev. 937 (1981) (ofreciendo un análisis económico formal del poder de mercado que demuestra la dependencia de éste de las elasticidades de demanda y oferta en el mercado relevante). Para un marco analítico similar para el análisis del poder de mercado, ver FISHER, Franklin, *Diagnosing Monopoly*, Q. Rev. Econ. & Bus., Summer 1979, 7.

(128) En efecto, algunas decisiones exigieron muy rigurosamente que se demuestre la existencia de poder monopólico allí donde la doctrina de las facilidades esenciales fue invocada. “Para ser una facilidad esencial (...) la facilidad debe ser efectivamente esencial”. *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1413 (7th Cir. 1995), *certiorari* denegado, 516 U.S. 1184 (1996). El demandante debe demostrar que “el control de la facilidad trae consigo el poder de eliminar la competencia en el mercado ‘aguas abajo’”. *Alaska Airlines v. United Airlines*, 948 F.2d 536, 544 (9th Cir. 1991) (énfasis en el original). En el mismo sentido, *Twin Lab. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566, 569-70 (2d Cir. 1990).

(129) Ver: *Hartigan v. Panhandle E. Pipe Line Co.*, 730 F. Supp. 826, 866 (C.D. Ill. 1990) (definiendo el concepto de “demanda derivada”); *United States v. Standard Oil Co.*, 155 F. Supp. 121, 146 (S.D.N.Y. 1957) (“La demanda de barcos petroleros es

para el uso de la infraestructura no puede otorgar mayor poder de mercado a su propietario que el que existe para el producto final para cuya producción tal recurso sería un insumo. Bajo estas circunstancias no existe base para aplicar los mecanismos del Derecho de la Libre Competencia, porque ningún cambio en la conducta del propietario del recurso aumentaría el bienestar de los consumidores o mejoraría la asignación del recurso. Dedicar los recursos judiciales a la imposición de alguna obligación de compartir constituiría un mero desperdicio de recursos.

2.3. Implicancias prácticas del análisis del poder monopólico.

El análisis precedente ha mostrado una equivalencia entre el elemento “poder monopólico” de la doctrina de la monopolización y los elementos correspondientes de la doctrina de las facilidades esenciales. Tal equivalencia resalta dos principios necesarios para la prudente aplicación de los estándares de la *Sherman Act* a facilidades de gran escala.

En primer lugar, una facilidad no puede ser considerada esencial a menos que no hayan alternativas razonables de cualquier tipo para el servicio provisto por la facilidad. Si el minorista puede mantenerse sin problemas fuera del centro comercial, entonces el propietario del centro comercial carece de poder de mercado sobre los inmuebles y otros servicios asociados con la conveniencia de las tiendas al por menor. Cualquier demanda en base a la *Sherman Act* debería entonces concluir. En segundo lugar, la existencia de otra facilidad equivalente puede excluir la caracterización de tal facilidad como “esencial”. Aun si la admisión a un centro comercial fuera un absoluto prerequisite para el éxito comercial de un minorista, no hay justificación para condenar la exclusión de un minorista de un centro comercial si es que hay otras facilidades con características equivalentes disponible para éste.

Este análisis nos lleva directamente a reconocer que facilidades con características idénticas pueden tener diferentes obligaciones desde el punto de vista de la Libre Competencia (*antitrust obligations*), dependiendo de los sustitutos disponibles para la producción de tales facilidades. El único centro comercial en una localidad aislada geográficamente puede tener obligaciones distintas a las que tendría

una facilidad idéntica ubicada en los suburbios de una metrópolis. Igualmente significativo es el hecho de que una facilidad puede tener diferentes obligaciones según el momento en el que se demande. El primer centro comercial en un área recientemente desarrollada puede tener poder monopólico -lo que significa que la facilidad puede ser considerada como esencial- y, por ende, se le podrían imputar responsabilidades por la exclusión de minoristas en competencia bajo la Sección 2 de la *Sherman Act*. Sin embargo, el mismo centro idéntico puede perder tales obligaciones una vez que, producto del desarrollo normal del mercado y del aumento de su capacidad, se haya generado competencia en el mercado de bienes inmuebles. Lo mismo se puede concluir respecto de puentes ferroviarios, estadios de fútbol y almacenes de producción. Por lo tanto, el propietario de la facilidad es libre -al menos bajo los principios de la Libre Competencia- de rechazar a un usuario una vez que un proveedor rival de la misma clase de facilidad entre en el mercado geográfico. En resumen, la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales **debe tener un límite temporal**, aunque las cortes no se han dado cuenta de esta necesidad.

2.4. Facilidades esenciales y economías de escala.

La sección precedente estableció el estándar del poder monopólico, en los términos de la ley de Libre Competencia, como un umbral mínimo, en el mejor de los casos, para los elementos de “esencialidad” e “impracticabilidad de la duplicación” de la doctrina de las facilidades esenciales. Dicha sección explicó también por qué la doctrina no es aplicable a facilidades que no posean poder monopólico en el mercado relevante. ¿Qué problemas de Libre Competencia surgen cuando una facilidad pasa este fundamental *test* de poder monopólico?

La primera afirmación importante es que las verdaderas facilidades esenciales -esto es, facilidades con poder de mercado en un mercado geográfico y de producto definido- son inherentemente impenetrables a las soluciones fundamentales usualmente ofrecidas por el *enforcement* de la Libre Competencia. El Derecho de Libre Competencia prohíbe y desincentiva conductas que reducen la competencia donde la rivalidad entre oferentes independientes de bienes

una demanda derivada, que refleja los cambios en la demanda del petróleo y sus productos. Un incremento en la demanda de crudo y sus productor normalmente tendría como consecuencia un incremento en la demanda de barcos petroleros y sus tarifas”).

substitutos pueden existir. Si una facilidad es esencial - si su dueño puede ejercitar poder monopólico en el mercado relevante- entonces la competencia en el mercado del servicio provisto por la facilidad sólo puede ser restaurada bajo una única y estrecha condición: que la “facilidad”, si bien bajo control de distintos sujetos, esté en los hechos conformada por un conjunto de competidores. En el típico caso de la doctrina de las facilidades esenciales, aplicar este remedio es imposible, dado que la facilidad en cuestión consiste en una única e integrada unidad funcional, como un estadio o una tubería, cuyas características de costos les dan abrumadoras ventajas sobre sus competidores.

El caso *Terminal Railroad*, en el que numerosas facilidades previamente en competencia unas con otras fueron combinadas bajo un control común, parece ser un caso en el cual podría ser aplicable la excepción. En efecto, la Corte Suprema destacó que, antes de la combinación formada con la Terminal Railroad Association, existían varias compañías administrando terminales, cada una de las cuales se había formado alrededor de uno de los tres concurrentes medios de cruzar el Mississippi⁽¹³⁰⁾. El gobierno solicitó una *divestiture* como remedio, buscando restablecer la competencia que existía antes de la combinación⁽¹³¹⁾. La Corte casi no le dedicó discusión a este remedio, afirmando simplemente que el remedio que ordenó preservaría las “obvias ventajas” de la operación integrada⁽¹³²⁾.

Esta pregunta surgió nuevamente durante el proceso de aplicar el mandato original de la Corte. La Corte preservó la opción de una *divestiture* al ordenar que, si las partes no llegaban a ponerse de acuerdo sobre los aspectos básicos de la propiedad común de la facilidad y sobre las otras cuestiones que requerían una solución, emitiría un mandato para disolver la combinación. Aparentemente el gobierno quedó insatisfecho con el acuerdo al que se llegó, y nuevamente buscó la disolución de la combinación⁽¹³³⁾. Nuevamente, como ya hemos referido, una segunda oportunidad de aplicar una *divestiture* se perdió.

El caso *Terminal Railroad* parece único en este sentido, entre los primeros casos que usualmente se identifica como fuentes de la doctrina de las facilidades esenciales. En el caso *Gamco*, el caso *Hecht*, y una

larga lista de otros casos más recientes en los que se discute y aplica dicha doctrina, el problema de la indivisibilidad parece obvio. Las facilidades involucradas en dichos casos son unidades, únicas y físicamente integradas que no podrían ser divididas (*broken up*) sin destruir su utilidad fundamental.

2.5. Problemas especiales en relación a la propiedad intelectual

Si uno repara en la naturaleza integrada de las facilidades esenciales, el caso *AP* parece ser aun más distinguible del caso *Terminal Railroad* y de otros casos emblemáticos descritos. Aunque la *AP* había sido formada por numerosos periódicos independientes, cada uno compitiendo por lo general en diferentes mercados, el Gobierno nunca pretendió que la combinación fuera disuelta. *AP* era una unidad integrada cuya disolución, o disminución de cobertura geográfica, habría incuestionablemente destruido una de sus características funcionales fundamentales -a saber, la provisión de una fuente integral, y de alcance mundial, de información sobre eventos de actualidad. Hay alguna similitud superficial con el caso *Terminal Railroad* en el cual el remedio tendía a “relajar” las condiciones para ser miembro de la asociación. Sin embargo, el hecho de que la Corte Suprema ordenase a la *AP* a aceptar a todos sus competidores en un régimen de propiedad abierta, habría destruido a la organización, y ni el Gobierno ni la Corte buscaban tal resultado. En efecto, lo inaceptable de un régimen de propiedad abierta para la *AP* parece ser uno de los puntos de consenso entre las cinco opiniones emitidas por los ocho jueces que participaron en la decisión.

El Juez William O. Douglas fue particularmente convincente en este punto. Él estuvo a favor de enfatizar en la decisión del caso *AP* que *Terminal Railroad* no era un precedente aplicable, precisamente porque el elemento del poder monopólico no había sido demostrado en relación a la *AP*⁽¹³⁴⁾. Este análisis parece sugerir que sólo si existiera una fuente integral de información sobre eventos de actualidad a nivel mundial, si dicha organización posee poder monopólico en el mercado de noticias y la información, y además no es posible duplicar las noticias, la propiedad abierta podría ser requerida. Ninguna de las cinco opiniones,

(130) Ver: *United States v. Terminal R.R. Ass'n*, 224 U.S. 383, 392-93 (1912).

(131) Ver: *ibid.*, 409.

(132) Ver: *ibid.*, 410.

(133) Ver: *Terminal R.R. Ass'n v. United States*, 236 U.S. 194, 202 (1915).

(134) 326 U.S. 1, 25 (1945) (voto concurrente del Juez Douglas).

sin embargo, mostró la más mínima intención de aceptar este razonamiento.

En consecuencia, el caso *AP* sugiere que debe prestarse mucha atención en los casos de facilidades esenciales en los que la exclusividad puede ser necesaria para extraer valor de la supuesta “facilidad”. En efecto, todo caso en el que el principal producto de la facilidad sea información o cualquier otra forma de propiedad intelectual parece un pobre candidato para la aplicación de la doctrina. A diferencia de la propiedad sobre bienes materiales, la propiedad intelectual no puede ser usada sin ser revelada o al menos sin una significativa posibilidad de ser revelada. Una vez que es revelada, es muy fácil que otros se apropien de ella y por ende pierde su valor. El propietario de un estadio de fútbol puede asegurar las puertas para mantener fuera de éste a quienes no paguen por el acceso, pero las protecciones a nuevas historias, diseños industriales, o cualquier otra forma de propiedad intelectual son de lejos menos efectivas y raramente pueden ser aplicadas por sus propios titulares (*rarely self-enforcing*). Por lo tanto, para proteger los incentivos para la creación de nuevos conocimientos, el sistema legal da al creador o inventor la habilidad de preservar la exclusividad de dichos conocimientos, o la exclusividad del uso de los mismos.

Una importante, y deseable, característica de los sistemas legales que protegen la propiedad intelectual es que las “recompensas” a la creatividad son proporcionales al valor de la creación: un invento que hace posible un gran ahorro en costos, o que genera nuevos productos ampliamente preferidos por los consumidores, permitirá al inventor percibir un gran “recompensa” financiera, mientras que las creaciones insignificantes recibirán una mucho menor. Esta correspondencia tiende a conducir los esfuerzos inventivos por vías muy útiles. Este deseable rasgo de las patentes, derechos de autor y otros tipos de propiedad intelectual requiere la tolerancia al poder monopólico en aquellos raros casos en los que una única creación es suficiente para conferir tal poder al propietario de los derechos de exclusiva sobre la creación. Esto nos hace preguntarnos también si el propietario de la creación está percibiendo verdaderos ingresos desde el punto de vista económico o si simplemente está percibiendo, en los hechos, el retorno

de “cuasi-ingresos” asociados a la inversión en actividades inventivas⁽¹³⁵⁾.

El análisis expuesto demuestra por qué la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales a la propiedad intelectual es totalmente contraria a la política de patentes, derechos de autor y otros sistemas legales relacionados. La doctrina de las facilidades esenciales es, ante todo, una regla legal que permite que se compartan facilidades mandatoriamente y que se obligue a contratar. Sólo esta característica es ya inconsistente con la exclusividad que es necesaria para preservar los incentivos para crear, mecanismo operativo central del Derecho de la Propiedad Intelectual en una economía de mercado. Por lo demás, es muy probable que la doctrina de las facilidades esenciales atente contra la propiedad intelectual precisamente en aquellas circunstancias en las que esto sería menos defendible: bajo la doctrina de las facilidades esenciales, mientras más único, valioso y difícil de duplicar es un invento, mayor es la obligación de compartirlo. En resumen, los principios que informan la doctrina de las facilidades esenciales, son inherentemente inconsistentes con la protección a la propiedad intelectual.

2.6. Facilidades esenciales y monopolios naturales.

Nuestro análisis, hasta ahora, ha aislado diversas circunstancias en las que sería inapropiado aplicar la doctrina de las facilidades esenciales. En primer lugar, cuando el propietario de la facilidad no tiene poder monopólico, no hay razones para una intervención del Derecho de la Libre Competencia de ninguna clase. El estándar para identificar una “facilidad esencial” debería ser al menos tan estricto como aquél empleado para probar la existencia de poder de mercado.

