

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

Robert H. Bork **

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ 372 U.S. p. 281 (1963)

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibid.* p. 177.

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

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

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

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

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

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

TEMAS PRINCIPALES EN LA REGLA DE LA RAZON

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

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

¹⁴ 378 U.S. en 177-78 n.1.

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

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

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

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

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

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

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

El Establecimiento de la Tradición Principal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Regla de la Razón del Juez Peckham

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ 24 Stat. 379 (1887)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ 166 U.S. 290, 328 (1897).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹ *Ibid.* p. 323.

⁴² *Ibid.* p. 329.

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

⁴⁴ *Ibid.* p. 352.

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

⁴⁶ *Id.* p. 342.

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

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

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

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

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

⁴⁸ Véase el texto en la páginas siguientes.

⁴⁹ 166 U.S. p. 351.

⁵⁰ Ibid. p. 356.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁴ 171 U.S. p. 567-568.

⁵⁵ *Ibid.* p. 567.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ *Ibid.* p. 616.

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

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

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

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

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

El juez Taft: el concepto de accesividad

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

*Addyston Pipe & Steel*⁶⁴, hizo un intento ambicioso de proveer a la Sherman Act de una fórmula más trabajada.

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

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

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

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

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

⁶⁶ *Ibid.* p. 284.

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

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

Acuerdos

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

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

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

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

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

⁶⁷ Ibid. p. 283.

⁶⁸ Ibid. p. 282.

⁶⁹ Ibid. p. 281. Párrafo añadido.

⁷⁰ Véase Sección II de este artículo.

⁷¹ 85 Fed. p. 280

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

⁷³ 139 U.S. 79 (1891).

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

⁷⁵ 85 Fed. p. 271.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹ 85 Fed. p. 282.

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

La regla de la razón del juez White de 1911

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ 221 *U.S.* 1. pp. 50-51.

⁸⁶ *Ibid.* p. 51.

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

⁸⁸ 221 *U.S.* p. 57.

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

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

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

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

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

⁸⁹ Ibid. pp. 57-58.

⁹⁰ Ibid. p. 58.

⁹¹ Ibid. p. 57.

⁹² Ibid. p. 59.

⁹³ Ibid. p. 49.

⁹⁴ Id. p. 60.

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

⁹⁶ 221 U.S. pp. 106, 179.

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

⁹⁸ 221 U.S. pp. 1, 64-68.

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

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

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

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

Las oscuridades del juez Harlan

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

Robert H. Bork

⁹⁹ 221 U.S. pp. 106, 179.

¹⁰⁰ 221 U.S. pp. 1, 75.

¹⁰¹ *Ibid.* pp. 75-77.

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

¹⁰³ 221 U.S. pp. 1, 66.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 320.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El juez Hughes y la fijación vertical de precios

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

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

El establecimiento de temas desviados en la regla de la razón

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

La ley de acuerdo al juez Holmes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁸ *Ibid.* p. 405.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 404.

¹²⁰ *Ibid.* p. 405.

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

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

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

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

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

¹²¹ Ibid. p. 410.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibid. pp. 410-411.

¹²⁴ Ibid. p. 411.

¹²⁵ Ibid. p. 407-408.

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

¹²⁷ Ibid. p. 407.

¹²⁸ Véase el texto que sigue a la nota 72.

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

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

La ley de acuerdo al juez Brandeis

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

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

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

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

Robert H. Bork

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

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

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

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

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

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

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

¹³² Resumen para los Estados Unidos, p. 9.

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

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

¹³⁵ 246 U.S. pp. 231, 238.

¹³⁶ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁰ Ibid. p. 241.

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

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

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

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

La persistencia de temas divergentes en la regla de la razón

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

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

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

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

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

¹⁴³ Véase las páginas anteriores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 396.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 401.

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

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 224.

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

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

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

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

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

¹⁵¹ Ibid. pp. 360-361.

¹⁵² Ibid. pp. 367-373.

¹⁵³ Ibid. pp. 366-367.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁷ Ibid. p. 363.

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

¹⁵⁹ Ibid. pp. 373-374.

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

¹⁶¹ Ibid. p. 164.

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

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

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

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

¹⁶² *Ibidem*.

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

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

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

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 262.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

La política inherente en la tradición principal

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

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

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

¹⁷¹ 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹⁷² 370 U.S. 294 (1962).

¹⁷³ 52 F. Supp. 362 (1943).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las políticas Subyacentes a la Tradición Brandeis

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

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

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

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

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

La superioridad de la política de la tradición principal

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

La realidad económica de distinciones requeridas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La necesidad de estándares

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸² 229 U.S. 373 (1913).

¹⁸³ 234 U.S. 216 (1914).

¹⁸⁴ 255 U.S. 81 (1921).

¹⁸⁵ 274 U.S. 445 (1927).

¹⁸⁶ 372 U.S. 29 (1963).

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁸ 229 U.S. 373, 377.

¹⁸⁹ Ibid. p. 376.

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

¹⁹¹ 234 U.S. pp. 216, 221.

¹⁹² Ibid. p. 223.

¹⁹³ Ibidem.

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

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

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

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

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

¹⁹⁴ 255 U.S. pp. 81, 89. 1921.

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

¹⁹⁶ 273 U.D. pp. 392, 397. 1927.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 398.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹⁹ Ibid. p. 77.

²⁰⁰ 372 U.S. p. 29. 1963.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰⁵ *Ibid.* p. 289.

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

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

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