

# ¿Dominio monopólico o competencia en igualdad de condiciones?

La nueva paradoja de la libre competencia<sup>(\*)</sup>

**Richard A. Epstein<sup>(\*\*)</sup>**

Abogado y Filósofo. Profesor James Parker Hall en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Miembro del Comité Consultivo Internacional de *ius et veritas*.

El tema central del Derecho de la Libre Competencia es su marcada preferencia por la competencia sobre el monopolio en un amplio rango de mercados de productos y servicios. El fundamento de esta preferencia no descansa en una simple o mecánica aplicación de la libertaria prohibición general contra la violencia y el fraude. Por el contrario, dicha posición depende en gran medida de un expreso marco utilitario cuyo principio central es que, en la generalidad de casos, el beneficio social es mayor en un mercado competitivo que en uno monopólico. Pero debajo de esta

premisa, generalmente aceptada, yace un gran desacuerdo sobre qué tipo de conductas deben ser perseguidas por el Derecho de la Libre Competencia. En la Parte 1 argumento que lo más prudente sería limitar la operación del Derecho de la Libre Competencia a la persecución de cárteles y a la prohibición de concentraciones empresariales que tengan como consecuencia un aumento de los precios y la restricción de la producción. Aun en este contexto, la posibilidad de que se otorgue “indemnizaciones triplicadas”<sup>(iii)</sup> crea un serio riesgo de sobre desincentivo, pero al menos es posible

(\*) Publicado originalmente bajo el título de *Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox*. En: *The University of Chicago Law Review*. Número 72. 2005. pp. 49-72. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor y *The University of Chicago Law Review*, estuvo a cargo de Mario Zúñiga Palomino, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*. El traductor desea agradecer especialmente la valiosa ayuda del profesor Epstein en el proceso de traducción del texto, así como la colaboración en la corrección de versiones iniciales de José Juan Haro Seijas y Andrés Calderón López.

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

(\*\*) Agradezco a Aditya Bamzai por su excelente e independiente estudio *An Antitrust Framework: Single-Product and Bundled Loyalty Rebates*, que también examina los alcances de la Sección 2 de la *Sherman Act*, y a Eric Murphy y Alex Weisfeld por su permanente y brillante asistencia de investigación.

(i) Nota del traductor: Traducimos la expresión “*level playing field*” (que podría traducirse como “campo de juego nivelado”) en el título original por la frase “competencia en igualdad de condiciones”.

(ii) Nota del traductor: En los Estados Unidos de América, si bien existen agencias administrativas encargadas del *enforcement* de las normas de libre competencia, como la *Federal Trade Commission* o la *Antitrust Division* del *Department of Justice*, los casos de libre competencia se tramitan judicialmente y usualmente dan lugar a la concesión de indemnizaciones a los afectados. Utilizamos la expresión “indemnizaciones triplicadas” por “*treble damages*” en el original, que alude a la posibilidad, prevista en el sistema legal norteamericano, de que, luego de determinado el monto de la indemnización, el juez triplique dicho monto a fin de generar un mayor desincentivo para que el agente no vuelva a incurrir en la conducta que determinó su responsabilidad. De este modo, dos tercios de la indemnización impuesta al demandado representarán lo que se conoce como “daños punitivos”. Véase: POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. pp. 300-304.

contar una historia consistente de por qué el Derecho de la Libre Competencia va más allá de la prohibición libertaria contra la violencia y el fraude. En contraste, el tratamiento de las prácticas unilaterales - predación, contratos de exclusividad y ventas atadas - no se basa en una teoría similar y está sujeto, por lo tanto, a tres objeciones determinantes: su excesivo apoyo en la prueba de la intención, frecuentemente malinterpretada; su incapacidad para dar una explicación poderosa de por qué ciertas prácticas consideradas eficientes, cuando son realizadas por firmas ordinarias, son consideradas ilícitas cuando las realizan firmas dominantes; y, su incapacidad para diferenciar las prácticas pro competitivas de las anticompetitivas. En la Parte 2 del presente artículo, examino minuciosamente la polémica decisión emitida en el caso *LePage's Inc. v. Minnesota Mining and Manufacturing Co. - 3M* (en adelante, el caso *LePage's*)<sup>(1)</sup> con la finalidad de demostrar las dañinas consecuencias derivadas de la agresiva condena de las prácticas unilaterales. La conclusión general es que el Derecho de la Libre Competencia debería dejar de perseguir tales prácticas o, cuando menos, delimitar con mayor precisión los casos en los que estas deben ser condenadas.

## 1. Una historia de dos secciones

### 1.1. Sección 1: violaciones paradigmáticas

Es sencillo encontrar una teoría sólida que apoye la imposición de alguna responsabilidad en los casos promedio iniciados en virtud de la Sección

1 de la *Sherman Act*<sup>(iii)</sup>, que, en términos generales, penaliza todo acuerdo o combinación empresarial que restrinja el comercio<sup>(2)</sup>. La infracción paradigmática en materia de libre competencia es el acuerdo de conformación de un cártel, a través del cual determinadas empresas que controlan una parte sustancial del mercado se coluden con relación a los precios, territorios u otras condiciones de modo tal que les permita incrementar los precios sobre el nivel competitivo a través de la restricción de la producción. Estas prácticas monopólicas tienen como resultado que aquellas unidades cuyo precio se encuentre por debajo del precio monopólico pero sobre el precio competitivo no sean vendidas, de modo que el cambio en la estructura del mercado hace algo más que transferir riqueza de los consumidores a la empresa monopólica. También impide que se lleven a cabo transacciones eficientes que de otro modo tendrían lugar.

Aplicar esta simple premisa en casos de concertaciones no es una tarea fácil. Una serie de pesadas cargas probatorias deben ser cumplidas y a menudo la prueba de una concertación, una infracción cuya realización es oculta, puede ser difícil de obtener aun cuando se permita, como debería ser, la utilización de prueba indiciaria. Los errores pueden presentarse en ambas direcciones, de modo que pueden ocurrir tanto errores del Tipo I como del Tipo II<sup>(3)(iv)</sup>. Pero aun cuando la evidencia esté a favor del demandante, es improbable que las normas de libre competencia determinen un nivel óptimo de indemnización que sea consistente con la

(1) 324 F3d 141 (3er Circuito, 2003) (en pleno), *certiorari* denegado, 124 S. Ct. 2392 (2004).

(iii) Nota del Traductor: la *Sherman Act* o "Ley Sherman" fue promulgada el 2 de julio de 1890 y, pese a las pocas normas que contiene, ha servido de base para que la jurisprudencia desarrolle toda la política de libre competencia norteamericana, que a su vez ha influenciado el desarrollo de dicha política en muchos países del mundo. Para una reseña histórica de la *Sherman Act* y de la evolución de su aplicación por parte de las autoridades norteamericanas, puede verse: CÁCERES FREYRE, Fernando. *El por qué de la política de libre competencia*. En: *Derecho y Sociedad*. Año XIII. Número 19. Diciembre de 2002. pp. 89-94. También puede verse: CASÉS PALLARES, Luis. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995. pp. 449 y siguientes.

(2) 15 USC, Sección 1 (2000): Todo contrato, combinación, en la forma de *trust* u otra similar, o conspiración para restringir el tráfico o comercio entre los diferentes Estados, o con una nación extranjera, se declara ilegal. Toda persona que realice un contrato o forme alguna combinación o conspiración de las que aquí se declaran ilegales se presumirá culpable de actividad delictiva y se le condenará en consecuencia, imponiéndole una multa que no exceda de diez millones de dólares si es una empresa, o de trescientos cincuenta mil dólares si es una persona natural, o prisión que no exceda de tres años, o ambas penas, a discreción de la corte.

(3) Véase: *Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), que sostiene que la evidencia a analizar deberá tender a excluir la probabilidad de que una conducta unilateral pueda conducir al mismo resultado. Para una análisis del rol de los costos de error en el Derecho de la Libre Competencia, véase: EASTERBROOK, Frank H. *Is It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?*. 2003 *Columbia Business Law Review*. Número 345. pp. 357 y 358 (argumentando en contra del uso de argumentos de "elevación de costos de los competidores" [*raising rival's costs*] en los casos de libre competencia, debido a que conllevan a que se incurra en altos costos de error).

(iv) Nota del traductor: Cuando se declara culpable a una persona que es inocente se incurre en un error del Tipo I, mientras que cuando se declara inocente al culpable se incurre en un error del Tipo II. Se asume que los errores del Tipo I son

orientación de bienestar (*welfarist orientation*) que expresamente guía la materia. En principio, el cálculo correcto de la indemnización al demandante debería reflejar la pérdida social derivada de la práctica. Cualquier imprecisión al realizar este cálculo no debería desviarse en favor del demandante ni del demandado.