En segundo lugar, los casos en los que la “facilidad” no es una unidad única e indivisible, sino un conjunto de unidades potencialmente independientes y posiblemente en competencia, no debería aplicarse una regla de uso compartido obligatorio. En lugar de ello, deberían aplicarse remedios estructurales, como una *divestiture*, que buscan restaurar las condiciones de un mercado competitivo restaurando la propia competencia. No hay necesidad de un mecanismo regulatorio para simular condiciones

(135) Ver: SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract: the Competitive Transformation of Network Industries in the United States* 423-25 (1998) (explicando que mientras las operaciones de una empresa entén en marcha, las decisiones de inversión estarán basadas en los ingresos. Luego de que las inversiones sean irre recuperables, se basarán en “cuasi-ingresos”).

competitivas cuando un remedio distinto y más directo nos puede proveer de verdadera competencia.

Finalmente, la doctrina de las facilidades esenciales no puede ser aplicada a la propiedad intelectual. Hacerlo implicaría amenazar el objetivo básico de los sistemas legales de crear incentivos para la producción de información y, por lo tanto, amenazar también el desarrollo tecnológico.

Habiendo identificado ya **qué no es** la doctrina de las facilidades esenciales, nos toca analizar **qué es**. Si pudiera hallarse un caso en el que el propietario de una sola e integrada facilidad poseyera poder monopolístico en un determinado mercado relevante, ¿qué problemas pueden encontrarse desde el punto de vista de la política y el análisis de la Libre Competencia? Probablemente todos los problemas clásicos del monopolio: precios más altos y reducciones de la cantidad y otras dimensiones de la producción.

Bajo esas circunstancias, ninguna intervención del Derecho de Libre Competencia podrá cambiar las características estructurales que dieron origen al problema de la facilidad esencial. Tal facilidad es equivalente a lo que se denomina un “monopolio natural”, y para controlar el uso del poder monopolístico por parte del dueño de la facilidad, la sociedad afronta las mismas (poco atractivas) alternativas disponibles en los casos de servicios públicos: propiedad pública, regulación en la clásica forma “tasa-base/tasa de retorno”, regulación de incentivos y varias soluciones *intermedias, familiares para los reguladores y estudiosos* del tema. Dada la existencia de una facilidad esencial, la intervención de la Libre Competencia deberá confrontar el hecho de que cualquier solución al problema de la ineficiencia económica es inherentemente regulatoria. Las soluciones estructurales pueden cambiar la dinámica competitiva de mercados cartelizados o fusiones y consolidaciones ilícitas, pero, por hipótesis, esas alternativas no están disponibles en los casos de facilidades esenciales. Por lo tanto, el tratamiento apropiado de tales casos dependerá de los costos y beneficios de los remedios específicos de conducta: ¿bajo qué circunstancias la intervención judicial en las decisiones de negocio de quien posee un monopolio natural es realmente positiva?

La importancia de estas observaciones es clara cuando se examina la aplicación de los remedios en anteriores casos relativos a facilidades esenciales. En el caso *Gamco*, por ejemplo, la inclusión o exclusión de

una sola compañía productora entre los cientos de productores/comerciantes que ya venían empleando las facilidades del mercado de Providence no podría haber logrado ninguna diferencia positiva significativa desde el punto de vista económico. De otro lado, no resulta evidente que la inclusión de la demandante pudiera dañar a alguien. Por lo tanto, desde el punto de vista de la política de competencia, lo mejor que puede decirse del caso *Gamco* es que el remedio requerido por la decisión no tuvo efectos nocivos aparentes.

El caso *Gamco* es un ejemplo del tipo de facilidades esenciales que probablemente planteen menos problemas a la administración judicial. El competidor excluido solicitó compartir la facilidad en los mismos términos y condiciones que los otros usuarios-propietarios, no cambiar las reglas de admisión. La decisión pone énfasis, sin embargo, en el hecho que la intervención judicial no produce un claro beneficio desde el punto de vista de la competencia o del bienestar del consumidor. Si hay un mecanismo mediante el cual los usuarios-propietarios de una facilidad esencial como la del caso *Gamco* pueden obtener rentas monopolísticas, es difícil imaginarse cómo un cambio en el número de competidores podría alterar dicha distorsión.

Un análisis detallado sugiere que, en los mercados que dependen de los servicios provistos por facilidades esenciales, pueden surgir distorsiones producto de la propiedad común de parte de *competidores de tales facilidades esenciales*. En el mercado de oleoductos, por ejemplo, se ha argumentado que, reduciendo la capacidad (“*undersizing*”) del oleoducto que sirve a determinado mercado geográfico, la oferta de petróleo dentro de dicho mercado puede ser limitada, y los precios del petróleo y sus derivados pueden ser elevados por sobre los costos competitivos. Ninguno de los propietarios comunes del oleoducto podrá “traicionar” a los otros bajando los precios supracompetitivos si el oleoducto está siendo ya utilizado al máximo de su capacidad -ya no es posible una expansión de la producción para satisfacer una mayor demanda. Así, la propiedad común de una facilidad podría conseguir lo que los competidores independientes serían incapaces de lograr de otro modo: una restricción de la producción “a prueba de todo”. Si la producción no puede expandirse, los precios e ingresos de los productores no pueden reducirse⁽¹³⁶⁾. Evidentemente, no hay alguna decisión

(136) Por su puesto que pueden existir otras formas costosas de buscar el aumento de ingresos que reducirán los ingresos de las firmas concurrentes a niveles competitivos. El inicio de un litigio de Libre Competencia pretendiendo obtener acceso a un oleoducto podría ser caracterizado de esta forma.

judicial en Estados Unidos en la cual el demandante haya solicitado a la corte un remedio por el cual se ordene al propietario de la facilidad expandir la capacidad de ésta⁽¹³⁷⁾. En efecto, podría imaginarse que tal curso de acción sería inconsistente con los incentivos de los demandantes que cuestionan las políticas de admisión a tal facilidad. Un aumento de la producción puede lograr sólo menores precios, así como una mayor producción en el mercado “aguas abajo” (*downstream market*). Es de lejos preferible, desde el punto de vista de ambos, *outsiders* e *insiders*, que si un nuevo propietario debe ser admitido, éste reciba simplemente una participación en la propiedad de la facilidad. Cualquier esfuerzo por expandir la capacidad de producción simplemente reduciría las ganancias totales disponibles⁽¹³⁸⁾.

Como ya hemos explicado, la doctrina de las facilidades esenciales no es útil allí donde resulta necesario expandir la capacidad de la facilidad para incluir un nuevo usuario. Aunque ninguna justificación detallada ha sido nunca expuesta para esta limitación, alguna corte se inclinó a considerar que esta cuestión podría ser esgrimida como una de sus razones para evitar la supervisión judicial detallada de decisiones económicas, que no resulta posible en un proceso judicial. La admisión de un nuevo entrante a una facilidad que ha sido “achicada” (*underzised*) -incluso cuando se cobre una tarifa no más alta de la necesaria para cubrir los costos de operación- no puede mejorar el equilibrio en el mercado “aguas abajo” sin una expansión de la capacidad. Por lo tanto, mientras las cortes eviten imponer tal requerimiento, deberá reconocerse que los remedios que ofrece la doctrina de las facilidades esenciales son inútiles como medios para mejorar el bienestar del consumidor.

Los problemas regulatorios empeoran aun más mientras el rango de aplicación de la doctrina es ampliado para incluir facilidades distintas a aquéllas que deben ser compartidas por sus usuarios. En el campo de la monopolización, por ejemplo, las cortes usualmente han declinado de examinar la conducta de

los monopolistas cuando el daño supuestamente inflingido por tal conducta ocurrió en un mercado en el que el monopolista **no** competía. En el caso *Official Airline Guides, Inc. v. Federal Trade Commission*, la Corte del Segundo Circuito rechazó una petición para imponer al editor de la principal fuente de información sobre horarios de aerolíneas una obligación de conducta, de modo tal que no podría distorsionar la competencia entre las líneas aéreas que contaban con horarios fijos y aquéllas que no (“*commuter*” *air carriers*)⁽¹³⁹⁾. La justificación de la corte en este caso se enfocó expresamente en la necesidad de evitar la intervención regulatoria en las decisiones de negocio de las empresas⁽¹⁴⁰⁾. Por supuesto, la Corte no se estaba refiriendo a la intervención judicial, sino a la posibilidad de intervención de la FTC. Sin embargo, dado que es inevitable que una orden administrativa final de la FTC que impone un remedio muy oneroso sea apelada, podría “saltarse” este punto, de modo que la corte tendría que idear e imponer algún remedio.

En suma, el respaldo a la doctrina de las facilidades esenciales debe ir acompañado de la aceptación del concepto de la regulación judicial total de los monopolios naturales, si esta puede ser capaz, **siquiera en teoría**, de contribuir al bienestar del consumidor. Las Cortes deben estar preparadas para 1) ordenar que se provea el acceso a otros; 2) regular los precios, términos y condiciones de tal acceso; 3) ordenar la extensión requerida para hacer factible tal acceso; 4) ordenar que la facilidad -expandida para hacer factible el acceso- efectivamente se provea a aquellos que lo demanden. No hay “almuerzo gratis” en la regulación de los monopolios naturales. Si se apoya la doctrina de las facilidades esenciales, entonces deberá tomarse en consideración la incapacidad judicial para enfrentar los inevitables límites al control público de los monopolios naturales; lo cual contribuirá al fracaso de la regulación en ciernes.

El reconocer que la doctrina de las facilidades esenciales, en los casos es los que es propiamente aplicable, **requiere** de una extensa regulación judicial

(137) Por el contrario, como destacamos anteriormente, la FERC posee la facultad regulatoria para ordenar a una empresa de servicios eléctricos expandir su capacidad de transmisión para lograr un mayor ámbito de transporte de energía al por mayor Ver: nota 77 supra.

(138) Dado que el cartel original maximiza los ingresos totales, es preferible desde el punto de vista de los miembros originales mantener la producción constante y admitir un nuevo socio antes que dividirse un “pastel” más pequeño entre un número mayor de productores. Esto porque, por definición, el cartel original produce el pastel más grande que se puede producir. Nótese que este análisis prescinde de todo otro beneficio adicional del cartel, aparte de hacer más difícil la entrada de nuevos competidores.

(139) 630 F.2d 920, 925-27 (2d Cir. 1980), *certiorari* denegado, 450 U.S. 917 (1981).

(140) Ver: *ibid.*, 927.

de la conducta del monopolista, hace surgir importantes preguntas de carácter político e incluso constitucional. La pregunta de carácter político que surge es si las cortes, desde los procedimientos contenciosos (*adversarial proceedings*) iniciados por el gobierno o por particulares, son competentes para identificar la existencia de monopolios naturales y para formular y administrar esquemas regulatorios capaces de mejorar el bienestar -algo difícil de lograr incluso para las instituciones regulatorias diseñadas “a la medida”. La cuestión constitucional más obvia que surge es si la asunción de este rol por la administración judicial es consistente con el principio de separación de poderes. El *enforcement* de la Libre Competencia puede abordar -si es que puede- las facilidades esenciales, en virtud lo establecido en el Artículo I de la Constitución: el Congreso tiene el poder para regular el comercio interestatal y el comercio exterior -poder que respalda la *Sherman Act* y otras leyes federales de Libre Competencia^(xi). El reconocimiento de una falla de mercado y el diseño de aproximaciones regulatorias específicas para reducir el impacto social de tal falla siempre ha sido concebido como una función únicamente legislativa. Tal vez el rol prescrito para el *enforcement* de la Libre Competencia es inherentemente inconsistente con la doctrina de las facilidades esenciales, aun en aquéllas excepcionales circunstancias en las que la regulación judicial sea, en teoría, potencialmente capaz de aumentar el bienestar. En cualquier caso, sea que se conciba como una cuestión de discreción gubernamental o una orden constitucional, esta posición debiera ser seriamente considerada.

3. Expropiaciones, “difusión obligatoria” y acceso mandatorio al sistema Windows.

Mediante una desviada interpretación de las normas de Libre Competencia, el Departamento de Justicia y algunos fiscales generales estatales pretenden redefinir la naturaleza de la propiedad privada de

Microsoft respecto de su sistema operativo Windows. Dichas autoridades solicitaron se aplique como remedio una orden judicial (o, presumiblemente, un mandato para que las partes se pongan de acuerdo), a fin de transformar la plataforma Windows de Microsoft en una especie de bien público en el cual cada movimiento estratégico esté regulado por una corte. Alrededor de 1998, esa meta era evidente para la prensa de negocios⁽¹⁴¹⁾ y se había notado hacía más de un año antes en relación con los procesos previos seguidos por el gobierno federal contra Microsoft⁽¹⁴²⁾.

En enero de 1999, en el proceso contra Microsoft, un testigo del gobierno, el Gerente General de Intuit Inc., se refirió al sistema Windows como un “‘cuello de botella’ (...) para obtener acceso a los consumidores” y señaló que “[e]l sistema operativo Windows es a la mayoría de proveedores de *software* y usuarios de computadoras como el tono de marcar es a los negocios y consumidores al usar el teléfono: es aquello a lo que tienes que tener acceso necesariamente si quieres comunicarte con cualquier persona”⁽¹⁴³⁾. Este testigo declaró que “el acceso a las facilidades del sistema operativo Windows es esencial en computación”, y defendió como remedio que Microsoft sea sujeto al “principio de neutralidad del sistema operativo” el que podría “asegurar que el sistema operativo no favorezca a un competidor sobre otro”⁽¹⁴⁴⁾. La computación, concluyó, se ha convertido “en un servicio, como el servicio eléctrico o el telefónico”⁽¹⁴⁵⁾.

