

## EL DERECHO *ANTITRUST* EN LA NUEVA ECONOMÍA \*

Richard A. Posner \*\*

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

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

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

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

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

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

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

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

La propiedad intelectual se caracteriza por tener costos fijos pesados en comparación con su costo marginal. Crear es normalmente caro, pero una vez que se ha creado, el costo de hacer copias adicionales es bajo, especialmente en el caso de *software*, donde hablar de costo marginal cero es apenas una ligera exageración<sup>1</sup>. Sin protección legal, el creador de propiedad intelectual puede no llegar a recuperar su inversión, toda vez que sus competidores podrían aprovecharse gratuitamente de ella; así, la protección legal puede expandir la producción en vez de reducirla, como sucede en el típico caso de un monopolio. Al mismo tiempo, la protección legal de la propiedad intelectual puede operar desviando a los consumidores

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

<sup>1</sup> Pero de todas maneras una exageración, toda vez que existen costos por la venta y el servicio asociados con cada venta o alquiler de *software*.

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

La legislación sobre patentes y derechos de autor trata de alcanzar el balance de maximización de la producción dándole al creador de propiedad intelectual alguna, pero incompleta, protección frente a la competencia. Los derechos de autor confieren una protección más prolongada que las patentes porque, tradicionalmente, había menos que proteger –sólo la forma cómo el compositor, pintor, escritor, etc., eligió expresar sus ideas, y sólo copiarlas, no descubrimientos independientes. La extensión de los derechos de autor sobre *software* ha sido controvertida. Muchos consideran que confiere excesiva protección, ya sea al restringir en lugar de expandir la cantidad de propiedad intelectual, o al atraer excesivos recursos para la producción de dicha propiedad en relación con la inversión en mercados que no producen ganancias monopólicas (o ambos), debido a las dificultades de inventar un código innovador. Se argumenta, incluso, que los métodos de distribución de *software* usualmente permiten al creador obtener por la vía contractual aún más protección de la que las leyes de derechos de autor le dan. Los derechos de autor confieren al titular un derecho de propiedad sobre su propiedad intelectual incluso cuando ésta está en manos de una persona con la que no ha contratado, como el comprador de un libro protegido por derechos de autor en una librería. En la medida que el creador del *software* contrate directamente con el comprador final, puede imponerle contractualmente más restricciones que las que la ley sobre derechos de autor le permitiría en ausencia de contrato<sup>2</sup>; por ejemplo, podría prohibirle que obtenga una copia extra para su uso personal, lo cual la ley sobre derechos de autor sí permite. Es cierto que es improbable que un contrato tenga la misma duración que la protección de los derechos de autor, pero la duración de la protección en el caso del *software* es una cuestión teórica, pues éste se vuelve obsoleto mucho antes de que expiren los derechos de autor sobre él. Cuando la discriminación es menos que perfecta, el efecto en la producción es indeterminado, como explicaré brevemente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

innovaciones tecnológicas posteriores por parte de otras empresas. Si las externalidades de la red son grandes, éstas podrían dar al monopolista una ventaja a nivel de costos que sobrepasaría el beneficio de una tecnología nueva y superior. Este es el problema de la “dependencia de vía”: una industria puede estancarse con una tecnología inferior a causa de la ventaja a nivel de costos de la red existente<sup>3</sup>.

A pesar de aparentar lo contrario, las leyes *antitrust* no están muy preocupadas por el monopolio en sí<sup>4</sup>. No constituye violación a dichas normas el adquirir un monopolio por medios legales, y esos medios incluyen innovaciones protegidas de la competencia por leyes de propiedad intelectual. Si la protección de los derechos de autor de *software* de computadoras es demasiado amplia (demasiada protección de la propiedad intelectual puede reducir la producción, y, por ese motivo, mucha innovación puede también ser ineficiente<sup>5</sup>), esa es una cuestión a tratar con el Congreso. Tampoco constituye una violación a las leyes *antitrust* el cobrar un precio monopólico, o hacer una discriminación de precios en un esfuerzo por maximizar las ganancias del monopolio. Y ahora que la jurisprudencia del caso *Alcoa*<sup>6</sup> está desacreditada, se entiende que un monopolista es libre de competir, ya sea frente a la franja competitiva en su propio mercado monopólico o frente a potenciales competidores, tan enérgicamente como lo haría cualquier empresa en un mercado competitivo, siempre que no emplee tácticas para conducir a una empresa tan o más eficiente que ella fuera del mercado<sup>7</sup>. El hecho de que un monopolista apoyado en las externalidades de la red sea difícil de desplazar incluso por una empresa con una tecnología superior, no tiene en sí mismo importancia para el derecho *antitrust*. Lo que sí es cierto es que una empresa está prohibida de entrar en una concertación de precios con sus competidores, o de adquirir a algún competidor si tal adquisición va a alterar la estructura del mercado para hacerla más