Pero este resultado es muy difícil de conseguir. Así, en un caso de daños físicos, supongamos que el demandado ahorra US\$ 100 al no tomar las precauciones que hubieran podido evitar la lesión, mientras que el daño sufrido por el demandante asciende al monto de US\$ 1,000. Fijando una indemnización neta de US\$ 1, 000, se impondría al demandado un costo neto de solo US\$ 900, que sería equivalente al daño social causado por su conducta. Hasta ahora parece que las dos cifras encajan perfectamente. En efecto, asumiendo estos supuestos no hay necesidad de estimar el beneficio obtenido por el demandado al no tomar precauciones. Supongamos que tal beneficio asciende a US\$ X. Cuando el demandado pague los US\$ 1,000, sus pérdidas netas serán de US\$ 1,000 menos US\$ X, que resulta ser el daño social derivado de su conducta. El simple pago de una indemnización elimina, por lo tanto, la necesidad de cuantificar el monto que el demandado ahorró al no tomar las precauciones requeridas.

Sin embargo, usar esta simple forma de calcular las indemnizaciones en los casos ordinarios de Responsabilidad Civil Extracontractual, puede causar que se subestime el daño social, dado que

se ignora todo el daño causado a los intereses de terceras personas, a las que se les ha causado un daño propio derivado de la imposibilidad de hacer negocios con el demandante víctima del daño. Salvo algunos casos de pérdidas conjuntas (*loss of consortium*), estas acciones no están permitidas debido al gran número de potenciales demandantes y los grandes costos administrativos que sus demandas individuales originarían<sup>(4)</sup>. Una forma usual de lograr este resultado consiste en argumentar que ninguna de estas partes tiene legitimidad para solicitar una indemnización aun cuando haya tenido pérdidas reales<sup>(5)</sup>.

Esta forma de calcular las indemnizaciones, derivada del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual (*Tort Law*), debería servirnos para ser conscientes de que no podemos estar totalmente seguros de la magnitud de las pérdidas asociadas a las conductas monopólicas o a las prácticas colusorias, que en una forma distinta significan también un obstáculo para los negocios. Así, a primera vista, el aumento en el precio que un cártel impone tiene dos principales consecuencias. La primera de ellas es la elevación en el precio para aquellos consumidores que decidan seguir comprándole a la empresa original. En efecto, cualquier beneficio neto que hubieran podido obtener los consumidores de la transacción es reducido por el incremento del precio, pero desde el punto de vista social dicha pérdida es compensada precisamente por los beneficios del monopolista o del cártel, según sea el caso. Si dicha transferencia

socialmente más dañinos debido a que no solo no se impone sanción alguna al verdadero culpable, sino que además se sanciona a una persona inocente. En consecuencia, se trata de mantener las probabilidades de incurrir en un error del Tipo I por debajo de las posibilidades de incurrir en un error del Tipo II.

- (4) Véase: EPSTEIN, Richard. *Torts*. Aspen: Aspen Law & Business, 1999. Sección 17-10, pp. 451-453 (proveyendo una visión general de las pérdidas conjuntas y explicando la justificación de limitar la legitimidad de terceros para interponer demandas similares). Dado que no hay una forma confiable de calcular los daños sufridos por los clientes que no estarán aptos para hacer negocios con el demandante perjudicado ni en el corto ni en el largo plazo, sus pérdidas son subcompensadas. La dificultad de calcular estas pérdidas se acentúa por el hecho de que los competidores del demandante absorben a sus clientes, compensando parcialmente el daño social causado. Por estas razones, es generalmente aceptado que estos daños no deben indemnizarse, excepto en aquellas situaciones en las que el daño causado a determinada empresa haya sido realizado intencionalmente, con el objetivo específico de perturbar sus relaciones comerciales. Véase, por ejemplo, *Tarleton v. M'Gawley*, 170 Eng. Rep. 153, 153-154 (KB 1793) (señalando que puede demandarse por el hecho de disparar armas con la finalidad de evitar que se comercie con nativos).
- (5) Véase, por ejemplo, *Pruitt v. Allied Chemical Corp.*, 523 F. Supp. 975, 979-980 (Ed. Va. 1981) (denegando la posibilidad de demandar a los vendedores mayoristas de comida marina que sufrieron pérdidas derivadas del derramamiento de insecticida en el río James y la Bahía de Chesapeake).
- (v) Nota del traductor: utilizamos la expresión "monopolización" por el término "*monopolization*" en el original. En este caso, el autor utiliza el término para referirse a los efectos de las conductas anticompetitivas (pérdida de eficiencia social), abarcando tanto las de abuso de posición de dominio (unilaterales) como las colusorias (llevadas a cabo por dos o más partes). Sin embargo, el término, es utilizado generalmente para referirse solo a las prácticas unilaterales, prohibidas por la Sección 2 de la *Sherman Act*. En adelante, en el presente artículo, el término es utilizado para referirse a estas últimas, salvo indicación expresa en contrario.

fuera la única consecuencia de la monopolización<sup>(vi)</sup>, sería difícil identificar alguna razón social poderosa para molestarnos en diseñar y aplicar un Derecho de la Libre Competencia: ¿por qué debería la ley buscar transferir de vuelta a los consumidores perjudicados por la conducta la riqueza que les ha sido extraída? No debería incurrirse en costos administrativos y de error con la perspectiva de obtener beneficios asignativos.

Es precisamente debido a que esta historia es falsa que el Derecho de la Libre Competencia logró su arraigo. El incremento del precio no solo produce una transferencia de riqueza de compradores a vendedores. También causa la pérdida de transacciones que habrían tenido lugar bajo condiciones de normal competencia<sup>(vi)</sup>. Esto es resultado de que cualquier comprador en la aptitud de pagar un precio sobre el competitivo, pero menor al monopolístico, abandonará el mercado relevante. La cuestión, entonces, es cómo, dado este escenario, calcular la pérdida social que podría servir de fundamento para cualquier indemnización que se conceda. Una primera aproximación para el cálculo de dicha pérdida es el excedente del consumidor extraído de las “transacciones perdidas”, monto que debería ser pagado a los consumidores que abandonaron el mercado. Si cada consumidor “recupera” sus compras a prorrata, haría perfecto sentido pagar una indemnización a los consumidores del mercado relevante, porque serían, ahora sí, las mismas personas que dejaron el mercado. Pero en la mayoría de casos el retraimiento proporcional del mercado será probablemente la excepción y no la regla, por lo que es virtualmente imposible determinar quiénes abandonaron el mercado o nunca entraron a este. El sobreprecio en cuestión, entonces, es devuelto a aquellos consumidores que se mantuvieron en el mercado.

Ahora bien, si la única suma pagada es equivalente a la pérdida social derivada de las transacciones perdidas, entonces un cártel puede continuar operando tranquilamente dado que

generalmente la suma transferida de los consumidores a los miembros de un cártel será mayor que la pérdida social derivada de las transacciones perdidas. Este problema podría obviarse si se requiriera a los miembros del cártel que revirtieran todos los beneficios obtenidos del acuerdo, equiparando estos al doble la pérdida social derivada de las transacciones perdidas<sup>(6)</sup>. Una vez que la indemnización es triplicada, a primera vista puede concluirse que bajo el régimen actual de indemnizaciones los demandantes en casos de libre competencia recuperan una suma de dinero equivalente a seis veces la pérdida social derivada de la conducta anticompetitiva. Este alto nivel de aparente sobre desincentivo (*overdeterrence*) podría ser justificado como un medio de lidiar con infracciones ocultas, que fácilmente pueden no ser detectadas. Aun cuando queden múltiples puntos de vista por justificar, no es nada claro que un incremento de seis veces sea necesario. Por lo tanto, es posible que las sobredimensionadas indemnizaciones concedidas tengan un efecto residual de sobredesincentivo, lo que podría derivar en futuros desbalances asignativos. El monto que se gastará para defenderse en casos de libre competencia, por ejemplo, se incrementará debido al artificial aumento en los montos indemnizatorios que podrían concederse. Además, los costos en los que se incurrirá para evitar la detección de las infracciones aumentarán a la luz de las fuertes penalidades involucradas. La imposición de indemnizaciones triplicadas es muy útil para desincentivar a las empresas de incurrir en actividades ilícitas en primer término; sin embargo, complica el proceso en los casos en los que los cárteles funcionan, o se alega que funcionan.

La situación se torna incluso más complicada debido a que el modelo antes expuesto toma en cuenta solo la relación entre el cártel y sus consumidores inmediatos. Pero como en un caso promedio de Responsabilidad Civil Extracontractual, resulta ilustrativo rastrear la secuencia de actos que los agentes del mercado llevan a cabo como

(vi) Nota del traductor: esto es lo que se conoce en teoría económica como “pérdida de eficiencia social”.

(6) En efecto, bajo determinados supuestos, la pérdida derivada de las transacciones perdidas equivale a la mitad del monto de riqueza transferida hacia el cártel. Véase: HYLTON, Keith N. *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*. Cambridge, 2003. pp. 46 y 47 (argumentando que la multa óptima equivale a la suma de la pérdida de eficiencia social soportada por los consumidores y la transferencia de riqueza hacia el monopolio y asegurando que de esta manera los monopolios que incrementan el bienestar social sean incentivados). Para ello, se basa en LANDES, William M. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, En: *University of Chicago Law Review*. Número 50. 1983. pp. 652, 653-657 (donde se argumenta que la multa óptima equivale a la suma del sobreprecio y la pérdida de eficiencia social). El supuesto clave para llegar a estas conclusiones es que la curva de demanda es lineal con pendiente negativa.

respuesta a un incremento en los precios. Una respuesta común es que los compradores afectados por el cártel serán capaces de trasladar todos o algunos de sus costos a sus subcompradores y que, por lo tanto, sus pérdidas serán equivalentes al sobreprecio pagado menos el monto recuperado. Pero si las indemnizaciones son reducidas por tal consideración, entonces podría asumirse que los subcompradores son ahora quienes están legitimados para recuperar el sobreprecio pagado a sus vendedores. A estos últimos también se les podría oponer una defensa según la cual ellos habrían recuperado total o parcialmente el sobreprecio pagado de sus consumidores, y así indefinidamente.