El hecho de que la Corte emita un mandato convirtiendo la plataforma Windows en un bien público sería pretender sentar las bases de un nuevo Derecho de la Libre Competencia. En el Derecho de los Estados Unidos, las consecuencias de las acciones unilaterales de una empresa pueden ser evaluadas según parámetros opuestos, dependiendo de la naturaleza jurídica de ésta. Como regla general en el Derecho de la Libre Competencia, una firma puede unilateralmente rechazar o tratar de negociar con cualquier potencial cliente⁽¹⁴⁶⁾. Esta regla se extiende incluso a la negativa

(xi) El Artículo I de la Constitución de los Estados Unidos de América enumera las facultades del Congreso, entre ellas la de regular el comercio con naciones extranjeras y entre los Estados de la unión.

(141) Ver: BANK, David, *Is Microsoft a New 'Public Utility'?*, Wall St. J., May 19, 1998, B1 (“La estrategia de largo alcance del gobierno de los Estados Unidos contra la Microsoft Corp. ha saltado finalmente a la vista, y es bastante audaz: tratar al gigante del software como si fuera una empresa de servicios públicos regulada”).

(142) Ver: SIDAK, J. Gregory, *Antitrust and the Federal Software Commission*, Jobs & Capital, Winter 1997, 18.

(143) Testimonio de William H. Harris ¶ 2, 1-2, *United States v. Microsoft Corp.* (Dec. 30, 1998). En: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f2000/2055.htm>, (visitada el 12 de abril de 1999); Ver también GLASS, Andrew, *Microsoft Critic Wants Windows Treated as Utility*, Atlanta J.-Const., Jan. 4, 1999, A3.

(144) Testimonio de William H. Harris, *supra* nota 143, ¶¶ 104-105, 42.

(145) *Ibid.* ¶ 116, 46.

(146) Ver, por ejemplo, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

unilateral del monopolista a negociar, sólo mientras éste no pretenda crear o mantener un monopolio con esta actitud⁽¹⁴⁷⁾. Sin embargo, esa regla no se aplica a los bienes y servicios públicos. El Juez Benjamín N. Cardozo observó en 1920 que “el deber de servir (...) resulta de la aceptación de la concesión de una empresa de servicios públicos”⁽¹⁴⁸⁾. Entre la distancia existente entre esos dos polos (la existencia o no de la obligación de servir), las autoridades federales y estatales de Libre Competencia buscan ubicar a Microsoft en un punto decididamente más cerca de una empresa de servicios públicos que de una firma no regulada⁽¹⁴⁹⁾. Hacer eso sería como abrir una caja de Pandora.

Como sugerimos en las partes 1 y 2, el hecho de que la Corte considere a Windows como una facilidad esencial o alguna clase de bien público o portador común sumaría a lo anteriormente tratado un conjunto de interrogantes mucho más complejas respecto del manejo de precios y de los términos y condiciones del acceso mandatorio a la plataforma de Windows. En particular, ¿cuál sería el precio necesario para estimular la eficiencia económica y suficiente para compensar a Microsoft por el uso directo que haría el gobierno de su propiedad privada la cual (a diferencia de los servicios públicos regulados) nunca fue dedicada a propósitos públicos?

El Departamento de Justicia solicitó una orden permanente que otorgue dos clases de acceso a los competidores de Microsoft a la plataforma Windows. La primera forma de acceso mandatorio sería una específica “obligación de transportar” (“*must-carry obligation*”), a fin de insertar en la plataforma Windows el navegador de Internet de la competencia, Netscape Navigator. La segunda forma de acceso mandatorio solicitada sería el derecho (posiblemente ejercido por los productores de los equipos originales, actuando

en conjunto con otras compañías de *software* que oferten productos similares al Windows) a modificar la apariencia y operatividad de Windows.

La concesión de acceso mandatorio a la plataforma Windows a favor de los competidores presentaría claramente la interrogante de si es que, bajo los precedentes existentes, el remedio mandatorio solicitado por el gobierno -el cual podría parecer ser el resultado necesario de **cualquier** demanda de Libre Competencia expresamente basada en la doctrina de las facilidades esenciales- constituiría una invasión física permanente a la propiedad de Microsoft que, por lo tanto, sería *per se* expropiatoria bajo los criterios de la Cláusula de Expropiaciones de la Quinta Enmienda⁽¹⁵⁰⁾. En esta parte, mostramos que los razonamientos legales y económicos correctos indican que, para evitar una confiscación no compensada de la propiedad de Microsoft, un mandato tendría que permitir a dicha empresa recibir un precio por proveer a sus competidores el acceso mandatorio a la plataforma Windows, el que debería compensar a Microsoft por la suma de los costos incrementales y costos de oportunidad incurridos al conceder tal acceso⁽¹⁵¹⁾.

Además, el remedio deseado por el gobierno invita al novedoso pero potencialmente poderoso argumento de que la inclusión forzada de los *softwares* de otras compañías junto con los productos de Microsoft en las ofertas que ésta realiza sujetaría a dicha empresa a una “difusión obligatoria”, lo que violaría lo establecido por la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda. Este argumento es esencialmente el mismo que infructuosamente planteó el Fiscal General Asistente Joel Klein, mientras continuaba en práctica privada, a la Corte Suprema en representación de los monopolios de televisión por cable⁽¹⁵²⁾ impugnando las provisiones de “transporte obligatorio” de la *Cable Televisión*

(147) Ibid.

(148) *Tismer v. New York Edison Co.*, 126 N.E. 729, 731 (N.Y. 1920) (citando el caso *People ex rel Cayuga Power Corp. v. Public Serv. Comm'n*, 124 N.E. 105, 106 (N.Y. 1919) (Opinión del Juez Cardozo)); Ver también BARNES, Irston R. *The Economics of Public Utility Regulation* 42, 740-42 (1942) (argumentando sobre la obligación de servir al público consumidor que tienen las empresas de servicios públicos).

(149) En contraste a esta polaridad en las normas regulatorias y de Libre Competencia en los Estados Unidos, en Australia se ha tomado una posición más clara. Se ha adoptado, en la Parte IIA de la *Trade Practices Act*, un “régimen de acceso” en el que la autoridad de Libre Competencia a nivel nacional, la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), puede “declarar” cualquier producto. La “declaración” conlleva que el producto es similar a una facilidad esencial, a la cual la ACCC puede ordenar acceso a un precio arbitrario en caso las partes involucradas no lleguen a un acuerdo. Ver: *Australian Competition & Consumer Comm'n, A Draft Guide To Access Undertakings*. En: <http://www.accc.gov.au/docs/access/httoc.htm>. (visitada el 12 de abril de 1999).

(150) Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

(151) Incluso bajo el enfoque de menos protector que la Corte Suprema ha tomado en casos de “regulatory takings”, el acceso mandatorio a la plataforma Windows de Microsoft gratuitamente sería sub compensatorio en los términos de la Cláusula de Expropiaciones. Ver: SIDAK, Gregory J. y SPULBER, Daniel F. *supra* nota 135, 216-26, 240-55.

(152) *Appellant National Cable Television Ass'n, Inc.'s Brief, Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 819 F. Supp. 32 (D.D.C. 1993) (No. 93-44). (Informe de los apelantes).

Consumer Protection Act de 1992⁽¹⁵³⁾. El Juez Stephen F. Williams aceptó estos argumentos en el voto en discordia que emitiera en la decisión del panel de tres jueces creado por ley para juzgar la constitucionalidad de tales provisiones⁽¹⁵⁴⁾. Dado el punto de vista del Juez Williams y su opinión previa para la Corte de Apelaciones de Circuito del D.C. en el proceso contra Microsoft⁽¹⁵⁵⁾, la instancia superior podría considerar seriamente el tema de la “difusión obligatoria” planteado en el caso *Windows 98* contra Microsoft. Comparado con los monopolios regulados de televisión por cable sujetos a “obligaciones de transportar” impuestas legalmente, Microsoft tendría una base aun más persuasiva para defender el argumento de que se estaría violando su libertad de expresión⁽¹⁵⁶⁾.

3.1. La inclusión mandatoria del navegador de Internet Netscape en la plataforma Windows.

El Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales solicitaron a la corte que imponga a Microsoft la obligación de insertar en la plataforma Windows el navegador de internet competidor, Netscape. El Departamento de Justicia habría tenido que solicitarle a la Corte que exija a Microsoft hacer lo siguiente:

“Distribuir una sola versión de su sistema operativo, que incluya el *software* del navegador de Microsoft por un periodo de tres años (o cualquier otro periodo que las partes convengan o que la Corte ordene, a menos que:

(i) Microsoft también incluya en tal sistema operativo la versión más actual del navegador de Internet Netscape; y,

(ii) Que cada productor de computadoras personales esté autorizado, a su sola opción, para suprimir el *software* que provee el ícono de Internet Explorer y los otros medios por los cuales los usuarios puedan fácilmente usar Internet Explorer para navegar en la *web*, el *software* que provee el ícono y los otros medios por los que los usuarios puedan fácilmente usar el navegador de internet Netscape, o ambos (...)⁽¹⁵⁷⁾.

Los fiscales generales estatales buscaron una orden mandatoria permanente que contemple una solución similar⁽¹⁵⁸⁾.

En la actualidad, esta forma de acceso mandatorio **no** significaría transformar a la plataforma Windows en una suerte de portador común, puesto que no podría imponer a Microsoft ningún deber de transportar otros *softwares* de navegadores de Internet de otras compañías además del Netscape (los fiscales generales estatales expandirían esta obligación aunque solo sea por un ligero incremento del grado de actualidad, al requerirle a Microsoft incluir en la plataforma de Windows “la versión más actual del navegador de internet Netscape y de otro navegador de Internet comercialmente disponible”⁽¹⁵⁹⁾). Dicho de otra manera, Microsoft no estaría obligada a proveer indiscriminadamente a todo abastecedor de *software* de navegadores de Internet que le solicite el acceso a la plataforma Windows. En efecto, Microsoft no tendría

(153) *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992, Pub. L. No. 102-385, §§ 4-5, 106 Stat. 1460, 1471-78 (codificado con enmiendas, 47 U.S.C. §§ 534-535 (1994 & Supp. 1996)).

(154) Ver: *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 819 F. Supp. 32, 57 (D.D.C. 1993) (voto en discordia del Juez Williams). El Juez Williams opinó lo siguiente: “las ‘obligaciones de transportar’ contenidas en la Cable Act de 1992 claramente afectan la libertad de expresión de los operadores de cable, a favor de las televisoras locales cuya programación es en parte definida por ley. Al requerir a los sistemas de cable transmitir la señal de un determinado conjunto de televisoras el Congreso está afectando directamente el ejercicio de la discreción editorial. Ninguno de los intereses buscados por el Congreso puede justificar tal afectación (...). Difiero respetuosamente, y declararía inconstitucionales las ‘obligaciones de transportar’, ya que conllevan una restricción a los derechos de los operadoras y programadores no afiliados, protegidos por la Primera Enmienda”. *Ibid.*, 67.

(155) Ver: *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998) (revocando la decisión de la corte de primera instancia que concedía un mandato prohibiendo a Microsoft requerir el licenciamiento conjunto de su explorador de Internet y su sistema operativo Windows).

(156) Inversamente, el mandato que forzaba a Microsoft a permitir a otra compañía (presumiblemente, una productora de computadoras personales) a borrar el Internet Explorer de la plataforma Windows es análogo a una ley que requiere a una autor consentir que un vendedor de libros arranque de su obra ciertas páginas que éste, por ciertas razones, desapruue. Nuevamente, la Primera Enmienda no permite que el gobierno condicione la difusión de expresiones a la aprobación previa. Es cierto que esta opción no constituye, en estricto, una forma de acceso mandatorio. Su debilidad constitucional, sin embargo, no es difícil de reconocer.

(157) *DOJ Prayer for Relief*, supra nota 43, ¶ 2(e).

(158) Propuesta de los fiscales generales estatales ¶¶ 1-2, *New York ex rel. Vacco v. Microsoft Corp.*, No. 98-1233 (D.D.C. archivado el 18 de mayo de 1998).

(159) *Ibid.* ¶ 2.

permitido siquiera asegurarse de que los productores puedan proporcionarle al **propio** Internet Explorer de Microsoft un acceso no discriminatorio al sistema operativo Windows instalado en las computadoras personales construidas por aquéllos. Dado que el remedio solicitado por ellos no hace referencia a la cuestión sobre la forma de determinar el precio por el acceso, puede parecer que el Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales buscan implícitamente esta forma de acceso mandatario a la plataforma de Windows sin pagar compensación alguna a Microsoft.

3.2. La invasión física de la propiedad de Microsoft es *per se* expropiatoria.

Microsoft podría tener un poderoso argumento para afirmar que cualquier mandato de la corte ordenando el acceso de Netscape a la plataforma Windows sería *per se* expropiatorio. El acceso mandatario constituiría una invasión física de la plataforma Windows de Microsoft. ¿Recibiría Microsoft una compensación “justa”, explícita o implícita, que libere al gobierno de ser sujeto de una demanda por daños? Es claro que no, puesto que el remedio solicitado por el Departamento de Justicia evidentemente concibe el acceso mandatario de manera gratuita. Para evitar que el remedio constituya una expropiación, el acceso mandatario tendría que generar un precio de acceso que compense a Microsoft completamente por sus costos incrementales directos y su costo de oportunidad por conceder tal acceso.

Las políticas gubernamentales que conllevan invasiones físicas a la propiedad ameritan la más amplia protección judicial a la propiedad privada. La decisión de mayor importancia en materia de expropiaciones por invasión a la propiedad física es la tomada por la Corte Suprema en 1982, en el caso *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*⁽¹⁶⁰⁾ en la que se defendió dicha regla aun en el caso en que “la ocupación física de la propiedad de un titular autorizada por el gobierno sea

menor pero permanente”⁽¹⁶¹⁾. La Corte anunció que “cuando la acción gubernamental es una ocupación física permanente de la propiedad, los precedentes han determinado uniformemente que dichas acciones resultan expropiatorias, sin importar si la acción alcanza un beneficio público importante o si tiene sólo un mínimo impacto económico en el propietario”⁽¹⁶²⁾.