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

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

Esta es una mala interpretación de la Escuela de Chicago, al menos si puedo ser considerado como un miembro vigente de ésta<sup>8</sup>. El enfoque es escéptico – pero ninguna palabra más fuerte sería correcta– acerca del peligro para la competencia de acciones unilaterales de una empresa, unilaterales en el sentido específico de que no requieren de la cooperación de otros competidores (usualmente requieren de la cooperación de los clientes y proveedores). El enfoque pone énfasis tanto en la dificultad de aplastar a la competencia a

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

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

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

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

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

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

través de tales medios como en el peligro de que la severidad en la imposición de las normas *antitrust* pueda suprimir una práctica aparentemente anticompetitiva pero en la práctica eficiente, o al menos neutral, desde una perspectiva más amplia. Un clásico ejemplo son las cláusulas de atadura, entendidas usualmente como el medio por el cual una empresa con un monopolio sobre un mercado (el mercado del producto atador) puede obtener un segundo monopolio (sobre el mercado del producto atado). Se pasó por alto el hecho de que los casos involucraban productos complementarios (martillos y clavos, por ejemplo), de manera que, por definición de la complementariedad, un intento por incrementar el precio de alguno de ellos reduciría la demanda del otro<sup>9</sup>. Poseer ambos monopolios produciría un incremento en las ganancias netas del monopolista sólo si el segundo monopolio le permite dedicarse a la discriminación de precios más fácilmente, utilizando las ventas del producto atado para monitorear la intensidad de la demanda del servicio (por ejemplo martillar clavos) a que los productos dan conjuntamente lugar. Aun cuando la discriminación de precios no tienda generalmente a incrementar eficiencia<sup>10</sup>, es poco probable que la prohibición de una de sus formas haga algún bien, dado que no existe ninguna prohibición general *antitrust* frente a la discriminación de precios.

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

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

Pero el escepticismo respecto de las acciones monopólicas unilaterales no es lo mismo que negarlas. El caso *Standard Fashion*<sup>11</sup> ha sido utilizado largamente por algunos miembros de la Escuela de Chicago para ilustrar una acción unilateral que bien podría haber incrementado el poder monopólico del demandado<sup>12</sup>. El demandado fabricaba una línea de modelos de vestidos para mujer (usados por ellas mismas para hacerse sus propios vestidos) que era muy popular. Los minoristas creyeron que era fundamental poder vender la línea. El demandado les exigió acordar no vender ninguna línea competidora. Los fabricantes competidores podían, en principio, crear sus propios puntos de venta, pero ¿quién les compraría si no se iba a encontrar en ellos la marca más popular? Los fabricantes competidores tendrían que crear una línea tan grande y tan popular como la de *Standard Fashion*, y eso sería algo difícil, sino imposible, de conseguir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es importante advertir que el monopolista no tendrá ningún incentivo para dedicarse a prácticas de exclusión, a no ser que su monopolio sea frágil, esto es, vulnerable al acceso de nuevos participantes. Cuanto más vulnerable sea, sin embargo, menos probable será que perdure, aun cuando el monopolista recurra a dichas prácticas. Este punto no fue tomado en cuenta en la crítica de Robert Bork a lo resuelto en el caso<sup>13</sup>. Él argumenta que Standard no podía obtener un precio monopólico de sus vendedores dos veces, primero al cobrarles los costos que el mercado asumiría y luego al forzarlos a entrar en contratos de exclusividad. Eso es cierto, pero lo que Standard sí hubiera sido capaz de hacer era aumentar la duración de su monopolio.

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

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

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

<sup>14</sup> 312 U.S. 457 (1941).