A fin de evitar esta infinita regresión, la Corte Suprema ha otorgado legitimación para entablar este tipo de demandas solo a los consumidores inmediatos. Así, en el caso *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*<sup>(7)</sup>, la Corte sostuvo que la responsabilidad de un infractor de la normativa de libre competencia no disminuye debido a las sumas que los perjudicados hayan podido recuperar de sus subcompradores<sup>(8)</sup>. Luego, en el caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*<sup>(9)</sup>, completó dicha idea al interpretar que el término “persona dañada” (“*person injured*”) incluido en las secciones 4 y 15 de la *Clayton Act*<sup>(10)(vi)</sup> incluye solo a los consumidores inmediatos, en línea con una larga lista de decisiones regulatorias que imponen esta misma limitación al determinar quién puede demandar a las empresas de una industria regulada para obtener un reembolso de un sobreprecio incorrectamente aprobado por una agencia reguladora (*public utility commission*)<sup>(11)</sup>.

Pero incluso estos cálculos no nos ayudan a responder qué pasa con aquellos consumidores que abandonan el mercado. Presumiblemente no abandonen del todo la actividad económica, lo que significa que trasladarán sus energías a negocios relacionados que se beneficiarán con su llegada a

---

Los aumentos de precio consecuencia de un cártel es una pérdida para los consumidores, pero desde el punto de vista social, dicha pérdida es compensada por los beneficios del monopolista o del cártel.

Sin embargo, si esa fuera la única consecuencia de la monopolización, sería difícil identificar alguna razón social poderosa para molestarnos en diseñar y aplicar un Derecho de la Libre Competencia.

---

dichos mercados. En términos simples, estas empresas habrán mitigado sus pérdidas económicas, por lo que el simple cálculo mostrado líneas arriba aparentemente sobreestimaría las pérdidas derivadas de la conducta del cártel. Pero así como en los casos de Responsabilidad Civil Extracontractual, el cambio de los viejos consumidores del cártel a nuevas firmas podría complicar los esfuerzos empresariales de los consumidores existentes de esas empresas, lo que a su vez incrementa el daño causado por el cártel. Pero una vez más una demanda común de Responsabilidad Civil Extracontractual nos provee del mejor consejo. Las dificultades para clasificar (*sorting out*) estos múltiples niveles son tan grandes que el proyecto entero simplemente es dejado de lado. El estándar para conceder indemnizaciones a aquellos consumidores que se mantuvieron en el mercado equivale simplemente al triple del incremento en el precio. En este punto, el conceder indemnizaciones equivalentes a seis veces el daño causado conlleva que la tasa de error al detectar

(7) 392 U.S. 481 (1968).

(8) *Ibid.*; p. 489. (sosteniendo que “el comprador perjudicado por un cártel tiene derecho a demandar una indemnización aun si eleva el precio de sus productos”).

(9) 431 U.S. 720 (1977).

(10) 15 U.S. Code, Sección 12 y siguientes. Véase: Sección 15 (a) (“Cualquier persona que haya sido perjudicada en sus negocios o su propiedad debido a cualquier conducta prohibida por las leyes de libre competencia puede demandar debido a ello en cualquier corte de Distrito de los Estados Unidos de América”).

(vii) Nota del traductor: La *Clayton Act* fue promulgada en 1914 con la finalidad de complementar a la Sherman Act. Aparte de prohibir expresamente algunas prácticas ya reconocidas por la jurisprudencia (por ejemplo, la discriminación de precios), la *Clayton Act* establece algunas prohibiciones relacionadas a la disciplina de la Competencia Desleal (*unfair trading*) y a las fusiones con efectos anticompetitivos.

(11) *Illinois Brick*, 431 U.S. pp. 728 y 729.

infracciones debería ser extremadamente baja para que todo el diseño de la normativa de libre competencia tenga sentido, especialmente dado que los costos administrativos de detectar y castigar este tipo de violaciones pueden ser muy altos. Debo confesar que mi breve aventura como decepcionado demandante en procesos de libre competencia me ha llevado a dudar que este gran proyecto pueda funcionar en alguna medida, dada la habilidad de los demandados para evadir su responsabilidad aun en casos en los que la evidencia de una colusión es significativamente poderosa<sup>(12)</sup>. Cabe entonces preguntarse si incurrir en gastos administrativos y en el riesgo de error, pese a los débiles fundamentos del Derecho de la Libre Competencia, es una buena idea. Sin embargo, a efectos del presente artículo, prescindiré de todas las dudas que tengo sobre el régimen de indemnizaciones triplicadas vigente para los casos bajo la Sección 1 y pondré toda mi atención sobre la cuestión de la posición de dominio en el mercado, relacionada a las infracciones contempladas en la Sección 2 de la *Sherman Act*, referida a la monopolización y a los intentos de monopolización<sup>(13)</sup>, y que habilita a iniciar una acción privada a fin de solicitar una indemnización y el pago de los gastos legales en virtud de la Sección 15 de la *Clayton Act*.

## 1.2. Sección 2: en busca de una base teórica

Las dificultades que pudimos observar al tratar de justificar las acciones privadas que pueden iniciarse por violaciones a la Sección 1 llegan a niveles alarmantes cuando se trata de la Sección 2. En efecto, las mismas provisiones de

indemnizaciones triplicadas se aplican también en los casos iniciados bajo esta última sección, y todas las infracciones contempladas en ella involucran conductas unilaterales, tales como precios predatorios, cláusulas de atadura y contratos de exclusividad, algo que no necesita de mayor explicación. Pero los casos bajo la Sección 2, carecen de una teoría sólida que explique siquiera por qué las prácticas en cuestión son consideradas socialmente dañinas. A diferencia de la teoría estándar contra los cárteles, no hay una teoría sólida comparable que soporte la Sección 2, que lidia con la monopolización o los intentos de monopolización<sup>(14)</sup>. La más obvia lectura de esta provisión es que importa al Derecho de la Libre Competencia las disposiciones del Derecho Penal respecto de las tentativas, de modo que los intentos de cartelizarse pueden ser sancionados por el Estado aun si el cártel no tiene éxito. Hasta este punto, no hay razón para pensar que las infracciones a la Sección 2 pudieran dar lugar a acciones por indemnizaciones, dado que los intentos fallidos no tienen víctimas reales. Pero el Derecho de la Libre Competencia se ha movido precisamente en la dirección opuesta, de modo tal que se permiten acciones contra ciertas formas unilaterales de conducta que supuestamente permiten a una firma dominante ganar o consolidar una posición monopólica<sup>(15)</sup>. Aun aquí la ausencia de una sola teoría comparable a la que se aplica a los cárteles hace de esta sección un revoltijo de exámenes inconsistentes que sirven como débil fundamento para cualquier peligrosa demanda de indemnización<sup>(16)</sup>. Los precios predatorios, por

(12) Véase: *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. Of Saskatchewan, Inc.*, 203 F3d 1028 (Octavo Circuito, 2000) (en pleno). Por cierto, fui asesor de la parte perdedora en la apelación. El caso fue perdido en una decisión de seis votos contra cinco luego de haber ganado en una decisión de dos votos contra uno ante el jurado original. Ver: *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. Of Saskatchewan, Inc.*, 176 F3d 1055 (Octavo Circuito, 1999) (revocado). Para evaluar la solidez de cada decisión el lector simplemente necesita comparar, sin necesidad de mayor comentario, la opinión del Juez Beam (203 F3d, 1031), con la del Juez Gibson, ponente del voto en discordia (203 F3d, 1038). ¿Por qué molestarse con acciones privadas en un sistema que no puede determinar la existencia de infracciones aun en los casos más fáciles?

(13) 15 USC, Sección 2 (2000): Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los diferentes Estados o con naciones extranjeras, será culpable de un delito, y será condenado por ello, imponiéndole multa que no exceda diez millones dólares si es una empresa o de trescientos cincuenta mil dólares si es una persona, o prisión que no exceda de tres años o ambas penas, a discreción del tribunal.

(14) Para algunas de las dudas, véase: HYLTON, Keith N. *Op. cit.*; pp. 46 y 47 (criticando las teorías relativas a algunas infracciones a la Sección 2, tales como el apalancamiento [*leveraging*] y los precios predatorios, y enfatizando en la necesidad de balancear los efectos anticompetitivos con las ganancias en eficiencia).

(15) Véase, por ejemplo, el caso *LePage's*, 324 F3d, 152.