El punto controvertido en el caso *Loretto* era una ley de New York que requería a los propietarios de edificios permitir a las compañías de televisión por cable instalar sus facilidades sobre la propiedad de los primeros, a cambio de un pago no mayor que la “razonable” compensación impuesta por una comisión estatal. Autorizado en exclusiva para construir el sistema de televisión por cable en ciertas partes de Manhattan, Teleprompter cableó el edificio de cinco pisos de la señora Loretto, por lo cual la mencionada comisión la consideró merecedora de un pago único de un dólar. La invasión física de Teleprompter en el edificio de la señora Loretto era menor, y consistía en la instalación de un cable de “poco menos que media pulgada de diámetro y de aproximadamente 30 pies de largo (...) al tope del techo”, además de algunos otros accesorios que no significarían mayor estorbo⁽¹⁶³⁾.

A pesar de que el caso *Loretto* en términos prácticos era un simple caso de la determinación del precio por el acceso, la Corte prefirió discutir sobre la norma en virtud de la cual se permitía una invasión física a la propiedad⁽¹⁶⁴⁾. El Juez Thurgood Marshall opinó por la mayoría que “cuando la invasión física alcanza el extremo de una ocupación permanente (...) el carácter de la acción gubernamental no es sólo un factor importante al determinar si dicha acción constituye una expropiación, sino que es un factor determinante”⁽¹⁶⁵⁾. A diferencia del contrapeso efectuado en el caso de una “expropiación regulatoria”^(xiii), “una ocupación física permanente es una acción gubernamental de un carácter tan singular que debe ser considerada una expropiación sin importar otros factores que

(160) 458 U.S. 419 (1982).

(161) *Ibid.*, 421 (1982). La discusión del caso *Loretto* es una versión abreviada del análisis contenido en SIDAK, Gregory J. y Daniel F. SPULBER, *supra* nota 135, 226-40.

(162) *Loretto*, 458 U.S., 434-35 (citando el caso *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 124 (1978)).

(163) *Ibid.*, 422.

(164) *Ver ibid.*, 426 (declarando que “una ocupación física permanente autorizada por el gobierno es expropiatoria independientemente de los intereses públicos que pueda servir”).

(165) *Ibid.*

(xiii) Nota de los traductores: por la expresión “*regulatory takings*” en el original. Una “expropiación regulatoria” no priva al propietario de la propiedad del bien, sino que limita el derecho de exclusión que en principio tiene sobre éste, mediante, por ejemplo, la provisión de una obligación de ceder el uso de parte o totalidad del mismo.

ordinariamente una corte debería examinar⁽¹⁶⁶⁾. La Corte asimiló su regla sobre la invasión física permanente a lo que es la “regla *per se*” en el Derecho de la Libre Competencia⁽¹⁶⁷⁾.

Según lo establecido en el caso *Loretto*, no era relevante la magnitud de la invasión física de la propiedad. La Corte dijo que “el derecho de propiedad protegido constitucionalmente no puede depender del tamaño del área permanentemente ocupada”⁽¹⁶⁸⁾. La Corte hizo notar el desacuerdo fáctico entre la mayoría y los jueces que votaron en discordia acerca del volumen del equipo de cable anexo al edificio de la señora Loretto: “el volumen desplegado (...) no es crítico: si la instalación es una expropiación no depende de si el volumen de espacio que ésta ocupa es más grande que una panera”⁽¹⁶⁹⁾. La Corte notó en particular que “el propietario no tenía derecho de poseer el mismo espacio ocupado, y que tampoco tenía poder para excluir al ocupante que posee y usa el espacio. El poder de excluir ha sido tradicionalmente considerado uno de los más preciados elementos de los derechos que ostenta el propietario”⁽¹⁷⁰⁾.

Cinco años después del caso *Loretto*, la Corte conoció un caso similar. La *Pole Attachments Act* autorizaba a la FCC a regular las tarifas, términos y condiciones de la instalación de cables de la televisión por cable en los postes de servicios las autoridades estatales no hubieran desarrollado tal regulación, pero no establecía (al menos en ese momento) el acceso mandatorio⁽¹⁷¹⁾. Una empresa de servicios eléctricos impugnó la norma como una forma de invasión física permanente a la propiedad privada, pero la corte determinó en el caso *FCC v. Florida Power Corp.*⁽¹⁷²⁾ que el precedente del caso *Loretto* no resultaba aplicable. La Corte razonó, nuevamente en la opinión del Juez

Marshall, que la ley apenas regulaba los precios de determinadas transacciones voluntarias. A diferencia de la norma de Nueva York en el caso *Loretto* la cual contenía el “elemento de consentimiento requerido (...) en el núcleo del concepto de ocupación”, la *Pole Attachment Act* no obligaba al propietario a someterse a una transacción involuntaria⁽¹⁷³⁾. En 1992, la Corte reforzó ese razonamiento: los propietarios que voluntariamente permiten que otros ocupen su propiedad (...) no pueden afirmar que tienen *per se* derecho a una compensación basándose en su incapacidad para excluir a otros particulares”⁽¹⁷⁴⁾.

El caso *Florida Power* resulta muy curioso, ya que la *Telecommunications Act* de 1996 dispuso que era mandatorio para los prestadores de servicios públicos proveer acceso a sus postes, ductos, conductos y derechos de vía; además, la ley especifica la fórmula para calcular la compensación de tal acceso mandatorio⁽¹⁷⁵⁾. Sin embargo, en los últimos casos de instalaciones en postes, el precedente establecido en el caso *Florida Power* no ha sido aplicado. En el caso *Gulf Power Co. v. United States*⁽¹⁷⁶⁾, la corte del distrito federal sostuvo en marzo de 1998 que la norma de la *Telecommunications Act* de 1996 que obligaba a los propietarios de postes a proveer acceso a éstos, constituía una expropiación *per se*, inconstitucional de acuerdo al precedente al caso *Loretto*. La Corte estableció que “el hecho de que una industria esté altamente regulada, y que el propietario de un bien lo haya adquirido conociendo que está altamente regulado, no degrada lo que constituye una expropiación física a algo menos que eso”⁽¹⁷⁷⁾. La Corte enfatizó que el resultado al que llegó la Corte Suprema en el caso *Florida Power* estuvo “basado en un factor significativo que lo distinguía del caso *Loretto* -en el

(166) *Ibid.*, 432.

(167) Ver: *ibid.*, 435 n.12.

(168) *Ibid.*, 436-37.

(169) *Ibid.*, 438 n.16.

(170) *Ibid.*, 435-36 (citando el caso *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164, 179-80 (1979); *Restatement of Property* § 7 (1936)).

(171) Modificaciones a la *Communications Act* de 1978, Pub. L. No. 95-234, § 6, 92 Stat. 33, 35-36 (codificado con enmiendas en 47 U.S.C. § 224 (1994 & Supp. 1996)).

(172) 172. 480 U.S. 245 (1987).

(173) Ver *ibid.*, 252-53.

(174) *Yee v. City of Escondido*, 503 U.S. 519, 531 (1992).

(175) *Telecommunications Act* de 1996, Pub. L. No. 104-104, § 703, 110 Stat. 56, 150 (codificado con enmiendas en 47 U.S.C. § 224(e) (Supp. 1996)).

(176) 998 F. Supp. 1386 (N.D. Fla. 1998).

(177) *Ibid.*, 1394 (citando el caso *GTE Northwest Inc. v. Public Util. Comm'n*, 900 P.2d 495, 504 (Or. 1995), y citando SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract*, 71 N.Y.U. L. Rev. 851, 951-52 (1996)).

caso *Florida Power* el elemento del ‘consentimiento requerido’ estaba totalmente ausente de la norma⁽¹⁷⁸⁾. Esa diferencia, en opinión de la Corte, apoyaba la determinación de la existencia de una expropiación *per se*: “a diferencia del propietario en el caso *Loretto*, al contratar con la compañía de cable, la empresa de servicios públicos voluntariamente renunció a sus derechos de exclusión invitando efectivamente a la compañía de cable a ocupar un espacio en sus postes. Sin embargo, al hacer esta distinción la Corte señaló que pudo haber llegado a una decisión diferente si la FCC hubiese implementado una provisión de acceso mandatorio. La Corte ya superó esos días y ahora considera que la regla *per se* establecida en el caso *Loretto* es aplicable al caso de instancia. Una empresa de servicios públicos, tal y como está legalmente definida, debe proveer a cualquier sistema de televisión o portador de telecomunicaciones acceso a sus postes y conductos sin ningún tipo de discriminación. Tal acceso es una ocupación física permanente de la propiedad, lo que efectivamente despoja a la empresa de su derecho de exclusión. Además, la presencia del elemento del consentimiento en la provisión no discriminatoria distingue el análisis del presente caso del realizado en el caso *Florida Power*, en el que la ocupación permanente de los postes y conductos de la empresa de servicios públicos favorece la hipótesis de una expropiación *per se*, de acuerdo a lo establecido en el precedente del caso *Loretto* y a la Quinta Enmienda⁽¹⁷⁹⁾.”

Los portadores locales de intercambio y las empresas de servicios eléctricos han redefinido los puntos de vista económicos y legales del argumento de la invasión física en el contexto de los mandatos para segregación de facilidades (*mandatory unbundling*) y los procedimientos para la distribución al por menor de energía. En estos casos, el competidor puede que ocupe capacidad física mensurable no sólo en el sentido de volumen o metros cuadrados, sino también en electrones y fotones, lo que puede manifestarse o no como una congestión de la red. Del mismo modo que se indicó en las líneas precedentes, parecería que el

navegador Netscape ocuparía permanentemente un espacio en la propiedad de Microsoft si a ésta se le ordenara incluir el *software* de Netscape en cada una de sus copias de Windows. Además, el mismo Departamento de Justicia hizo referencia a los atractivos “bienes inmuebles” del “escritorio” de Windows, los que se verían afectados por el mandato del gobierno que obligaría a Microsoft a garantizarle el acceso a Netscape⁽¹⁸⁰⁾. En resumen, si la corte fuera a ordenar el acceso mandatorio de un competidor a la plataforma Windows, entonces el precedente del caso *Loretto* sería aplicable, y al Gobierno Federal se le podría considerar *per se* responsable de una expropiación, con lo que se presentaría la interrogante de cómo determinar la suficiencia de un “justa” indemnización por los daños causados.

3.3. La determinación de una compensación justa por el acceso mandatorio a la plataforma Windows.

La principal dificultad desde el punto de vista económico y legal en los regímenes de acceso mandatorio es que éstos se basan en el intercambio involuntario antes que en el intercambio voluntario, más afín a una economía capitalista. En las normas que regulan la expropiación, la compensación por la confiscación gubernamental de la propiedad se considera constitucionalmente “justa” sólo si es igual al precio que un comprador y un vendedor dispuestos a negociar hubiesen acordado. La compensación justa imita los resultados de un intercambio voluntario. En términos económicos, la compensación justa requiere que el propietario sea compensado totalmente por su costo de oportunidad. Por el contrario, en los procedimientos para establecer los precios, términos y condiciones del acceso mandatorio a las redes locales de telecomunicaciones regulados en la *Act of Telecommunications* de 1996, los entrantes que acceden a la utilidad y los reguladores de la misma (incluyendo al Departamento de Justicia y la FCC), defienden precios regulados determinados en función a los costos incrementales de largo plazo, sumados a

(178) *Ibid.*, 1395 (citando el caso *Florida Communications Comm'n v. Florida Power Corp.*, 480 U.S. 245, 252 & n.6 (1987); SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *supra* nota 177, 946-54).

(179) *Id.*, 1395.

(180) “Microsoft es consciente y pretende que esas restricciones consoliden su poder estratégico sobre el valioso ‘inmueble’ que la pantalla de su ‘escritorio’ representa para la provisión de *software*, publicidad y promoción”. Demanda ¶ 100, 34, *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232 (D.D.C. filed May 18, 1998); ver también *Memorandum of the United States in Support of Motion for Preliminary Injunction* 36, 38, *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232 (D.D.C. archivado el 18 de mayo de 1998) (describiendo el “escritorio” de Windows como un atractivo “terreno”); testimonio de William H. Harris, *supra* nota 143, ¶ 7, 3.

una parte razonable de los costos esperados del negocio. En la práctica, considerables controversias han surgido respecto de la correcta medida de los costos incrementales de largo plazo, la correcta medida y el límite de tiempo para determinar los costos esperados del negocio y el método correcto para determinar la porción de los costos habituales que “razonablemente” pueden ser recuperados en el precio de un particular elemento separado (*unbundled*) de la red. Por consiguiente, la diferencia entre el precio compensatorio deseado por el propietario y el precio deseado por los entrantes (y reguladores) es abismal, y los reguladores responden con la imposición de precios arbitrarios⁽¹⁸¹⁾.

Ordenar el acceso mandatorio a una red es sólo el inicio de la tarea del regulador. En el caso de Microsoft, el regulador sería un juez de distrito federal, que intentaría realizar una tarea similar, en el marco del Derecho de la Libre Competencia, a aquéllas encargadas a toda una comisión encargada de empresas de servicios públicos. La dificultad de la tarea se manifiesta en el hecho de que virtualmente ninguna de las cien o más decisiones judiciales concernientes a la doctrina de las facilidades esenciales en el Derecho de la Libre Competencia ha discutido, en términos económicos precisos, **cómo** un juez debería establecer el precio de acceso a una facilidad “cuello de botella”. Si una corte fuera a tratar esa interrogante respecto del sistema operativo Windows de Microsoft, el procedimiento definitivamente sería tan complicado e importante como el que se presentó ante la FCC en 1996 y que determinó el establecimiento de precios de los elementos separados de la red de telecomunicaciones local⁽¹⁸²⁾. Ese ejercicio revela que la FCC (con el respaldo del Departamento de Justicia) estaba decidida a imponer un precio por el acceso mandatorio a la red de telecomunicaciones con niveles que pecaban de subsidiarios para competidores del mercado “aguas abajo” -en este caso, Netscape y otros abastecedores de exploradores de Internet. No es realista esperar ahora

que el Departamento de Justicia, a propia iniciativa, respalde un enfoque más compensatorio del precio de acceso mandatorio a la plataforma de Windows. En efecto, el Departamento de justicia evidentemente busca el acceso mandatorio gratuito de Netscape, el cual no compensaría a Microsoft por cualquier costo por proveer tal acceso, incluyendo sus costos incrementales directos.