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

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

## II

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

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

Lo que sí resulta problemático es la estructura institucional de la ejecución del derecho *antitrust*. Para empezar, los casos de la nueva economía presentan preguntas de hecho inusualmente difíciles, debido a la complejidad técnica de los productos y servicios producidos por las industrias de la nueva economía. Tales preguntas pueden ser más centrales que periféricas para los temas *antitrust*, como cuando un demandante protesta porque el demandado ha cambiado un protocolo técnico o interfase para dificultar que el producto del demandante trabaje con la red, o cuando el demandado sostiene que la revelación de un protocolo le permitirá a sus competidores, mediante ingeniería inversa, privarle de un valioso secreto comercial que no sería viable proteger mediante derechos de propiedad o patentes<sup>11</sup>. El segundo ejemplo es un aspecto de dos preguntas más generales, ambas también muy difíciles y técnicas –los méritos relativos de la provisión y estandarización del monopolio como métodos para optimizar una red, y la adecuación de hecho de los derechos de autor y las patentes relativos a las normas sobre secretos comerciales para proteger las inversiones en *software* y otros productos de la nueva economía. Preguntas similares han surgido en otros contextos de redes *antitrust*, notablemente en la industria telefónica, pero ellas simplemente son más difíciles de entender para un lego en el contexto de la nueva economía.

Un problema adicional está en el hecho de que es difícil encontrar expertos verdaderamente imparciales y competentes para aconsejar a los abogados, jueces, y a los organismos reguladores en cuestiones técnicas de la nueva economía. No existen tantos de ellos, y casi todos están empleados por, o tienen otro tipo de vínculos financieros, con las empresas involucradas en o potencialmente afectadas por litigios *antitrust* en este sector. La División Antitrust no contrata a *ningún* científico informático o ingeniero eléctrico, pero sí depende totalmente de consultores, de la misma manera que lo están, creo yo, todas las oficinas *antitrust* estatales; y, como digo, es difícil encontrar un consultor en la nueva economía que sea al mismo tiempo competente y desinteresado<sup>12</sup>.

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

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

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

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

Una medida posible sería replicar del procedimiento de arbitraje, lo siguiente: En un caso técnicamente complejo, el juez podría ordenar a cada parte nombrar a un experto técnico, y los dos expertos elegidos de esta manera podrían acordar elegir a un tercero, un experto imparcial, al que el juez nombraría como el experto nombrado por la corte<sup>15</sup>, en confianza de que no se dejará confundir por ninguna de las partes. El problema, como mencioné anteriormente, es que puede haber muy pocos expertos verdaderamente imparciales en el sector de alta tecnología con la pericia requerida para un caso particular, y además esos pocos estarían reacios a involucrarse en un litigio. Dejando ese problema de lado, un comité técnico compuesto de dos expertos nombrados por las partes y uno neutral podría asistir al juez o al delegado del jurado en la formulación de una orden (unánime o en discordia) en caso ellos participen en un caso *antitrust* contra una empresa de la nueva economía. Esto es más necesario que en el caso de expertos en economía en guerra, porque los principios económicos que recaen en el derecho *antitrust* pueden ser explicados de manera intuitiva; los principios técnicos usualmente no pueden.

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

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

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

<sup>15</sup> Como autoriza expresamente Fed R. Evid. 706.

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

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

La no sincronización entre el tiempo del Derecho y el tiempo real de la nueva economía trae problemas en dos sentidos. En primer lugar, un caso *antitrust* que involucre a una empresa de la nueva economía podría prolongarse por tanto tiempo en relación con las condiciones cambiantes de la industria, como para volverse irrelevante, inútil. Ese era un problema incluso en la economía antigua. Recordemos, por ejemplo, que para el momento en que el caso de monopolización en contra de Alcoa terminó su paso por las cortes, Alcoa ya había perdido su monopolio por razones ajenas al litigio; como consecuencia de ello, la sentencia en contra de Alcoa ofreció poco más que una reparación simbólica (la "desinversión" de Alcoa en su subsidiaria de Canadá, un productor fuerte, pero cuyo impacto en el mercado estadounidense fue prevenido por los aranceles estadounidenses<sup>16</sup>). Es probable que este tipo de problemas sea más frecuente en la nueva economía.