(16) Para un resumen de los diversos enfoques de las conductas exclusorias, ver: HOVENKAMP, Herbert. *Exclusion and the Sherman Act*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 72. 2005. p. 147.

ejemplo, supuestamente allanan el camino para obtener rentas monopólicas una vez que los competidores han sido eliminados. Pero la teoría no ha podido explicar cómo el predador puede recuperar mañana las enormes pérdidas en las que se tiene que incurrir hoy, especialmente cuando nada impide el ingreso de nuevos competidores al mercado<sup>(17)</sup>. La pobreza de los casos regulados por la Sección 2 se hace evidente si se observa la sospechosa evidencia utilizada para sostenerlos, la incapacidad para identificar cualquier forma de falta paradigmática contra la que se tengan que dirigir y los altos costos de error y administrativos que este tipo de demandas implican.

#### 1.2.1. La evidencia: intenciones *versus* conductas

La diferencia entre las dos secciones de la *Sherman Act* puede captarse bien si se observa los tipos de evidencia relevante para cada caso. La mayoría de enfoques estándar a los fenómenos económicos sostiene que es la conducta lo que importa y no las declaraciones o intenciones que la acompañan. Por lo tanto, los efectos sociales de la cartelización son negativos aunque los sujetos que la lleven a cabo piensen que a través de ella están

realizando alguna función social valiosa. A fin de elaborar su argumento, normalmente se les requiere demostrar que la colaboración entre competidores tiene alguna función legítima, como la prevención del fraude<sup>(18)</sup> o la expansión del servicio<sup>(19)</sup>. Pero aun en esos casos la cooperación entre competidores está permitida solo en la medida que sea necesaria para facilitar el objetivo que justificaría la cooperación<sup>(20)</sup>. En todos los casos, los jueces tratan de diferenciar las prácticas colusorias de las eficientes, indagando sobre los posibles efectos de las prácticas denunciadas<sup>(21)</sup>. Por el contrario, en los casos de monopolización las teorías utilizadas para determinar la existencia de una infracción a menudo hacen recordar las disquisiciones religiosas sobre la “teoría del doble efecto”. No es permitido pensar o desear la destrucción de tus competidores, pero sí llevar a cabo ciertas conductas que promueven la eficiencia, aun cuando se sepa que estas tendrán como consecuencia su salida de mercado o una significativa reducción de su cuota de mercado.

La más famosa articulación de este principio puede se encuentra en la opinión del Juez Learned Hand<sup>(viii)</sup> en el caso *United States v. Aluminum Co.*

(17) Una importante salvedad a este básico punto es que la Sección 1 de la *Sherman Act* no diferencia entre los acuerdos ocultos que buscan elevar el precio y restringir la producción y los acuerdos públicos que buscan bajar el precio para ganar participación de mercado. Estos últimos casos han recibido en la práctica un trato algo distinto bajo la *Sherman Act*, dado que la Corte Suprema ha estado más dispuesta a realizar juicios sumarios en los casos de predación debido a la inherente improbabilidad de que dichas conductas puedan tener un efecto anticompetitivo. Ver: *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1993) (sosteniendo que el demandado tenía legalmente el derecho a un juicio sumario, dado que según la *Robinson-Patman Act* los precios predatorios son ilícitos solo en la medida que dañen la competencia); *Matsushita*, 475 US, 592-593 (explicando que, sin la evidencia de que la supuesta conspiración predatoria podrá lograr excluir la competencia y recuperar sus pérdidas, resulta altamente improbable que detrás de una decisión de bajar los precios haya una conspiración de esa naturaleza). Para algunas críticas a los casos de predación, véase: EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. *University of Chicago Law Review*. Número 48. 1981. p. 263, 276-318, criticando el *test* de precios predatorios basado en el estándar de “precios por debajo de costos” defendido por Phillip Areeda y Donald Turner. Ver: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*. En: *Harvard Law Review*. Número 88. 1975. pp. 697, 712 y 713. (proponiendo una regla según la cual para que un precio sea categorizado como predatorio basta que esté fijado por debajo del costo marginal).

(18) Véase: *California Dental Association v. FTC*, 526 US 756, 771-775 (1999) (admitiendo que la prohibición, establecida por una asociación, de que se publiciten descuentos sobre una línea entera de servicios puede tener efectos anticompetitivos, si tiene como efecto el desincentivar afirmaciones engañosas y promueve que el consumidor reciba más y mejor información).

(19) Véase: *United States v. Citizens & Southern National Bank*, 422 US 86 (1975) (sosteniendo que allí donde hay severas restricciones para que los bancos puedan establecer sucursales, un programa establecido por los bancos para establecer sucursales *de facto* con la intención de adquirirlas posteriormente no restringe el comercio).

(20) Véase: *California Dental Association v. FTC*, 526 US, 778.

(21) Véase: *Ibid.*; pp. 784-789 (voto parcialmente en discordia del Juez Breyer); *United States v. Citizens & Southern National Bank*, 422 US, pp. 118-119.

(viii) Nota del traductor: Learned Hand (1872-1961) es considerado uno de los jueces más renombrados de los Estados Unidos de América, denominado incluso “el décimo Juez de la Corte Suprema”. Hand fue miembro de la Corte Distrital del Sur de Nueva York de 1914 a 1924 y de la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de 1924 a 1951. Muchas de sus opiniones han dado origen a reglas y principios del Derecho norteamericano de los Contratos y de la Responsabilidad Civil. Tal vez la más famosa de ellas sea la emitida en el caso *United States v. Carroll Towing* (159 F2d

*of America*<sup>(22)</sup> (en adelante, el caso *Alcoa*), que interpreta la Sección 2 de la siguiente manera: “no puede afirmarse que Alcoa ha ‘monopolizado’ el mercado en cuestión porque en los hechos tenga el monopolio: puede que no haya obtenido el monopolio, sino que el monopolio se haya impuesto sobre ella”<sup>(23)</sup>. Y para continuar con el discurso (*trope*) que hace que obtener una posición monopólica se parezca a acceder a la grandeza sin desearlo, afirma que “las personas pueden encontrarse involuntariamente en una posición monopólica, automáticamente, por decirlo de alguna manera; esto es, sin la intención de eliminar la competencia o impedir el ingreso de nuevos competidores allí donde no existe; pueden convertirse en monopolistas por fuerza o por accidente”<sup>(24)</sup>. Posteriormente, la Corte Suprema en el caso *United States v. Grinnell Corp.*<sup>(25)</sup>, al tratar un tema similar al del caso *Alcoa*, señaló que los casos de la Sección 2 después de este dependen de la conjunción de dos elementos: “(1) la posesión de poder monopólico en el mercado relevante y (2) el adquirir o mantener voluntariamente dicho poder por medios distintos al desarrollo de un producto superior, habilidad en los negocios o un accidente histórico”<sup>(26)</sup>.

Doctrinariamente se considera, siguiendo esta formulación, que el primer elemento por sí solo no es suficiente para determinar la existencia de una violación a la Sección 2 dado que es consistente con la proposición de que no se ha incurrido en ningún acto ilícito para obtener la posición monopólica. Por lo tanto, el segundo elemento, que se enfoca en el estado mental, es crítico, pero su ingenuidad verbal no nos provee de una guía clara para realizar un *test* factible para hallar la existencia de una infracción. Puede afirmarse que, como regla general, todas las empresas desean “eliminar” a sus competidoras y que, sin duda, surgirían responsabilidades legales si decidieran hacerlo a través de medios ilícitos -como la fuerza o el fraude, por ejemplo<sup>(27)</sup>. Pero en el lenguaje ordinario palabras como “eliminar” traen consigo un segundo

significado, que puede designar a alguien que desea asegurarse una victoria decisiva aun jugando dentro de las reglas. Es totalmente diferente si un equipo de béisbol busca eliminar a otro bateando la pelota fuera del parque a si trata de hacerlo, metiendo piedras debajo de las suelas de los zapatos de sus oponentes o, aun peor, golpeando a sus bateadores. Una cuestión tan importante como la de los medios es dejada de lado cuando esta clase de lenguaje es tratada como si el demandado hubiera usado la fuerza (tal como Newton la hubiera entendido) contra el demandante. Por lo tanto, hablar de una intención de eliminar sin referencia alguna a los medios utilizados para ello (la fuerza o el fraude, típicamente) es hacer descansar la responsabilidad en una metáfora y no en el criterio de bienestar social en el que descansa el propio Derecho de la Libre Competencia.

#### 1.2.2. Los efectos: consecuencias adversas o eficiencias sociales

Las dificultades asociadas con esta concepción son agravadas por la forma en la que el Derecho de la Libre Competencia busca enfrentar la infinita interacción entre las consecuencias adversas del comportamiento monopólico y las eficiencias sociales generadas por ciertas prácticas. Al tratar con los casos de cartelización de la Sección 1, es posible identificar el daño *prima facie* de la cartelización o la división territorial, y luego requerir al demandado que ofrezca alguna explicación específica de por qué la presunción de que la conducta es perjudicial no debe mantenerse en su caso. Pero en los casos de monopolización de la Sección 2 no es claro cuál es el supuesto daño, por lo que los argumentos son totalmente diferentes. Se presume que cualquier práctica realizada con intenciones “escurridizas” tiene consecuencias adversas, por lo que el demandado tiene la carga de demostrar la existencia de una justificación de negocios válida para desvirtuar los cargos presentados contra él. Pero como los perjuicios de

169 (2° Circuito 1947), en la que formuló lo que posteriormente se ha denominado la “fórmula de la negligencia” o “fórmula de Hand”: habrá negligencia cuando no se haya tomado las precauciones necesarias para evitar el daño, siempre y cuando el costo de tal precaución sea menor que la cifra resultante de multiplicar el costo del daño por la probabilidad de que este ocurra. Véase: <http://learned-hand.biography.ms> (visitada el 28 de marzo de 2003).