3.3.1. Los costos en los que incurre Microsoft para proveer el acceso mandatorio a la plataforma Windows.

Si la corte concediera la solicitud del Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales para obligar a Microsoft incluir el navegador Netscape en la plataforma de Windows, ¿cuál sería el precio eficiente y compensatorio que Microsoft le debería cobrar a Netscape por tal acceso? El análisis económico nos da una respuesta.

3.3.1.1. Compensando a Microsoft por su costo de oportunidad.

Consumidores y productores participan voluntariamente en una transacción de mercado sólo si reciben ganancias del intercambio -es decir, si obtienen de la transacción beneficios que excedan sus costos. Armen A. Alchian ha elaborado la definición clásica del término costo: “en la economía, el costo de una situación es la oportunidad de más alto valor necesariamente abandonada”⁽¹⁸³⁾. El costo del abastecedor por invertir en una transacción incluye el mayor beneficio neto de todas las oportunidades renunciadas, conocido como el **costo de oportunidad**. Este concepto de costo tiene amplia, sino universal, aceptación entre los economistas. Por ejemplo, Joseph E. Stiglitz, ex presidente del Consejo de Consultores Económicos, sustenta en su libro que “cuando individuos y firmas racionales toman decisiones -si invertir en un proyecto o en otro; o si comprar un producto u otro- ellos toman en cuenta **todos** los costos,

(181) Ver: SIDAK, J. Gregory y Daniel F., *supra* nota 135, 307-42 (describiendo la “regla del componente eficiente” y cómo ésta difiere de otras formas de compensación, y sugiriendo que los reguladores debería usar esta regla antes que criterios arbitrarios); SIDAK, J. Gregory y Daniel F., *The Tragedy of the Telecommons: Government Pricing of Unbundled Network Elements Under the Telecommunications Act of 1996*, 97 Colum. L. Rev. 1081, 1107-10 (1997) (discutiendo los efectos de la imposición de precios de acceso arbitrarios); SIDAK, J. Gregory y Daniel F., *Givings, Takings, and the Fallacy of Forward-Looking Costs*, 72 N.Y.U. L. Rev. 1068, 1139-47 (1997); SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract*, *supra* nota 177, 951-53.

(182) Para la decisión de la FCC, ver *In re Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Act of 1996 and Interconnection between Local Exchange Carriers and Commercial Mobile Radio Service Providers, First Report and Order*, 11 F.C.C.R. 15,499 (1996). Para la apelación de ésta, ver *Iowa Utils. Bd. v. FCC*, 120 F.3d 753 (8th Cir. 1997), revocada en parte; *AT&T Corp. v. Iowa Utils. Bd.*, 118 S. Ct. 879 (1998).

(183) ALCHIAN, Armen A. *Cost*. En: *3 International Encyclopedia of the Social Sciences* 404, 404 (David L. Sills ed., 1968).

los costos de oportunidad totales, no sólo son los gastos directos”⁽¹⁸⁴⁾.

Juristas entendidos en economía también reconocen que el costo de oportunidad es la definición apropiada de costo. El Juez Richard A. Posner expone en su tratado que “el costo para los economistas es el ‘costo de oportunidad’ -el beneficio dejado de lado por utilizar un recurso de una forma que no permita su uso por alguien más”⁽¹⁸⁵⁾. La Corte de Circuito del D.C. ha reconocido también esta definición de costo. En una opinión unánime dictada por el Juez Douglas H. Ginsburg en 1997, en un caso de tarifas relacionado a los precios por el aterrizaje en aeropuertos, la corte reprendió a un regulador, la Secretaría de Transportes, por interpretar el término “costo” sin considerar el costo de oportunidad⁽¹⁸⁶⁾. La corte señaló que cuando la Corte Suprema en el caso *Federal Power Commission v. Natural Gas Pipeline Co. of Am.*⁽¹⁸⁷⁾, derogó el precedente del caso *Smyth v. Ames*⁽¹⁸⁸⁾, “no estableció el valor de mercado más allá del costo de la prestación del servicio; sólo sostuvo que ‘la Constitución no obliga a los organismos reguladores de precios a utilizar una única formula o una única combinación de formulás’”⁽¹⁸⁹⁾. Esa sutileza tenía relevancia directa con el uso del costo de oportunidad para determinar el valor de mercado de los activos de una firma regulada: “la Corte Suprema nunca ha sostenido que el costo histórico representa la única verdadera medida de costo y la Secretaría no ha señalado ninguna ley, regulación o decisión de agencia que apoye tal interpretación. Todo lo contrario, las agencia que regulan las tarifas de los servicios públicos han reconocido el “costo de oportunidad” como un factor a ser considerado para el establecimiento de tarifas dirigidas a cubrir los costos realmente incurridos en la provisión de un servicio particular (...). También los

economistas han argumentado a favor de que el costo de oportunidad sea el que se considere en el establecimiento de tarifas”⁽¹⁹⁰⁾.

La corte rechazó “el punto de vista según el cual un costo de oportunidad no es un ‘costo real’ legal ni económicamente, puesto que éste no aparece como un gasto de caja en los libros contables de la firma regulada”⁽¹⁹¹⁾. La corte devolvió el caso a la Secretaría de Transportes para “confrontar la cuestión de cómo medir apropiadamente el costo bajo un régimen de tarifas compensatorias”⁽¹⁹²⁾. Sobre el particular, la corte solicitó a la Secretaría dar “expresa consideración” a “el testimonio del profesor Kenneth Arrow, Premio Nobel de Economía, a fin de que la metodología que [la ciudad de Los Angeles] adopte para determinar el precio por el acceso [al Aeropuerto Internacional de Los Angeles] pueda lograr que las tarifas de aterrizaje pagadas por las aerolíneas reflejen el verdadero costo del campo de aterrizaje, es decir, el valor [que la ciudad] pudo haber obtenido en el mejor uso alternativo”⁽¹⁹³⁾.

La corte declaró: “este criterio aseguraría, además de un ingresos para la ciudad, que los costos reales del espacio aéreo sean transparentes para aquellos que reciben los beneficios del espacio aéreo y podría crear un incentivo apropiado para que la ciudad asigne más terrenos para su uso como aeropuertos”⁽¹⁹⁴⁾.

3.3.1.2. *Recobrar el costo de oportunidad del acceso mandatorio a través de la “regla del componente eficiente determinado por el mercado”^(xiv).*

¿Cómo las empresas determinan en la práctica los costos económicos de sus insumos? Algunos insumos son intercambiados en el mercado. Para estos insumos, la determinación del costo de oportunidad es clara porque iguala el costo de venta de cada uno de ellos. El precio de mercado del producto o servicio

(184) STIGLITZ, Joseph E., *Economics* 44 (1993) (énfasis en el original); de acuerdo, KASERMAN, David L. y John W. MAYO, *Government and Business: the Economics of Antitrust and Regulation* 32 (1995) (“Los costos económicos incluyen tanto los costos explícitos como los implícitos, mientras que los costos contables incorporan sólo los explícitos. Los costos implícitos son definidos como los costos de oportunidad de los recursos propios, donde, a su vez, el término **costo de oportunidad** es definido como el valor del recurso es su mejor uso alternativo”).

(185) POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law* 6 (4th ed. 1992).

(186) Ver: *City of Los Angeles Dep’t of Airports v. United States Dep’t of Transp.*, 103 F.3d 1027, 1032 (D.C. Cir. 1997).

(187) 187. 315 U.S. 575 (1942).

(188) 169 U.S. 466 (1898).

(189) *City of Los Angeles Dep’t of Airports*, 103 F.3d at 1032 (citando el caso *Natural Gas Pipeline*, 315 U.S. at 586).

(190) *Ibid.* (citando el caso *Pennsylvania Elec. Co.*, 60 F.E.R.C. ¶¶ 61,034, 61,120 & n.1 (1992); *Pennsylvania Elec. Co. v. FERC*, 11 F.3d 207 (D.C. Cir. 1993); BAUMOL, William J. y SIDAK, J. Gregory, *Transmission Pricing and Stranded Costs in the Electric Power Industry*, supra nota 76, 139 y ss.).

(191) *Ibid.*

(192) *Ibid.*, 1033.

(193) *Ibid.*, 1033-34 (citando la declaración de Kenneth J. Arrow (13 de mayo de 1995)).

(194) *Ibid.*, 1034.

(xiv) Nota de los traductores: por la expresión “*market-determined efficient-component pricing rule*” en el original.

provee la mejor directriz para establecer su valor económico, puesto que el precio resulta de las fuerzas fundamentales de la oferta y la demanda. La voluntad de pago de los consumidores y los costos de los oferentes se reflejan en el precio de mercado.

Pero no todos los insumos que utiliza una compañía son fácilmente intercambiables en el mercado. A las materias que no están usualmente en el mercado es necesario “imputarles” un costo -es decir, atribuirle a cada uno de ellos el valor de su mejor uso alternativo. Cuando una materia es única para la compañía o es producida por la propia compañía, el precio económicamente correcto es el mejor uso alternativo de tal materia. Por lo tanto, si un propietario-administrador de un pequeño negocio invierte su propio tiempo en administrar el negocio, el costo económico de su permanencia en el negocio es la mejor retribución que el pueda obtener en cualquier otro lugar. De igual forma, el precio que Microsoft implícitamente “se cobra” por ubicar al Internet Explorer en la plataforma Windows no debe ser menor que el precio que cobre a otros oferentes de aplicaciones de *software*, como Netscape, por ejemplo, por la instalación de sus aplicaciones en la plataforma Windows.

La “regla del componente eficiente determinado por el mercado” (M-ECPR, por sus siglas en inglés) calcula un precio de acceso que refleja el costo de oportunidad en presencia de alternativas competitivas. La M-ECPR se aproxima al problema de cómo una firma regulada debe establecer el precio de un insumo que vende a un competidor tomando en cuenta el interés público. Si una compañía produce un insumo y lo vende a otra compañía, el costo económico de ese insumo igualaría el costo directo de manufacturar ese insumo más el costo de renunciar a las ganancias que se hubieran obtenido al hacer la venta

en cualquier otro lugar. En otras palabras, el costo económico del espacio a ser arrendado por la firma a otra compañía es el costo directo de la firma de proveer el espacio **más** el ingreso no obtenido al no hacer la venta. Este razonamiento económico subyace en la fórmula M-ECPR:

“precio de acceso” = costos incrementales incurridos por el proveedor del acceso por de cada unidad + costo de oportunidad incurrido por el proveedor al proveer acceso al insumo.

Tal definición es consistente con la explicación anterior de la regla del componente eficiente⁽¹⁹⁵⁾. La M-ECPR, sin embargo, impone una restricción a la magnitud del costo de oportunidad que el creador de la regla del componente eficiente evidentemente pasó por alto. Cuando hay alternativas de mercado (tanto actuales como potenciales) para el insumo, el precio de esas alternativas determina el costo de oportunidad del insumo. La temprana literatura sobre la regla del componente eficiente no reconoce esta restricción en la magnitud del costo de oportunidad. El costo de oportunidad de un insumo iguala al valor de su mejor uso alternativo, el cual cambiará a través del tiempo. Por lo tanto, los costos de oportunidad son, por definición, proyecciones, y están sujetos a la restricción competitiva de no exceder el costo de entrada de una firma independiente eficiente⁽¹⁹⁶⁾.

Un gran número de estudios han respaldado la regla del componente eficiente en el establecimiento de precios y mejorado su teoría y práctica. Además a lo escrito y declarado por William J. Baumol, estos estudios incluyen libros, artículos, y trabajos

(195) Para ejemplos de usos de la “regla del componente eficiente”, ver: BAUMOL, William J. y & Robert D. WILLIG, *Brief of Evidence: Economic Principles for Evaluation of the Issues Raised by Clear Communications, Ltd. on Interconnection with Telecom Corporation of New Zealand, Ltd.* (sin fecha), presentado en el caso *Clear Communications, Ltd. v. Telecom Corp. of New Zealand, Ltd.*, (H.C. Dec. 22, 1992). Ver también: BAUMOL, William J. y J. Gregory SIDAK, *Toward Competition in Local Telephony* 94-95 (1994); BAUMOL, William J. y J. Gregory SIDAK, *Transmission Pricing and Stranded Costs in the Electric Power Industry*, supra nota 76, 115-38; BAUMOL, William J., *Some Subtle Issues in Railroad Regulation*, 10 Int'l J. Transp. Econ. 341, 353-54 (1983); BAUMOL, William J. y J. Gregory SIDAK, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, supra nota 76, 178-79. Usos adicionales han sido discutidos: BAUMOL, William J. y Thomas W. MERRILL, *Does the Constitution Require that We Kill the Competitive Goose? Pricing Local Phone Service to Rivals*, 73 N.Y.U. L. Rev. 1122 (1998); BAUMOL, William J., Janusz A. ORDOVER y Robert D. WILLIG, *Parity Pricing and Its Critics: A Necessary Condition for Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competitors*, 14 Yale J. On Reg. 145, 147-54 (1997).

(196) Ver: SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, supra nota 135, 319 (argumentando que la “regla del componente eficiente” incluye los costos económicos directos y los costos de oportunidad); SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *Givings, Takings, and the Fallacy of Forward-Looking Costs*, supra nota 181, 1139-47; SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *The Tragedy of the Telecommons*, supra nota 181, 1087-90.

elaborados por economistas académicos americanos como: Michael A. Crew⁽¹⁹⁷⁾, Jerry A. Asuman⁽¹⁹⁸⁾, Alfred E. Kahn⁽¹⁹⁹⁾, Paul R. Kleindorfer⁽²⁰⁰⁾, Paul W. MacAvoy⁽²⁰¹⁾, Janusz A. Ordovery⁽²⁰²⁾, John C. Panzar⁽²⁰³⁾, David S. Sibley⁽²⁰⁴⁾, Daniel F. Spulber⁽²⁰⁵⁾, William Taylor⁽²⁰⁶⁾, and Robert D. Willig⁽²⁰⁷⁾, así como el jurista Thomas W. Merrill⁽²⁰⁸⁾. La regla del componente eficiente ha captado también la atención de economistas europeos. Eminentes economistas franceses como Jean-Jacques Laffont y Jean Tirole respaldan también la regla del componente eficiente, aunque con variadas reservas sobre lo que ellos caracterizan como “sofismos” académicos⁽²⁰⁹⁾.