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

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

Me gustaría tener una solución a estos problemas, o al menos para algunos de ellos, pero no la tengo. Como menores paliativos, me gustaría ver un mayor empleo de expertos neutrales, como ya expliqué, y también me gustaría que la División Antitrust y la Federal Trade Commission fueran provistas de las partidas necesarias que permitan a cada una de estas agencias contratar a un competente equipo técnico<sup>17</sup>. Eso no será fácil, dados los salarios que los científicos e ingenieros de la nueva economía exigen en el mercado privado. Pero existe un problema más serio, y éste es la obsolescencia del conocimiento técnico que, combinado con la estabilidad laboral en las agencias del gobierno, puede prevenir a las agencias de mantener a un equipo técnico que no esté al corriente de la última tecnología. Esta es una objeción, por cierto, a una alternativa que yo considero claramente poco prometedora, cual es la de tener una corte especializada y técnica, compuesta de jueces con formación técnica. Es probable que su formación esté desactualizada antes de convertirse en jueces, a no ser que tengamos un sistema en el cual la regulación de la nueva economía esté encomendada a jueces, abogados e ingenieros de 25 años de edad.

Ahora, volviendo a medidas más radicales, me gustaría ver, primero, los estados despojados de su autoridad para interponer acciones *antitrust*, federales o estatales<sup>18</sup>, excepto en circunstancias en las que una empresa privada sería capaz de demandar, como cuando el estado demanda a las empresas que están fijando los precios de los bienes y servicios que le venden al estado. (En otras palabras, sólo su poder de interponer acciones *parens patriae* sería abrogada). Los estados no tienen los recursos para hacer más que aprovecharse de los procesos *antitrust* del gobierno federal, complicando su resolución; además, son demasiado propensos a ser influenciados por grupos de interés que pueden representar a potenciales competidores del demandado en un proceso *antitrust*.

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

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

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

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

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

Una de las causas del problema de la calidad es que en la mayoría de los estados el procurador general postula al cargo de manera independiente del gobernador y por lo tanto no forma parte de la administración del gobernador, ni recibe mucho apoyo de éste en las negociaciones de partidas presupuestales con el cuerpo legislativo del estado. Además, en un campo como el derecho *antitrust*, las oficinas de la procuraduría general del estado no son capaces de alcanzar el nivel de especialización y profesionalismo de la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos, con sus cientos de abogados y economistas<sup>19</sup>.

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

de Justicia a iniciar procesos *antitrust* por daños, sin importar quién los haya sufrido, y repartir las ganancias del proceso entre las víctimas. Si el Departamento decidiera iniciar un proceso, los procesos privados (y los estatales, si aún fueran permitidos) serían prevenidos. En efecto, el Departamento tendría un derecho de preferencia, el cual presumiblemente será ejercido en los casos más importantes para así consolidar y por consiguiente simplificar y acelerar el litigio. Esta no es una sugerencia original, en tanto es un poder del que ya gozan actualmente algunas agencias del gobierno tales como el Departamento de Trabajo y la Comisión de Equidad en las Oportunidades Laborales en el campo del derecho laboral<sup>20</sup>.

Es probable que cualquier sugerencia para encausar la ejecución del derecho *antitrust* sea enfocada desde el lado conservador del espectro del análisis de políticas públicas, con el argumento de que es un error hacer el gobierno más eficiente, cuando por eficiencia se entiende una mejor combinación de medios a fines y los fines son malos. Yo planteé esta posibilidad al discutir la ejecución del derecho *antitrust* de los estados. Deberé enfrentar esta posibilidad también con respecto a las agencias federales. La cuestión esencial es el grado de presión que estas agencias deben soportar por parte de grupos de interés, como considero que son los organismos reguladores del derecho *antitrust* de los estados de la unión. Yo pienso que ello es así, actualmente sólo en una pequeña medida. Existe toda una historia de esfuerzos para explicar la ejecución del derecho *antitrust* como otro ejemplo de la política de los grupos de interés, una aproximación que ha funcionado para varias agencias y programas del gobierno. Pero estos esfuerzos no han sido exitosos<sup>21</sup>, y las razones pueden ser que las agencias están dominadas por abogados que en su mayoría prestan servicios en el sector privado y porque el derecho *antitrust* mismo está dominado por jueces federales que ejercen una amplia discrecionalidad debido a la apertura y generalidad de las principales leyes *antitrust* estatales. Para traer buenos usos en la práctica privada del derecho, los ejecutores del derecho *antitrust* deberán demostrar su profesionalismo, lo que significa mantenerse dentro de los límites establecidos por las cortes. Los jueces federales, con su estabilidad laboral asegurada, están ampliamente protegidos de la presión de los grupos de interés que juegan en otras ramas del

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

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

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

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

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

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

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