(22) 148 F2d 416 (2do. Circuito 1945).

(23) *Ibid.*; p. 429.

(24) *Ibid.*; pp. 429 y 430.

(25) 384 US 563 (1966).

(26) *Ibid.*; pp. 570 y 571.

(27) Véase: HYLTON, Keith N. *Op. cit.*; p. 192, para un punto de vista similar.

la monopolización son tan pobremente entendidos, es muy difícil encontrar justificaciones, asumiendo que son necesarias. Los hilos de los efectos económicos están, desde mi punto de vista, totalmente descarriados: las complejas prácticas industriales no tienen una sola consecuencia, ya sea negativa o positiva.

Permítanme dar un ejemplo muy simple que fue mencionado por el Juez Richard Posner en su ponencia en el presente simposio, que también trataba sobre temas de posición de dominio en el mercado y exclusividad<sup>(28)</sup>. En el caso *Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.*<sup>(29)</sup> la demandante, una distribuidora de modelos de ropa para mujeres y niños, interpuso una demanda para evitar el potencial incumplimiento de un contrato de parte de una empresa a la que le suministraba dichos modelos, que operaba una tienda de ropa en Boston. La principal provisión del contrato establecía que “el suministrado no venderá, ni permitirá vender en sus locales ningún otro tipo de diseños durante el plazo de vigencia del contrato [dos años, renovables]”<sup>(30)</sup>. Dicha provisión fue denunciada como violatoria de la Sección 3 de la *Clayton Act*<sup>(31)</sup>, argumentando que se trataba de un contrato que “podía dañar sustancialmente la competencia o conducir a la creación de un monopolio en cualquier segmento del mercado”<sup>(32)</sup>. El paralelo con el intento de monopolización parece claro, con la diferencia de que en este caso el demandado no enfrentó la posibilidad de que se le requiera el pago de una indemnización. El demandante alegaba que la conducta del demandado lo estaba desplazando del mercado de venta minorista de diseños de ropa. El Juez Posner ha argumentado que los contratos de exclusividad pueden restringir la competencia dado que pueden bloquear el ingreso al mercado de un competidor eficiente cuya estrategia de entrada consistía en competir en un segmento del mercado<sup>(33)</sup>. Nadie desecharía un contrato si no puede conseguir otro

similar que cubra el mismo territorio. Ciertamente, pero incompleto. *Standard Fashion* tuvo que gastar grandes cantidades de capital en publicidad con la finalidad de construir su reputación. En efecto, el contrato impugnado contenía subvenciones publicitarias en favor del suministrado, lo que sugiere que *Standard Fashion* estaba invirtiendo para construir su mercado<sup>(34)</sup>. Es por lo tanto igualmente posible que el contrato haya sido celebrado para incentivar la competencia, y no para dañarla, en la medida que previene que los entrantes obtengan un beneficio de la inversión realizada por *Standard Fashion* colocando inteligentemente su mercadería en una tienda en la cual el señuelo para los consumidores fue la publicidad de esta última. La Corte Suprema no discutió sobre algún supuesto efecto exclusorio o de *free riding*<sup>(ix)</sup>, sino que adoptó su razonamiento de la siguiente decisión:

“Como la Corte de Circuito de Apelaciones observó pertinentemente al resumir el caso: ‘La restricción de cada comerciante a un solo productor de diseños causará que en cientos, o tal vez en miles de pequeñas comunidades dicho productor obtenga un monopolio. Aun en las ciudades más grandes, el limitar las ventas de los minoristas más recurridos a los productos de un solo productor tenderá a uniformizar sus productos y, por ende, facilitará posibles combinaciones. De este modo, el recurrente, u otro empresario agresivo, en vez de controlar dos quintos, tendrá en poco tiempo casi, si no todo, el mercado de diseños’. Coincidimos con estas conclusiones, y no tenemos dudas de que el contrato, debidamente interpretado, y su cláusula de exclusividad, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Sección 3 de la *Clayton Act*”<sup>(35)</sup>.

Desafortunadamente, el argumento de la Corte se desmorona en ambas direcciones. En primer lugar, en las ciudades pequeñas la cláusula de exclusividad no concederá al productor de diseños un monopolio. Si hay una sola tienda, el

(28) Véase: POSNER, Richard A. *Vertical Restraints and Antitrust Policy*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 72. 2005. p. 229.

(29) 258 US 346 (1922).

(30) *Ibid.*; p. 354.

(31) 15 USC § 14.

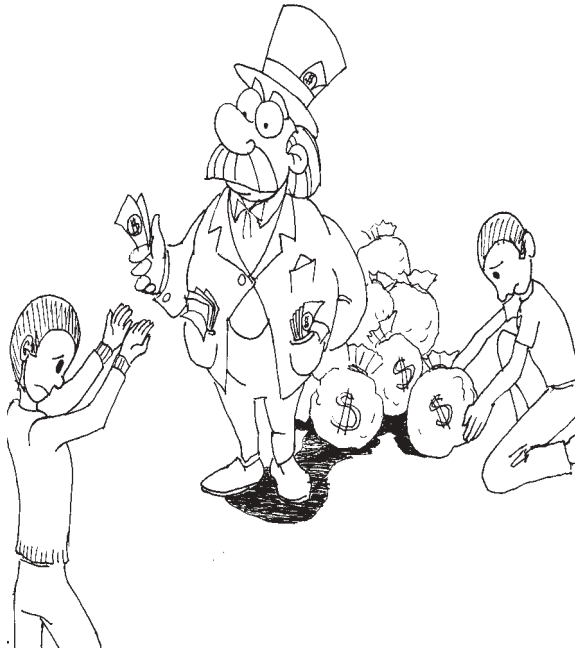
(32) *Standard Fashion*, 258 US. pp. 353 y 354.

(33) POSNER, Richard A. *Op. cit.*; p. 230.

(34) *Standard Fashion*, 258 US. pp. 351 y 352.

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

(35) *Ibid.*; p. 357, citando el caso *Standard Fashion Co. v. Magrane Houston Co.*, 259 F 793, 798 (1er Circuito 1919).



distribuidor pagará un precio competitivo a los productores y luego cobrará un precio monopólico a los consumidores. El contrato de exclusividad no alterará en lo más mínimo este patrón, no creará un segundo monopolio. El monopolio en la distribución es autosuficiente. En ciudades más grandes, como Boston por ejemplo, donde hay una intensa competencia entre tiendas, la celebración de contratos de exclusividad con algunas tiendas posiblemente aumente la competencia en vez de afectarla. El mismo productor encontrará muy difícil, sino imposible, celebrar un contrato de tal tipo con todas las tiendas de dicho mercado. Mientras mayor sea la fracción del mercado de la que se apodere, será más atractivo para los otros distribuidores buscar a otros productores. Si, además, el contrato condujera, como se asume, a una mayor concentración del mercado, sería imposible explicar por qué (a la luz de lo que parece ser una práctica estándar) una gran cantidad de pequeños productores de diseños son capaces de mantener

un lugar en el mercado. No hay evidencia de que hayan usado cláusulas similares a la adoptada por *Standard Fashion*. Y por la misma razón, no hay razón para suponer que habría sido sujeto de alguna responsabilidad si lo hubieran hecho.

El caso *Standard Fashion*, por lo tanto, es útil para demostrar que por cada consecuencia negativa que podemos imputar a un acuerdo de exclusividad podemos encontrar una consecuencia positiva de igual peso. Es posible ahora generalizar nuestra inseguridad con el caso *Standard Fashion* respecto de la entera doctrina de la posición de dominio, tan crítica para la aplicación de la Sección 2 de la *Sherman Act*. La objeción es suficientemente simple: hay ciertas prácticas comerciales que son normalmente permitidas a las empresas que no poseen poder monopólico. Dado que estas empresas no tienen poder de mercado, puede asumirse que tales prácticas ofrecen algunas eficiencias que aumentan sus ganancias, aun cuando ninguna corte pueda entender exactamente cómo estas prácticas sobreviven o funcionan<sup>(36)</sup>. En este punto, es mejor no interferir con prácticas consuetudinarias debido a las limitaciones de nuestro propio conocimiento -una aplicación útil de la máxima Hayekiana que nos previene de declarar ilícitas prácticas que no entendemos del todo. La Sección 2 pone este tipo de prácticas en cuestión dado que "un monopolista no es libre de llevar a cabo ciertas acciones que una compañía en un mercado competitivo (o aun oligopólico) podría adoptar, porque el mercado no puede limitar el comportamiento de un monopolista"<sup>(37)</sup>.