3.3.2. La medida de una compensación justa.

La compensación pagada por la expropiación de la propiedad privada será “justa” si equivale a la

compensación que habría derivado del intercambio voluntario⁽²¹⁰⁾. Este razonamiento económico proviene del principio utilizado para determinar una compensación justa para las expropiaciones existente tanto en el Derecho Constitucional americano⁽²¹¹⁾ como en el *Common Law* inglés⁽²¹²⁾. ¿Cuál, entonces, es el precio que el propietario podría exigir antes de compartir voluntariamente sus activos?. Otro modo de frasear la pregunta sería la siguiente: ¿cuál sería el costo total en el que incurriría el propietario al compartir el activo? El punto crítico para responder esta pregunta viene una vez más de la definición del profesor Alchian: “el costo de un evento es la oportunidad más valiosa necesariamente dejada de lado para que ocurra dicho evento”⁽²¹³⁾. El propietario del activo, por lo tanto, pediría el costo de oportunidad del activo -el cual, ante la ausencia de distorsiones

- (197) Ver, por ejemplo, CREW, Michael A. y Paul R. KLEINDORFER, *The Economics of Postal Service* 32-33 (1992); CREW, Michael A. y Paul R. KLEINDORFER, *Pricing in Postal Service Under Competitive Entry*. En: CREW, Michael A. y Paul R. KLEINDORFER (editores), *Commercialization Of Postal And Delivery Services: National And International Perspectives* 117, 122-27 (1995).
- (198) Ver: ASUMAN, Jerry A. y Timothy J. TARDIFF, *Efficient Local Exchange Competition*, 40 *Antitrust Bull.* 529, 552-54 (1995).
- (199) Ver: KAHN, Alfred E. y William TAYLOR, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors: A Comment*, 11 *Yale J. On Reg.* 225, 226 (1994).
- (200) Ver: CREW, Michael A. y Paul R. KLEINDORFER, supra nota 197, 33; CREW, Michael A. y Paul R. KLEINDORFER, supra nota 197, 122-27.
- (201) Ver: MACAVOY, Paul W., *The Failure of Antitrust and Regulation to Establish Competition in Long-Distance Telephone Services* 209 (1996).
- (202) Ver: BAUMOL y otros, supra nota 195, 147-54; ORDOVER, Janusz A. y Robert D. WILLIG, *Notes on the Efficient Component Pricing Rule*, Paper presented at The Transition Towards Competition in Network Industries, First Annual Conference, Montreal (Oct. 13-14, 1995).
- (203) Ver: PANZAR, John C., *The Economics of Mail Delivery*. En: SIDAK, J. Gregory (editor), *Governing the Postal Service* 1, 6-10; PANZAR, John C., *Competition, Efficiency, and the Vertical Structure of Postal Services*. En: CREW, Michael A. y Paul R. KLEINDORFER (editores), *Regulation And The Nature Of Postal Delivery Services* 91, 96-98 (1993).
- (204) Ver: DOANE, Michael J., SIBLEY, David S., SIDAK, J. Gregory, SPULBER, Daniel F. y Michael A. WILLIAMS, *An Economic Framework for Implementing the Pricing Provisions of the Telecommunications Act of 1996*, III-1-III-15; ver, en general, SIBLEY, David S., DOANE, Michael J. y Michael WILLIAMS, *Pricing Access to a Monopoly Input*, ensayo presentado en la conferencia del American Enterprise Institute (4 de noviembre de 1997).
- (205) Ver: SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, supra nota 135, 283-392; SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract*, supra nota 177; SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *The Tragedy of the Telecommons*, supra nota 181; SIDAK, J. Gregory y Daniel F. SPULBER, *Network Access Pricing and Deregulation*, 6 *Indus. & Corp. Change* 757, 759-60 (1997).
- (206) Ver: KAHN, Alfred E. y William TAYLOR, supra nota 199, 226.
- (207) BAUMOL y otros, supra nota 195, 147-54; ORDOVER, Janusz A. y Robert D. WILLIG, supra nota 202, 2-8.
- (208) BAUMOL, William J. y Thomas W. MERRILL, supra nota 195.
- (209) Ver: LAFFONT, Jean-Jacques y Jean TIROLE, *Access Pricing and Competition*, 38 *Eur. Econ. Rev.* 1673, 1693-98 (1994); LAFFONT, Jean-Jacques y Jean TIROLE, *Creating Competition Through Interconnection: Theory and Practice*, 10 *J. Reg. Econ.* 227, 230, 237-42 (1996).
- (210) Ver: SIDAK, J. Gregory y SPULBER, Daniel F. Supra, nota 135, 273-281. Ver también, EPSTEIN, Richard A. *Takings: private property and the power of eminent domain*. (1985), 182.
- (211) Ver, por ejemplo, *Kimball Laundry Co. v. United States*, 338 U.S. 1, 6 (1948) (opinión del Juez Frankfurter); ver también *Olson v. United States*, 292 U.S. 246, 255 (1934); *United States v. Reynolds*, 397 U.S. 14, 16 (1970).
- (212) Los juristas ingleses han enfatizado que el propósito de la compensación es “dar al propietario obligado a vender (...) el derecho de ser colocado, tanto como se pueda mediante una compensación económica, en la misma posición en la que estaría si su tierra no le hubiera sido quitada”. *Horn v. Sunderland Corp.*, 1 All E.R. 480, 491 (C.A. 1941); en el mismo sentido, *Maidstone Borough Council v. Secretary of State for the Env't*, 3 P.L.R. 66 (C.A. 1995).
- (213) ALCHIAN, Armen A., supra nota 183, 404.

regulatorias, usualmente igualará el valor de mercado⁽²¹⁴⁾.

Por lo tanto, si la Corte fijó una tarifa regulada (que podría ser incluso una tarifa gratuita) para la provisión mandatoria por parte de Microsoft de capacidad en la plataforma de Microsoft para Netscape, ese precio no sería “justo”, conforme dicta la jurisprudencia sobre expropiaciones, a menos que compense totalmente a Microsoft el costo de oportunidad, además de los costos incrementales incurridos por insertar el Netscape Navigator en la plataforma Windows. El conceder el remedio de acceso mandatorio solicitado por el Departamento de Justicia podría generar la obligación de parte del gobierno federal de responder por la diferencia no pagada a Microsoft respecto de un precio correctamente calculado por el acceso del Netscape Navigator a la plataforma Windows.

3.3.3. ¿Es el acceso mandatorio a la plataforma Windows a un precio subcompensatorio un remedio punitivo de Libre Competencia bajo otro nombre?

Se ha cuestionado si el acceso mandatorio a la plataforma Windows a “precio cero” sería permisible bajo la justificación de que tal mandato podría ser impuesto sólo si Microsoft es encontrada responsable de haber violado leyes de Libre Competencia, ya que las cortes tienen la facultad de imponer remedios punitivos a los violadores de dichas leyes⁽²¹⁵⁾. Bajo este punto de vista, el gobierno supuestamente no tendría limitaciones a su poder de ordenar acceso mandatorio aparte de la prohibición de la Octava Enmienda de imponer multas excesivas⁽²¹⁶⁾. Este argumento, sin embargo, no resiste un análisis detallado.

Es claro que la Octava Enmienda no es el único límite constitucional para la aplicación de las normas

de Libre Competencia. La Corte Suprema ha reconocido largamente que los propósitos de dichas normas en ocasiones deben ceder paso a principios constitucionales de mayor jerarquía. Desde el caso *Parker v. Brown*⁽²¹⁷⁾, por ejemplo, la Corte reconoció que, a través de la “inmunidad estatal”, el sistema federal permite a los gobiernos estatales utilizar sus prerrogativas regulatorias para suprimir la competencia⁽²¹⁸⁾. Del mismo modo, la Corte Suprema reconoció, a través de la doctrina Noerr-Pennington, que el Derecho de Petición contenido en la Primera Enmienda⁽²¹⁹⁾ exime de cualquier responsabilidad por violación a las normas de Libre Competencia incluso a los intentos de los particulares de solicitar al gobierno que “aplaste” a sus competidores⁽²²⁰⁾. Aquellos que discutirían que la Cláusula de Expropiaciones de la Quinta Enmienda limita del mismo modo la capacidad del Derecho de Libre Competencia para ordenar el acceso mandatorio a precios subcompensatorios deben explicar por qué algunos preceptos constitucionales limitan las normas de Libre Competencia y otros no. En el proceso de limitar la capacidad de las empresas no reguladas para percibir rentas monopólicas, la normativa de Libre Competencia no elimina la protección que la Cláusula de Expropiaciones otorga a la propiedad privada de dichas empresas.

Además, las normas de Libre Competencia de rango legal contemplan ya un amplio rango de sanciones, sin que tenga que sumarse a ello el uso mandatorio de la propiedad a un precio inferior a costos. Las personas naturales son susceptibles de ser encarceladas y de ser condenadas al pago de multas sustanciales, y las empresas son susceptibles de ser condenadas a multas aun mayores⁽²²¹⁾. Los demandantes particulares pueden demandar

(214) Ver, por ejemplo, BREALEY, Richard A. y Stewart C. MYERS, *Principles of Corporate Finance* 98 (1991) (destacando que “donde el recurso puede ser intercambiado libremente, su costo de oportunidad es simplemente igual al valor de mercado”).

(215) Agradecemos a Paul Brest, Decano de la Facultad de Derecho de Stanford, por elaborar esta pregunta en el simposio llevado a cabo en Stanford en honor a William Baxter en noviembre de 1998.

(216) Décimo Tercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América; ver, en general, *United States v.ajakajian*, 118 S. Ct. 2028 (1998); *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

(217) 317 U.S. 341 (1943) (sosteniendo que un programa para el marketing de pasas en California no violaba la *Sherman Act*, dado que ésta no prohibía acciones regulatorias estatales que reduzcan la competencia).

(218) Ver, por ejemplo, *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621 (1992); *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U.S. 365 (1991); *Southern Motor Carriers Rate Conf. v. United States*, 471 U.S. 48 (1985); *Hoover v. Ronwin*, 466 U.S. 558 (1984); *Bates v. State Bar of Ariz.*, 433 U.S. 350 (1977). Confrontar con: *324 Liquor Corp. v. Duffy*, 479 U.S. 335 (1987); *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

(219) Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

(220) *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965); *Eastern R.R. Presidents Conf. v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

(221) 15 U.S.C. §§ 1, 2 (1994 & Supp. 1997).

indemnizaciones triplicadas^{(222)(xv)}, con los efectos punitivos largamente reconocidos que ello conlleva⁽²²³⁾. Los remedios mandatorios están disponibles para corregir las conductas anticompetitivas⁽²²⁴⁾. Una corte no puede usar su poder para sancionar a aquél que viole la normativa de Libre Competencia ignorando las normas punitivas establecidas en dicha normativa que resultan más directamente aplicables.

Este rango de remedios nos hace preguntarnos también si una corte excedería la competencia que le confiere la normativa de Libre Competencia si ordenara el acceso mandatorio a una facilidad “cuello de botella” a un precio inferior a costo. El ejercicio de la corte de su facultad para dictar mandatos en un caso de Libre Competencia no debe inducir a una mala asignación de recursos, irreconciliable con el propio principio del bienestar del consumidor que informa a la doctrina de la Libre Competencia⁽²²⁵⁾. Este es un ejemplo del postulado general del William Baxter según el cual, si un remedio de Libre Competencia ha de ser impuesto, debe ser diseñado de modo tal que guarde coherencia con la teoría en virtud de la cual se halla responsabilidad. Sin embargo, el problema de ordenar el acceso mandatorio a una facilidad a un precio subcompensatorio -y de un acceso mandatorio *a fortiori* a “precio cero”- es que impediría una mala asignación de recursos causando otra peor. La subvaluación (*underpricing*) del acceso a una facilidad esencial es un subsidio para la entrada al mercado de los competidores de la empresa verticalmente integrada titular de dicha facilidad. Ello inducirá al sobreconsumo (y la consecuente congestión) de la facilidad⁽²²⁶⁾. Dicha

subvaluación inducirá también que el propietario de la facilidad sub-invierta en el mantenimiento o mejoramiento de la facilidad. Dicho de otro modo, como consecuencia de la sub-valoración del acceso a la facilidad esencial, no entrarán al mercado sustitutos competitivos de la facilidad. Este perverso resultado enfrentaría el remedio de acceso mandatorio con la teoría en virtud de la cual se halló responsabilidad competitiva.

3.4. “Difusión obligatoria” en violación de la Primera Enmienda.

Al seleccionar las funcionalidades que incluye o excluye de su plataforma Windows, Microsoft realiza una suerte de edición y publicación, que cada vez en mayor medida caracteriza la forma en la que se disemina la información en la sociedad ciber-literaria. Tal como la Corte Suprema afirmó en el caso *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, “para bien o para mal, la edición es para lo que están hechos los editores; y editar es seleccionar y escoger material”⁽²²⁷⁾. Para los fines de la Primera Enmienda, la selección y elección que hace Microsoft del material que coloca en su plataforma Windows no se diferencia de la decisión que hace el Washington Post de publicar una noticia, editorial o publicidad en particular. El hecho de que muchos periódicos publiquen en la actualidad ediciones electrónicas en Internet, constantemente actualizadas, refuerza la conclusión de que, tanto en el ciberespacio como en el papel, “la edición es para lo que están hechos los editores”⁽²²⁸⁾. Del mismo modo, podría verse al Internet

(222) *Ibid.* § 15.