### 1.2.3. El cálculo para la decisión: los costos de error

Esta aparente explicación descansa en la confusión entre un tirano y un monopolista. El primero no está sujeto a ningún límite, pero el último sí. Es posible que sea capaz de fijar precios, pero, si es así, estará limitado por la cantidad que podrá vender. Adicionalmente, el monopolista tiene dos posibles cursos de acción: uno es tomar ventaja de la ausencia de competidores, lo que es socialmente indeseable. Pero el segundo es reducir sus costos a fin de aumentar sus ingresos, lo que

(36) Para una versión paralela del argumento, desarrollada independientemente, véase: EVANS, David S. y A. Jorge PADILLA. *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 72. 2005. pp. 81 y 82. (postulando que dado que las firmas que carecen de posición de dominio también adoptan las prácticas unilaterales que se cuestiona cuando las realizan empresas que sí tienen dicha posición, estas deben generar eficiencias para ambos tipos de empresas).

(37) *LePage's*, 324 F3d, 151 y 152.

es socialmente deseable. La dificultad que el Derecho de la Libre Competencia enfrenta, entonces, es que el deseo de controlar las prácticas anticompetitivas no recorte los incentivos para que las empresas busquen ser más eficientes. Dado que ciertas prácticas usadas por otras empresas están vedadas para la firma dominante, la Ley introduce dos indeseables fuentes de ineficiencias. En primer lugar, la práctica eficiente no podrá ser realizada por dicha empresa, por lo que sus operaciones sufrirán las consecuencias de tal restricción. En segundo lugar, el prohibir la práctica solo a la firma dominante tiene como perjudicial efecto distorsionar la competencia entre esta y sus competidoras, dando a estas últimas una inmerecida ventaja. A la luz de estos inconvenientes, parece que, como pensamos, la presunción debe ser revertida, de modo que el demandante debe explicar claramente por qué la práctica en cuestión derivaría en un indebido dominio del mercado, y luego separar claramente los efectos negativos que son atribuibles a las eficiencias o a los elementos restrictivos de la práctica, respectivamente, teniendo en consideración que cualquier indemnización que se conceda debe corresponder únicamente a los daños causados por los elementos restrictivos de la práctica. La imposibilidad de distinguir apropiadamente entre ambos efectos puede ser fuente de una mala asignación de recursos si prácticas eficientes son demandadas y se concediera indemnizaciones a los competidores derrotados, de modo que estos recuperen a través del sistema legal las ganancias que no han podido obtener a través de la competencia en el mercado. Como sabemos, los casos de precios predatorios a menudo generan precisamente este efecto. Es difícil imaginar cuando la competencia cae por debajo del costo (marginal), de modo que esta figura puede ser utilizada para que los competidores ineficientes recuperen pérdidas atribuibles a su incapacidad de igualar a la firma dominante.

La misma mala asignación de recursos puede presentarse aun si los precios no cayeran por debajo de determinado nivel de costos. A fin de

demostrar esto, propongo revisar al detalle una reciente decisión, la del Caso *LePage's*, resuelto equivocadamente en una votación en pleno de siete votos contra tres.

## 2. El caso *LePage's Inc. v. 3M*

### 2.1. Descripción del caso

Resulta útil exponer los hechos del caso con algún detalle. 3M ha sido por largo tiempo el productor de la cinta adhesiva “*Scotch*”, vendida tanto para uso doméstico como comercial. Las partes estuvieron de acuerdo en que 3M tenía un monopolio en el mercado de cinta adhesiva transparente, con una cuota de mercado superior al 90 por ciento<sup>(38)</sup>. Dado que un ataque frontal contra la cinta *Scotch* no tendría muchas probabilidades de éxito, un nuevo rival en el mercado, *LePage's*, inició en 1980 una campaña para introducir una “marca secundaria” la cual era vendida sin etiqueta, de modo que cada uno de los minoristas las comercializara bajo su marca<sup>(39)</sup>. La estrategia fue parcialmente exitosa dado que muchas de las grandes cadenas de tiendas como *Office Depot* y *Staples* habían desarrollado una significativa habilidad para llevar a cabo el marketing de sus propias marcas. Como consecuencia de ello, hacia 1992 la estrategia aseguró a *LePage's* el dominio de este nicho de mercado con una cuota del 88 por ciento, que a su vez significaba un 10 por ciento del mercado de cinta adhesiva transparente y, por si fuera poco, importantes ganancias<sup>(40)</sup>.

Para enfrentar esta amenaza, 3M lanzó su propia cinta adhesiva sin etiqueta, a fin de recuperar alguna fracción de la cuota de mercado perdida<sup>(41)</sup>. *LePage's* perdió muchos de sus más importantes clientes debido a un programa de descuentos por fidelidad iniciado por 3M. Este programa fue introducido por primera vez bajo el título de Fondo de Crecimiento Ejecutivo (FCE)<sup>(x)</sup>, que ofrecía descuentos desde 0.2 a 1.25% sobre las ventas totales, resultando en ahorros para los clientes de 3M que cumplían con los objetivos de su plan<sup>(42)</sup>. El efecto neto de este programa fue devastador;

(38) *Ibid.*; p. 144.

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*

(x) Nota del traductor por la expresión “*Executive Growth Fund*” (EGF) en el original.

*LePage's* cayó de una posición de sólidas ganancias a una de largas pérdidas de 1996 a 1999<sup>(43)</sup>. A esta debacle, *LePage's* respondió con una demanda de libre competencia, alegando violaciones a las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act* así como a la Sección 3 de la *Clayton Act*. El jurado rechazó los cargos basados en la Sección 1 de la *Sherman Act* y en la *Clayton Act*, pero admitió la demanda en el extremo de la monopolización. Lo esencial en la demanda de *LePage's* era que "3M había mantenido intencionalmente su posición monopólica en el mercado de cinta adhesiva transparente a través de conductas exclusorias, particularmente atando sus devoluciones y celebrando contratos que expresa o virtualmente requerían contratar casi exclusivamente con 3M"<sup>(44)</sup>. Estos contratos, de acuerdo a *LePage's* eran "de facto de exclusividad"<sup>(45)</sup>.

La práctica exclusoria no consistía en un simple descuento por volumen, que es considerado lícito dado que refleja la reducción en el costo medio derivada de abastecer grandes cantidades a un solo vendedor. En lugar de ello, los descuentos por fidelidad ingeniosamente conllevaban devoluciones atadas a seis distintas líneas de productos de 3M. Lo central en esta práctica era que si un comprador no lograba comprar las cantidades requeridas en determinada línea de producto, perdería los descuentos, que de otro modo obtendría, en todas las líneas de producto. Así, se incentivaba a los minoristas a comprar toda la línea de productos, a fin de maximizar los descuentos obtenidos<sup>(46)</sup>. Debe notarse, sin embargo, que la cinta adhesiva *Scotch* (tanto la vendida bajo dicha marca como la vendida sin etiqueta) no constituía una división separada para efectos de estos descuentos, sino que era una parte de *Stationery Products*<sup>(47)</sup>. Por lo tanto, en principio era posible para las grandes cadenas de tiendas lograr las cantidades requeridas para acceder a los descuentos y aun así vender una cinta con su marca

propia comprada a *LePage's* o a cualquier otro distribuidor de segunda línea, local o foráneo, que entre a este segmento del mercado.

## 2.2. El Caso *LePage's* y las violaciones convencionales a la Sección 2 de la *Sherman Act*

El acuerdo cuestionado en el caso *LePage's* no encajaba cómodamente en ninguna de las tres conductas normalmente consideradas violatorias de la Sección 2 de la *Sherman Act*. En primer lugar, el descuento por fidelidad no involucraba ninguna cláusula de atadura, dado que no había ningún producto que el comprador tuviera que aceptar a fin de adquirir otro que sí deseaba. El sistema en cuestión permitía a todos los compradores elegir entre las diversas líneas de producto, de modo que los umbrales establecidos para acceder a los descuentos podían ser alcanzados por empresas que a su vez tengan contratos paralelos, incluso con la propia *LePage's*. En efecto, resulta sorprendente que en la instancia de apelación se haya omitido referencia alguna a los porcentajes de compras que 3M ofrecía a sus diferentes consumidores para alcanzar las cantidades requeridas para alcanzar los descuentos. En segundo lugar, no podría haber una pretensión válida de precios predatorios<sup>(48)</sup> dado que ninguno de los precios en ninguna de las líneas de productos fue fijado por debajo de costos<sup>(49)</sup>. En tercer lugar, no había un requerimiento de exclusividad en el negocio. El efecto exclusorio, que *LePage's* denomina "de facto", se basaba en la naturaleza ferozmente competitiva del negocio<sup>(50)</sup>.

A través del caso, 3M constantemente repetía que los casos "híbridos" no constituían violaciones a la Sección 2 de la *Sherman Act*. En ausencia de algún acuerdo de exclusividad o cláusula de atadura, la existencia de una práctica predatoria debía ser descartada, dado que los descuentos no implicaban

(42) *Ibid.*; p. 170 (con opinión disidente del Juez Greenberg).

(43) *Ibid.*; p. 161 (voto de la mayoría).

(44) *Ibid.*; p. 147.

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*; p. 154.

(47) *Ibid.*

(48) Ignoramos aquí un instructivo desliz de la corte, que se refiere a las prácticas exclusorias y predatorias como si se superpusieran. *Ibid.*; p. 152.

(49) *Ibid.*; p. 151.

(50) *Ibid.*; p. 147.

una reducción de precios por debajo de costos<sup>(51)</sup>. Incluso la discusión de cómo los descuentos eran asignados pudo considerarse irrelevante, dado que tácitamente aceptaba la visión según la cual la predación es una teoría viable para hallar responsabilidad en virtud de la *Sherman Act*, aun cuando los beneficios inmediatos para el consumidor derivados de esta práctica compensan largamente el remoto riesgo de que el vendedor (3M) pueda obtener (en algún futuro e incierto momento) una posición monopólica expulsando a todos sus rivales del "campo de juego"<sup>(52)</sup>.

Para contrarrestar esta afirmación, la sentencia del caso *LePage's* revisa la historia de diversos casos relacionados a la Sección 2 de la *Sherman Act*<sup>(53)</sup>. Pero tal revisión no favorece a los defensores de la Sección 2. La Corte inicia su argumentación con una perogrullada, al afirmar que las formas de monopolización son tan cambiantes que resulta imposible articular una sola teoría que abarque todas las posibles formas de abuso<sup>(54)</sup>. Pero esta afirmación tan amplia parece mas bien un signo de debilidad especialmente problemático cuando nos referimos a una ley como la *Sherman Act*, que concede indemnizaciones triplicadas ante una difusa relación de infracciones. Ahora bien, la jurisprudencia de libre competencia no es del todo caótica, ya que los casos citados por la Jueza Sloviter en la sentencia del caso *LePage's* tratan sobre un universo determinado de infracciones, muchas de las cuales son claramente distinguibles de la estrategia de descuentos de 3M. Como se ha destacado, la gran tensión intelectual que afronta el Derecho de la Libre Competencia surge porque este no encaja cómodamente dentro de la prohibición libertaria contra la fuerza y el fraude que resulta tan relevante en el Derecho de la Responsabilidad Civil.

### 2.3. El caso *LePage's* y las violaciones metafóricas a la Sección 2

#### 2.3.1. La fuerza y el fraude

A primera vista, es difícil ver cómo los casos relativos al uso de la fuerza o el fraude tienen que ver con el tipo de daños al mercado con los que lidia el Derecho de la Libre Competencia. Pero la conexión se hace más evidente una vez que se introduce en el análisis a una tercera persona. Sobre el particular, resulta muy didáctico revisar los principales casos en los que la Corte se basó al emitir la sentencia del caso *LePage's*. Así, en el caso *Caribbean Broadcast System, Ltd. v. Cable & Wireless PLC*<sup>(55)</sup>, el demandante sostuvo que el denunciado había realizado afirmaciones falsas acerca del demandante a terceras empresas que transmitían sus publicidades<sup>(56)</sup>. El propósito de dichas declaraciones consistía en evitar que estas empresas contraten con la demandante, de modo tal que el demandado mantuviera su posición monopólica. Este caso es en realidad uno de difamación, que puede ser demandado válidamente tanto en un escenario competitivo como en uno monopólico, aunque puede ser más crítico en este último. En una industria competitiva, la mayoría de empresas es reacia a difamar a un competidor exitoso, dado que la cuota de mercado que este pierda será compartida con el resto de empresas presentes en el mercado. El difamador incurriría en todos los costos pero ganaría solo una fracción del mercado. Pero una empresa que busque obtener un monopolio contra su único competidor ganaría todo el mercado, exceptuando aquellos consumidores que abandonen el mercado del todo. Sin embargo, estas diferencias no explican por qué es necesario que el Derecho de la Libre

(51) 3M argumentó que "los programas constituyen un descuento lícito y procompetitivo antes que una exclusividad. Y, como eso responde a cada una de las acusaciones de *LePage's*, regresamos a la premisa central de que 'no es ilícito reducir precios mientras estos se mantengan sobre el nivel competitivo'". *Ibid.*; p. 152. Véase: CRANE, Daniel A. *Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation*, En: *University of Chicago Law Review*. Número 72. 2005. p. 27 y 28. (explicando que, dado que no hay evidencia de que 3M fijaba los precios de sus productos por debajo de costos, la corte no podría declarar que su programa de descuentos era un tipo de precio predatorio).

(52) Sobre las dificultades para demostrar que el supuesto predador podrá recuperar sus pérdidas en el futuro, véase: EASTERBROOK, Frank H. *Op. cit.*; pp. 333 y 334.

(53) *LePage's*, 324 F3d, pp. 152-164.

(54) *Ibid.*; p. 152, citando el caso *Caribbean Broadcasting System, Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F3d 1080, 1087 (Circuito del DC 1998).

(55) 148 F3d 1080 (Circuito del DC 1998).

(56) *Ibid.*; p. 1082.

Competencia intervenga cuando el caso puede resolverse mediante una demanda por difamación, con la posibilidad de que se impongan daños punitivos.

Del mismo modo, las teorías del *Common Law* sobre fraude se aplican claramente a los casos en los que una empresa busca hacer cumplir una patente (que le concede un monopolio) obtenida fraudulentamente, sin tomar en cuenta la Sección 2 de la *Sherman Act*. En el caso *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*<sup>(57)</sup>, el demandado, acusado de violar una patente sobre un sistema de ventilación usado para el tratamiento de aguas residuales, le “volteó el tablero” al demandante al interponerle una demanda por monopolizar el mercado al obtener y mantener fraudulentamente una patente, en virtud de la Sección 2 de la *Sherman Act*<sup>(58)</sup>. La justificación social de esta acción es fácil de articular: las patentes se conceden a manera de monopolios temporales, con la mala asignación de recursos que producen como una manera de compensar (*quid pro quo*) la inversión inicial en investigación y desarrollo de un producto. Ese elemento de compensación no está presente cuando el fraude es el medio para obtener una patente sin cumplir los requisitos normalmente exigidos.

El último en este grupo de casos es *Conwood Co., LP v. United States Tobacco Co.*<sup>(59)</sup>, en el que el demandante buscaba mantener su posición monopólica en el mercado de tabaco para aspirar húmedo (*moist snuff*) removiendo y destruyendo los mostradores que la demandante colocaba en tiendas; persuadiendo a desatentos dependientes de tiendas para que permitan a sus

empleados reacomodar en sus estantes los productos de la demandante a fin de ocultarlos a los compradores; engañando a los consumidores y denigrando los productos de la demandante; y, celebrando contratos de exclusividad en virtud de los cuales tendría el derecho en exclusiva de colocar mostradores en las tiendas más importantes<sup>(60)</sup>. Una gran variedad de teorías del *Common Law* cubren las tres primeras prácticas. Solo la cuarta, relativa a la celebración de acuerdos de exclusividad, cae fuera del ámbito de aplicación de las prohibiciones del *Common Law*, pero su validez es tan discutible aquí como en el caso *Standard Fashion*<sup>(61)</sup>. El caso *Conwood*, por lo tanto, no demuestra cómo debe ser tratada una demanda contra un acuerdo de exclusividad independiente de otras prácticas ilícitas.

### 2.3.2. La doctrina de las facilidades esenciales

Los casos de fraude citados por la corte en el caso *LePage's* no refuerzan la acusación contra la estrategia de *marketing* y establecimiento de precios de 3M. Pero no todos los casos de monopolización iniciados bajo la Sección 2 de la *Sherman Act* involucran el uso de la fuerza o el fraude. Algunos de ellos, también citados en la sentencia del caso *LePage's*, se basan en la teoría de que algunas empresas tienen el control de determinadas industrias en red<sup>(62)(xi)</sup>. El punto central de esta teoría es que cualquier empresa que controle alguna forma de “facilidad esencial” a través de la cual todos sus competidores tengan que transitar debería facilitarles el acceso a esta, de modo que puedan competir. El “abuelito” de estos casos es *United States v. Terminal Railroad*

(57) 382 US 172 (1965).

(58) *Ibid.*: p. 176 y 177 (sosteniendo que el oponer una patente conseguida fraudulentamente puede constituir una violación a la Sección 2 de la *Sherman Act*, siempre y cuando todos los otros elementos de la infracción estén demostrados). Véase también: *LePage's*, 324 F3d, 152–153 (citando el caso *Walker* como uno de los casos de monopolización en los que la ejecución de derechos de propiedad intelectual conseguidos fraudulentamente podría ser violatoria de la sección 2 de la *Sherman Act*).

(59) 290 F3d 768 (Sexto Circuito 2002).

(60) *Ibid.*; pp. 775-780.

(61) 258 US 346. Ver las notas 33 a 36 y el texto correspondiente.

(62) *LePage's*, 324 F3d, 153 (“La negativa de un monopolista de brindar acceso a sus competidores a sus bienes, servicios o recursos ‘esenciales’ resulta violatorio de la Sección 2 de la *Sherman Act*”), citando el caso *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366 (1973).