(xv) Nota de los traductores: Por la expresión “*treble damages*” en el original, término que puede traducirse literalmente como “daños triplicados”. Algunas normas del sistema legal norteamericano prevén la posibilidad de que, luego de determinado el monto de la indemnización, el juez triplique dicho monto, de modo que se genere un mayor desincentivo para que el agente vuelva a incurrir en la conducta que determinó su responsabilidad. Esto es lo que suele denominarse como “daños punitivos”.

(223) Ver, por ejemplo, BLOCK, Michael K.; NOLD, Frederick C. y J. Gregory SIDAK, *The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement*, 89 J. Pol. Econ. 429 (1981); BLOCK, Michael K. y J. Gregory SIDAK, *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?*, 68 Geo. L.J. 1131 (1980); SIDAK, J. Gregory, *Rethinking Antitrust Damages*, 33 STAN. L. REV. 329 (1981).

(224) 15 U.S.C. § 16.

(225) La Corte Suprema ha establecido con claridad que el objetivo primordial de la Sherman Act y otras normas federales de Libre Competencia es el bienestar del consumidor. Ver: *National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 107 (1984); *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979) (citando a BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself* 66 (1978)).

(226) Para una presentación de este argumento en relación a facilidades “cuello de botella” reguladas en industrias de red, ver: SIDAK, Gregory J. y Daniel F. SPULBER, *supra* nota 135, 548-49.

(227) 412 U.S. 94, 124 (1973).

(228) La decisión de la Corte en el caso *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), no modifica esta conclusión. En este caso, el propietario de un centro comercial fue obligado a permitir que terceros distribuyan literatura dentro de sus instalaciones. Ver: *ibid.*, 88. A diferencia del diseño por parte de Microsoft de la plataforma Windows, la operación del centro comercial por su propietario generalmente implica abrir las instalaciones al público en general y no conlleva la distribución de expresiones u otra actividad editorial por parte del propietario.

Explorer de Microsoft como una enciclopedia o diccionario, mediante el cual el usuario obtiene acceso a una fuente de información con un número de temas virtualmente infinito. La decisión editorial de Microsoft de colocar el Internet Explorer en su plataforma de Windows es similar a la de una librería escogiendo ofrecer a los consumidores la *Encyclopedia Britannica* y el *Oxford Dictionary* en lugar del *World Book* y el *Webster's Collegiate Dictionary*.

En el caso *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley estatal que, en violación de la Primera Enmienda, requería a los editores de periódicos dar un espacio a las personas previamente criticadas en ellos⁽²²⁹⁾. La Corte encontró que la norma que concedía este “derecho de réplica” era una forma gubernamental de violación a la libertad de expresión que recaería sobre las prerrogativas de edición que resultan fundamentales para la operación de una prensa libre. En el caso *Microsoft*, las autoridades de Libre Competencia estatales y federales solicitaron que se imponga a Microsoft la obligación de transmitir el “discurso” (el Netscape Navigator) de Netscape. Tal mandato sería análogo a requerir al *New York Times* o al *Wall Street Journal* a que, tal vez por la importancia de su “base instalada” de suscriptores, difundan historias, editoriales o publicidades de un periódico menos leído, como el *Baltimore Sun*.

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que “El Congreso no podrá aprobar ninguna ley por la cual se (...) restrinja la libertad de expresión y de prensa (...)”⁽²³⁰⁾. El acceso mandatorio a la plataforma Windows solicitado por el Departamento de Justicia vendría a regular el contenido de una clase de expresión protegida por la Primera Enmienda. El mandato buscado sería una orden por parte del gobierno hacia una entidad privada, a fin de que transmita una forma de expresión que el gobierno ha escogido. Implícitamente, la difusión obligatoria es una apropiación (*undertaken*) incompensada, dada la

restricción que impone a la libertad de la persona a la que se aplique. En este sentido, constituye un inherente subsidio de parte del obligado a transmitir la expresión (*burdened speaker*) a favor de dicha expresión (*preferred speech*). Como dijo Thomas Jefferson, y la Corte ha repetido, “el obligar a un hombre a aportar contribuciones de dinero para la propagación de opiniones en las que no cree, es pecaminoso y tiránico”⁽²³¹⁾.

Fuera de los casos relativos a licenciarios del espectro de radiofusión (*broadcast spectrum*) u operadores de televisión por cable regulados, la Corte Suprema ha sometido a un estricto escrutinio a las leyes que ordenan “difusiones obligatorias”⁽²³²⁾. La Corte señaló en el caso *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina, Inc.* que “la Primera Enmienda garantiza la ‘libertad de expresión’, un término que necesariamente abarca tanto la decisión de qué decir como la de qué **no** decir”⁽²³³⁾. El Fiscal General Asistente Joel Klein argumentó ante la Corte en 1993, cuando fungió de asesor de la Asociación Nacional de Televisión por Cable (NCTA por sus siglas en inglés) en el caso *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, que “así como una ley que establece el mensaje mismo o el tema que debe tratar interfiere con la libertad de expresión, también lo hace una ley que requiere a un comunicador transmitir el mensaje de otro”⁽²³⁴⁾. En las siguientes páginas, nuestra discusión sobre la “difusión obligatoria” sigue el argumento expuesto por la NCTA en el caso *Turner*.

El mandato solicitado por el Departamento de Justicia contra Microsoft obligaría a dicha empresa a “transmitir el discurso de otro” al requerirle publicar y publicitar el explorador de Internet Netscape en la plataforma Windows. En efecto, en su demanda contra Microsoft, el propio Departamento de Justicia destacó “el valioso recurso que el ‘escritorio’ de la plataforma Windows representa para la provisión de *software*, publicidad y promoción”⁽²³⁵⁾. La obligación de transmitir contemplada en el mandato buscado contra Microsoft

(229) 418 U.S. 241 (1974). Para una anterior crítica a la decisión, ver: LIPSKY, Abbott B. Jr., *Reconciling Red Lion and Tornillo: A Consistent Theory of Media Regulation*, 28 Stan. L. Rev. 563 (1976).

(230) Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

(231) *Abood v. Detroit Bd. of Educ.*, 431 U.S. 209, 234 n.31 (1977) (citando a BRANT, I., *James Madison: The Nationalist* 354 (1948)).

(232) Ver, por ejemplo, *Riley v. National Fed'n of the Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781, 795-801 (1988); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 254-58 (1974); *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 633-34 (1943).

(233) *Riley*, 487 U.S. 796-97.

(234) Informe de los apelantes del caso *Turner*, supra nota 152, 12.

(235) Demanda ¶ 100, 34. En: *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232 (D.D.C. archivado el 18 de mayo de 1998).

sería “una directa e intencionada regulación del contenido de una expresión completamente protegida [por la Primera Enmienda]”⁽²³⁶⁾. El mandato diría a Microsoft qué aplicaciones debe incluir en su plataforma Windows, “aun cuando no hubiera ‘transmitido’ dichas aplicaciones voluntariamente y aun cuando su inclusión forzada pueda significar la exclusión de otras aplicaciones menos favorecidas [por el gobierno]”⁽²³⁷⁾. Como la NCTA argumentó ante la Corte en el caso *Turner* en 1993: “esta suerte de expresión obligatoria -junto con su opuesto, la prohibición de determinada expresión- ha sido objeto tradicionalmente del más exhaustivo escrutinio a la luz de la Primera Enmienda”⁽²³⁸⁾. Como la Corte destacó en 1986 en el caso *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Comisión*, “**toda** expresión inherentemente conlleva la elección de qué decir y qué no decir”⁽²³⁹⁾. Una ley “ordenando una expresión que el emisor no haría necesariamente en ausencia de la ley necesariamente altera el contenido de la expresión” y, por lo tanto, es inherentemente “basada en el contenido”⁽²⁴⁰⁾.

En 1993, los demandantes del caso *Turner* argumentaron elocuentemente por qué la intención del gobierno de promover la pluralidad de opinión no puede ser una justificación para ordenar la “difusión obligatoria”. En efecto, explica por qué, en cambio, las cortes someten a un riguroso análisis a las restricciones a la libertad de expresión: “no hay nada inusual en el hecho de que el gobierno defienda una ley que obligue a difundir determinada expresión sobre la base de considerar que dicha expresión es importante y que, en ausencia de la regulación, ésta no será recibida por una audiencia suficientemente amplia. A cierto nivel, la noción de que la expresión favorecida es de particular importancia y de que de otro modo no sería adecuadamente escuchada, subyace en todo caso en el que se obliga a difundir determinada expresión, ya que si no el gobierno no se molestaría en obligar a su difusión. Pero allí donde ese interés sea considerado suficiente, sin embargo, poco sería dejado fuera de la

protección de la Primera Enmienda contra las restricciones a la libertad de expresión. Esta clase de justificación tiene además un dudoso fundamento: la verdadera razón por la que la difusión obligatoria es sometida a un alto nivel de escrutinio es la convicción de que es inherentemente incorrecto que el gobierno insista en que los particulares transmitan alguna expresión favorecida por el gobierno (...) [E]sa clase de obligación es precisamente el reflejo de las leyes que prohíben a los comunicadores decir lo que desean. En ambas instancias -la censura y la ‘difusión obligatoria’- el gobierno está insistiendo en que sus preferencias, no las de los particulares, deberían ser las que trasciendan en el mercado de las expresiones. Si ese propósito no es suficiente para justificar la censura, como claramente no lo es, menos aún lo es para justificar la difusión obligatoria de expresiones”⁽²⁴¹⁾.

Esta afirmación es coherente con numerosas decisiones de la Corte Suprema. Como la Corte estableció en el caso *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, “la libertad de pensamiento y expresión ‘incluye tanto el derecho de hablar libremente como el derecho de abstenerse de hablar del todo’”⁽²⁴²⁾. Además de proteger contra la censura de expresiones, la Primera Enmienda abarca “necesariamente, y en distintas e intercambiables áreas, la concomitante libertad de no hablar públicamente, la cual sirve el mismo fin último que la libertad de expresión en su aspecto afirmativo”⁽²⁴³⁾. En el mismo sentido, la Corte afirmó en el caso *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, que la Primera Enmienda prohíbe “la compulsión ejercida por el gobierno sobre un periódico para publicar lo que de otro modo no hubiera publicado”⁽²⁴⁴⁾.

La Corte reafirmó esta línea de razonamiento en 1995 en el caso *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*⁽²⁴⁵⁾. Una asociación de grupos de veteranos de Boston, que se encargaba de la organización del desfile del Día de San Patricio, se rehusó a permitir a una asociación de *gays*, lesbianas y bisexuales marchar en el desfile. La Corte sostuvo que

(236) Informe de los apelantes del caso *Turner*, supra nota 152, 16.

(237) *Ibid.*

(238) *Ibid.* (citando el caso *Sable Communications of California, Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115, 126 (1989)).

(239) 475 U.S. 1, 11 (1986).

(240) *Riley v. National Fed'n of the Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781, 795 (1988).

(241) Informe de los apelantes del caso *Turner*, supra nota 152, 35-36.

(242) 471 U.S. 539, 559 (1985) (citando el caso *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 714 (1977)).

(243) *Ibid.* en 559 (citando el caso *Estate of Hemingway v. Random House, Inc.*, 244 N.E.2d 250, 255 (1968)).

(244) 418 U.S., 256.

(245) 515 U.S. 557 (1995).

aplicar una norma estatal sobre “áreas de acceso público” (*public accommodations*) para requerir a los organizadores del desfile incluir a un grupo que impartiría un mensaje que dichos organizadores no deseaban transmitir resultaba violatorio de la Primera Enmienda⁽²⁴⁶⁾. La Corte hizo una analogía entre el control que los organizadores tenían y el control que un editor tiene en un periódico⁽²⁴⁷⁾.

Como sostuvieron los demandantes en el caso *Turner*, “el ejercicio de la discreción editorial, desde luego, no es prerrogativa exclusiva de los periódicos. Como la Corte ha reconocido, ‘a través de su programación original o de ejercitar su discreción editorial sobre qué programa o estaciones incluye en su repertorio, [un operador de cable] busca transmitir mensajes de una amplia variedad de temas y formatos’”⁽²⁴⁸⁾. Dicho razonamiento -similar al expuesto posteriormente por la Corte en el caso *Hurley*, que los demandantes del caso *Turner* anticiparon en 1993- puede aplicarse con la misma, o incluso mayor contundencia a Microsoft, la plataforma Windows y al Internet Explorer. Al afirmar que un régimen que impone a los monopolios regulados de televisión por cable el deber de transmitir ciertas expresiones sería inconstitucional, los demandantes del caso *Turner* nos proveen de un poderoso argumento para afirmar que imponer a Microsoft un remedio de acceso mandatorio sería también inconstitucional, bastando para ello reemplazar en el siguiente párrafo el término “operadores de cable” por “Microsoft”:

“La ley que impone el deber de transmitir determinadas expresiones (...) deliberada y explícitamente busca hacer a un lado la libertad de elección, en aras de hacer de los operadores de cable transmisores de las expresiones que el gobierno busca promover. La ley, tanto por su finalidad como por sus efectos, no es diferente de una ley que estableciera que, ‘las estaciones de difusión locales tendrán el derecho absoluto de determinar las noticias,

entretenimiento e información que se mostrará al público’. Así como los comunicadores sujetos a una junta de censura, el derecho de los operadores de cable a seleccionar su propia programación se relega a un segundo plano en relación con las preferencias de las entidades designadas por el gobierno. Si se le considera como una abrogación de su discreción editorial, o como una violación a su derecho de comunicar sólo lo que ellos escogerían voluntariamente, la ley guarda poco respeto a los antiguos principios de la libertad de expresión y de prensa”⁽²⁴⁹⁾.

Como destacamos previamente, el Juez Williams alcanzó esta misma conclusión en su voto disidente de la decisión de la corte de primera instancia del caso *Turner*, en 1993⁽²⁵⁰⁾.

El Departamento de Justicia solicitó que se otorgue acceso mandatorio a la plataforma Windows sólo a un “comunicador”, Netscape, y que cada productor de computadoras personales pueda remover libremente el Internet Explorer de Microsoft de tales equipos. De ese modo, el consumidor final podría nunca recibir los mensajes y elecciones editoriales que Microsoft haría a través de la publicación de Internet Explorer en su plataforma Windows a no ser por el referido mandato⁽²⁵¹⁾. El remedio solicitado, por lo tanto, estaría discriminando entre los mensajes y decisiones editoriales hechas por Microsoft a través de su Internet Explorer y los mensajes y decisiones editoriales hechas por Netscape a través de su Navigator. El mandato, entonces, estaría considerando que los mensajes y decisiones editoriales de Microsoft requieren menos atención pública que las de Netscape. Tal discriminación entre comunicadores es sujeta a un estricto escrutinio⁽²⁵²⁾ y ha sido considerada como violatoria de la Primera Enmienda⁽²⁵³⁾. Más aun, el argumento que en 1993 presentaron los demandantes del caso *Turner* deja claro que el remedio de acceso mandatorio a la plataforma Windows que el Departamento de Justicia y los fiscales generales

(246) Ver *ibid.*, 566.

(247) Ver *ibid.*, 570.

(248) Informe de los apelantes del caso *Turner*, *supra* nota 152, 8 n.12 (citando el caso *City of Los Angeles v. Preferred Communications, Inc.*, 476 U.S. 488, 494 (1986) y *FCC v. Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689, 707 (1979).

(249) *Ibid.*, 19-20.

(250) Ver: *Turner Broadcasting Sys., Inc. v. FCC*, 819 F. Supp. 32, 67 (D.D.C. 1993) (voto en discordia del Juez Williams).

(251) Como destacamos anteriormente, los fiscales generales estatales solicitaron el acceso mandatorio para el Netscape Navigator u otro explorador de Internet. Ver: Propuesta de los fiscales generales estatales, *supra* nota 158.

(252) Ver, por ejemplo, *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 207 (1992).

(253) Ver, por ejemplo, *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, 116 (destacando que “las regulaciones que permiten que el gobierno discrimine sobre la base del contenido de los mensajes no pueden ser tolerados, de acuerdo a la primera enmienda”) (citando el caso *Regan v. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 648-49 (1984)).

estatales solicitaron que la Corte imponga a Microsoft, debería ser sometido a un estricto escrutinio aun en el caso que dicha empresa fuera considerada monopolista:

“(E)n el caso *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* (...), la Corte, aunque reconocía que muchas localidades tienen sólo un periódico (...), dejó claro que las leyes que ordenan la publicación de cierto material designado deben ser revisadas a la luz del más estricto estándar de la Primera Enmienda. Los defensores de un derecho de acceso forzoso en el caso *Tornillo* señalaron las ‘rasgos dominantes de una prensa que se ha tornado no competitiva y enormemente poderosa’, que se manifiestan en características tales como ‘cadenas de periódicos, periódicos de cobertura nacional, servicios de cable y noticias nacionales, y ciudades con un solo periódico’ y un ‘monopolio controlado por el dueño del mercado (...)’. La Corte, sin embargo, sometió a un estricto escrutinio la ley que determinaba el acceso mandatorio, sosteniendo que los indicios de concentración económica eran insuficientes para defender tal acceso o para justificar la intrusión del gobierno en la función editorial”⁽²⁵⁴⁾.

Nuevamente, este argumento podría ser aplicable con tanta o mayor consistencia a Microsoft y su supuesto dominio de los sistemas operativos de computadoras personales. Para establecer, bajo un estricto análisis, que el remedio de acceso mandatorio que solicitan era constitucional, el Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales tendrían que demostrar que “la regulación es necesaria para servir a un interés estatal imperativo y que está intensamente relacionada al logro dicho fin”⁽²⁵⁵⁾. Las numerosas teorías de supuestas violaciones a la libre competencia por parte de Microsoft contenidas en las demandas del Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales no indicaban expresamente qué “interés estatal imperativo” era el que supuestamente había que proteger y que el remedio de acceso mandatorio solicitado estaba “intensamente dirigido a lograr”. Sin embargo, aun en el caso que los referidos *enforcers* de la Libre Competencia señalaran que prevenir la monopolización de los sistemas operativos para computadoras personales es su objetivo, les sería muy difícil demostrar que el acceso mandatorio a la plataforma Windows de **sólo un** (o a lo sumo dos) **productor(es)**

de exploradores de Internet sería un medio intensamente dirigido a conseguir la competencia entre sistemas operativos. El remedio solicitado fallaría en su intento de conseguir dicho propósito porque, lamentablemente, no incluye a todos los que debería: en lugar de intentar que la plataforma Windows se convierta en un portador común de aplicaciones de *software*, el remedio solicitado solamente convertiría la plataforma Windows en el portador exclusivo (o casi exclusivo) de Netscape para su explorador Navigator - un portador privado que incluso podría ser forzado a denegar el transporte al explorador de Internet de la propia Microsoft. Además, incluso si el acceso mandatorio fuera considerado por una corte como un medio intensamente dirigido a cumplir el referido objetivo gubernamental, no puede afirmarse que el gobierno podría ordenar a Microsoft conceder tal acceso mandatorio **gratuitamente**. Ello configuraría una expropiación, como demostramos anteriormente.

La orden de acceso mandatorio solicitada contra Microsoft sería inconstitucional incluso si el estándar de revisión aplicable fuera menor que un “estricto escrutinio”. Tal vez las autoridades de Libre Competencia federales y estatales deseen que Netscape reciba una mayor audiencia para las expresiones y elecciones editoriales que realiza a través de la publicación en su explorador de Internet en los sistemas operativos de computadoras personales. Pero tal interés, aun asumiendo que sea legítimo, podría ser conseguido a través de asistencia directa o subsidios del gobierno y no podría, nuevamente citando el informe de los demandantes del caso *Turner* ante la Corte Suprema, “justificar que se ordene a los comunicadores privados a transmitir los mensajes de otro”⁽²⁵⁶⁾.

La Corte Suprema no ha extendido el mismo nivel de protección respecto de mandatos de difusión obligatoria a medios electrónicos regulados. En el caso *Red Lion*, en 1969, la Corte defendió la regla de la FCC que imponía a las empresas de radiodifusión (*broadcasters*) conceder el derecho de réplica. La Corte distinguió entre la prensa escrita y la prensa de radio y televisión debido a que esta última estaba intensamente regulada en razón de la supuesta escasez del espectro electromagnético y a que es el gobierno quien licencia dicho espectro bajo un estándar de interés público.

(254) Informe de los apelantes del caso *Turner*, supra nota 152, 33 (citando el caso *Tornillo*, 418 U.S., 249 & n.13, 249, 251, 256, 258).

(255) *Burson*, 504 U.S., 198 (citando el caso *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 45 (1983)).

(256) Informe de los apelantes del caso *Turner*, supra note 152, 15.

Del mismo modo, en el caso *Turner*, las compañías de televisión por cable impugnaron, basándose en la Primera Enmienda, el requerimiento de la *Cable Act* de 1992 para que transmitan la señal de las televisoras locales. Los operadores de cable afirmaron que este requerimiento los obligaba a involucrarse con expresiones con las que no estaban de acuerdo. La Corte Suprema, enfatizando el carácter de portador común que tienen los sistemas de cable, no encontró una violación a la Primera Enmienda.

El caso *Microsoft* se asemeja más al caso *Tornillo* que a los casos *Red Lion* o *Turner*. Así como el diario *Miami Herald*, el sistema operativo Windows de Microsoft es una plataforma para la distribución de expresiones y elecciones editoriales. La inserción obligatoria del explorador Netscape en cada copia de Windows está dirigida a competir ante las expresiones y elecciones editoriales que Microsoft ya provee a través de Internet Explorer. En contraste, la plataforma Windows de Microsoft puede ser distinguida de una televisora o un operador de cable. Para competir en el mercado, el Windows de Microsoft (así como el *Miami Herald*) no necesita como prerrequisito para llevar a cabo sus negocios obtener licencia, franquicia o certificado de conveniencia pública alguno, así como tampoco ningún espectro licenciado por el gobierno o un "derecho de vía" público. A diferencia de una televisora, Microsoft no opera de acuerdo a determinado estándar de interés público; a diferencia de un operador de televisión por cable, Microsoft no está sujeta a una tarifa o a la regulación de sus precios con relación a la venta del sistema operativo Windows. Microsoft no es un portador común, y los mandatos solicitados por el Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales no podrían tener el efecto práctico de convertirlo en uno, dado que impondrían sobre Microsoft el deber de transmitir **sólo** los exploradores de Internet de Netscape, o a lo sumo los de otra compañía más. A través del diseño de Windows, Microsoft logró un control editorial mayor que el que tiene un operador de cable que retransmite pasivamente a un cable coaxial la programación que los originadores de programas emiten desde un satélite.

En resumen, las especiales características que conducirían a una corte a determinar que una televisora o un operador de televisión por cable puede estar obligado a transmitir los mensajes de un tercero no se presentan en el caso de la plataforma Windows. Dicha plataforma es, en todos los aspectos relevantes, el análogo electrónico del *Miami Herald*. La Primera Enmienda, por lo tanto, limita estrictamente el poder

del gobierno para ordenar a Microsoft abrir la plataforma Windows a terceros que buscan difundir sus propios mensajes a través de dicho medio de difusión.

3.5. Recapitulación.

Los abogados y economistas han expuesto numerosas razones por las que los remedios mandatorios solicitados contra Microsoft por el Departamento de Justicia y los fiscales generales estatales afectarían a los consumidores y constituirían un desperdicio de recursos judiciales. Dado que se trata de un caso de Libre Competencia, sin embargo, tal vez sea menos obvio que ciertos aspectos de los mandatos solicitados contra Microsoft violarían además los derechos constitucionales a la propiedad privada y a la libre expresión de Microsoft.

Microsoft tiene poderosas razones para afirmar que el acceso mandatorio a su plataforma Windows solicitado por las autoridades de Libre Competencia sería una invasión física a la propiedad de Microsoft y constituiría una expropiación propiamente dicha, de acuerdo a lo establecido en el caso *Loretto*. Dicha expropiación sería además subcompensada y por lo tanto inconstitucional, dado que de la solicitud del Departamento de Justicia puede entenderse que se pretende que el acceso mandatorio sea gratuito. Para evitar el constituir una expropiación, un mandato ordenando el acceso obligatorio tendría que contemplar un precio de acceso que compense completamente a Microsoft directamente por los costos incrementales y de oportunidad en los que incurriría para permitir tal acceso a Netscape u otros productores de exploradores de Internet.

En adición a esta cuestión relacionada a lo expropiatorio del mandato, el caso Microsoft plantea una cuestión legal más novedosa: ¿viola el mandato contra Microsoft para que publique y promueva el *software* de otra compañía en su plataforma Windows su derecho a la libertad de expresión y asociación de acuerdo a lo establecido en la Primera Enmienda? Un mandato ordenando a Microsoft insertar aplicaciones de *software* de otras compañías dentro de la plataforma Windows sería como una ley que requiriese a un periódico publicar historias escritas por otros periódicos, o que requiriese a un vendedor de libros vender aquellos libros que de otro modo no vendería. La Primera Enmienda prohíbe tales restricciones a la libertad de expresión.

El caso *Microsoft*, entonces, ilustra como la Primera y Quinta enmiendas pueden limitar significativamente los remedios de acceso mandatorio

que se suelen otorgar en virtud de la doctrina de las facilidades esenciales. Las protecciones constitucionales a la propiedad privada y a la libertad de expresión limitarían estrictamente -o al menos impondrían un alto precio- cualquier mandato que ordene a Microsoft conceder acceso a Netscape a la plataforma Windows. Cualquier logro del gobierno en encontrar responsabilidad por la violación a las normas de Libre Competencia puede ser considerado pírrico si es que no se encuentra un remedio que pueda lograr a un menor costo el acceso de los competidores a la plataforma Windows.

4. Conclusión.

La doctrina de las facilidades esenciales no se ha constituido como un cuerpo del Derecho de la Libre Competencia que, consistente con la enseñanza y práctica de William Baxter, logre remedios factibles para los daños competitivos que se han verificado. Las cortes americanas han ordenado el acceso a facilidades consideradas “esenciales” sólo en un pequeño número de casos. Las cortes han sido reacias a aplicar remedios de acceso mandatorio quizás porque no se han sentido competentes para prescribir y monitorear los precios, términos y condiciones de dicho acceso. Sin embargo, los *enforcers* estatales y federales de la Libre Competencia continúan solicitando el acceso a facilidades de competidores como remedios mandatorios

en casos cada vez más complejos desde el punto de vista tecnológico y económico -aun cuando, como en el caso Microsoft, eviten utilizar la etiqueta de “facilidades esenciales”. Un siglo de procesos de Libre Competencia no ha podido producir un marco coherente en el cual las cortes puedan supervisar la forma de determinar los precios, términos o condiciones del acceso al mítico “único puente que cruza el Mississippi” en el caso *Terminal Railroad*. Es claro que existen buenas razones para cuestionarse si en futuros litigios se descubrirá tal marco mientras las autoridades de Libre Competencia soliciten acceso mandatorio a líneas de códigos de *software*.

La trayectoria de Bill Baxter merece un comentario adicional: como otros que lo conocieron, apreciamos que nos relacionen a él. Nos maravillamos con su pasión y talento para el entendimiento profundo, y con sus sinceras, precisas y sorprendentes expresiones. El fundamental e inevitable compromiso de Bill era incrementar el bienestar social. El cumplió ese compromiso -a través de sus enseñanzas y su servicio en el gobierno- en muchas formas. Algunas se hicieron obvias a través de grandes titulares. Otras influenciaron en silencio amplias áreas del comercio y la industria. Es una satisfacción recordar, cada vez que usamos un teléfono, una computadora o una tarjeta de crédito - para nombrar sólo algunos de los ejemplos más obvios- que los logros de Bill hicieron justicia a sus cualidades e ideales. ^{AP}