(xi) Nota del traductor: Se utiliza la expresión “industrias en red” por “*network industries*” en el original. Se conoce como industrias en red aquellas en las que la interacción de los consumidores es importante para determinar el valor de los bienes y servicios tranzados o, en otros términos, aquellas industrias en las que el valor del producto o servicio se incrementa cuando el tamaño de la red supera ciertas escalas. Un ejemplo claro de industria en red es la de telecomunicaciones, en la que el mayor número de usuarios incrementa el número de personas con las que un usuario puede comunicarse y, por ende, el valor del servicio.

*Association of St. Louis*<sup>(63)</sup> (en adelante, el caso *Terminal Railroad*), que fue iniciado debido a que la *Terminal Railroad Association* de Saint Louis (conformada por 18 empresas ferroviarias) controlaba el terminal, el puente y los cruces de vías de dicha localidad, en ese entonces el nexo entre el tráfico entre el este y el oeste de los Estados Unidos<sup>(64)</sup>. La configuración física de la red ferroviaria, por lo tanto, requería que la asociación diera acceso a los competidores que no eran miembros para que el sistema pueda operar, y aparentemente fue lo que hizo<sup>(65)</sup>. Una cuidadosa revisión del caso demuestra con suficiente claridad que la *Terminal Railroad Association* permitió a las empresas ferroviarias que no eran miembros usar las facilidades antes descritas en iguales condiciones, aunque no les haya permitido ingresar a la organización<sup>(66)</sup>. En este punto, aparentemente la firma dominante puede extraer ganancias monopólicas de los no usuarios aun con la política no discriminatoria en cuestión. Los miembros de la asociación, que pagaban precios más altos, recibían de vuelta el total de sus contribuciones y se dividían las ganancias obtenidas de los cobros realizados a los no miembros. Bajo el mismo supuesto, es difícil conocer qué remedio se debería imponer más allá de conceder acceso libre o por debajo de costo a los no miembros a la asociación. Pero ese enfoque tiene una pérdida en eficiencia al no darle crédito a los miembros de la asociación que tuvieron la visión de crear la red en primer lugar. Tomando esto en consideración, los argumentos referidos a las industrias en red empiezan a recordarnos a aquellos asociados a las patentes, según los cuales la mayor justificación

para conceder una posición monopólica al demandado es que así se incentiva la llegada de nuevos bienes y servicios al mercado. Es posible que el gobierno inhabilite o construya las facilidades que se necesite, sólo para enfrentar la familiar controversia del costo marginal -los impuestos distorsionan otros mercados, sin que haya garantía alguna de que el gobierno sabrá qué proyectos emprender, o dónde y cómo hacerlo<sup>(67)</sup>.

Como la Jueza Sloviter destacó en la sentencia *LePage's*<sup>(68)</sup>, el mismo problema surgió en el caso *United States v. Microsoft Corp.*<sup>(69)</sup> (en adelante, el caso *Microsoft*), donde el principal argumento de la demanda era que Microsoft había "impedido" el ingreso de Netscape al mercado de exploradores (*browsers*) de internet a fin de preservar su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos<sup>(70)</sup>. La teoría subyacente a este caso sostenía que Microsoft buscaba, celebrando contratos de exclusividad con sus mayores distribuidores, evitar la venta del explorador Netscape, que hubiera podido ofrecer una plataforma alternativa al propio sistema operativo de Microsoft<sup>(71)</sup>. En la medida que el caso *Microsoft* involucra a una sola empresa que controla un punto de conexión (*hub*), ciertamente es parecido al caso *Terminal Railroad*. El paralelo es didáctico para determinar tanto la existencia de una infracción como el remedio a imponer. En este caso hace poco sentido tratar a Microsoft como si fuera un "portador común" (*common carrier*), sujeto a una regulación tarifaria. Nadie duda que Netscape y otros exploradores de internet pueden "colgarse" gratuitamente al sistema operativo.

(63) 224 US 383 (1912).

(64) *Ibid.*; pp. 393 y 394.

(65) *Ibid.*; p. 401 ("Es posible que las compañías propietarias no se hayan aprovechado por completo de su poder para impedir la competencia de las compañías que no pertenecen a la asociación").

(66) Véase: REIFFEN, David y Andrew N. KLEIT. *Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly?*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 33. 1990. pp. 419 y 435. (explicando que el gobierno nunca demostró que se había negado el acceso a las terceras empresas, y que un testigo del gobierno testificó que todos los terminales estaban disponibles para todas las compañías en exactamente los mismo términos).

(67) Véase, generalmente: COASE, Ronald H. *The Marginal Cost Controversy*. En: *Economica*. Número 13. 1946. pp. 174-180. (argumentando a favor de un sistema de fijación de precios multilateral en vez de un sistema basado en la venta de servicios a costo marginal mediante un monopolio natural, dado que el apoyo del gobierno conduciría a una mala asignación de los factores de producción, una redistribución de ingresos y otros de los dañinos efectos de la tributación). Para una reciente actualización del argumento, véase: DUFFY, John F. *The Marginal Cost Controversy in Intellectual Property*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 71. 2004. p. 37 y 56. (criticando las propuestas a favor de subsidios públicos para la creación de propiedad intelectual basadas en temprana literatura sobre los monopolios naturales).

(68) 324 F3d, pp. 158-159.

(69) 253 F3d 34 (Circuito del DC 2001).

(70) *Ibid.*; pp. 58 y 59.

(71) *Ibid.*; pp. 60-64.

La cuestión clave, por lo tanto, debió haber sido si las interconexiones debieron permitir al nuevo entrante competir en el mercado de exploradores contra Microsoft. Una posible solución a este caso es hacer énfasis en la importancia de la equivalencia *ex post* en el mercado de exploradores de internet, que hubiera podido conseguirse quizás con una regla que requiera que el Internet Explorer de Microsoft sea vendido separado del sistema operativo, y no como una parte de este<sup>(72)</sup>. Esta regla es parte de lo que se ha requerido en los procedimientos ante la Unión Europea. Lo que buscarían este tipo de reglas es que Microsoft no pueda utilizar su control sobre el sistema operativo para lograr una ventaja competitiva en los mercados relacionados. Dado que esta solución opera solo de manera prospectiva, no está sujeta a la crítica de que las indemnizaciones triplicadas sobreestiman el nivel de pérdidas sociales derivadas de la conducta supuestamente anticompetitiva. Pero, al mismo tiempo, el mandar la venta separada es un remedio estructural que, a diferencia de una multa o una indemnización, introduce al menos dos clases de ineficiencias. En primer lugar, la reducción de las ganancias causada a la empresa podría retrasar la introducción de mejoras en los sistemas operativos: el requerimiento de que toda mejora del sistema sea compartida con otros en igualdad de condiciones desincentiva la inversión en dichas mejoras. En segundo lugar, en la medida que el producto de Microsoft, como unidad integrada que es, funciona mejor si el explorador u otras herramientas son construidas como un solo producto junto con el sistema operativo, también se podría estar perdiendo eficiencias técnicas con la separación. Tenemos, por lo tanto, una situación en la que el aparente monopolio ganado debe ser contrapesado con el posible retraso en la introducción de nuevos sistemas y el incremento de costos de su operación una vez instalados.

La jueza Sloviter trata de asimilar el problema de los descuentos por fidelidad presente en el caso *LePage's* a los casos de industrias en red cuando señala: “A través de su poder monopólico en el mercado de cinta adhesiva transparente y su vasta línea de productos, 3M excluye a *LePage's* de ese puente crítico hacia los consumidores que los supermercados proveen, es decir, líneas de comercialización baratas y de gran escala”<sup>(73)</sup>. Pero una vez más se utiliza una metáfora en lugar de un argumento sólido. No hay tal “puente” a través del cual los productores tengan que pasar sus productos para llegar a los consumidores. Queda claro que todos los clientes que alguna vez comercializaron, o comercializan aún, los productos de *LePage's* son conductos viables hacia los consumidores finales. No hay, en consecuencia, elemento estructural monopólico alguno en el mercado de distribución que nos haga pensar en el caso *Terminal Railroad* o en el caso *Microsoft*. El caso *LePage's* tiene sentido solo si existe alguna teoría de la Sección 2 de la *Sherman Act* que no apele a la fuerza, ni al fraude ni a los “cuellos de botella” para determinar la existencia de una infracción.

#### 2.4. El caso *LePage's* y la exclusión del mercado

Al enfrentarnos a esta materia, un tema importante es el de la “exclusión”. El argumento básico es que los mecanismos de lealtad son similares a los contratos de exclusividad al excluir del mercado a aquellos que no pueden ofrecer descuentos similares<sup>(74)</sup>. Para empezar, la teoría está sujeta a las críticas antes expuestas en relación a los casos relativos a contratos expresos de exclusividad, como *Standard Fashion*<sup>(75)</sup>. Pero aquí el argumento es aun más débil. La sentencia del caso *LePage's* asume que el competidor que vende un único producto debe combinar todos sus descuentos al vender dicho producto porque no

(72) Véase: PICKER, Randal C., *Pursuing a Remedy in Microsoft: The Declining Need for Centralized Coordination in a Networked World*, 158 J. Inst. & Theoretical. Econ. 113, 137–51 (2002) (argumentando que el incremento de las redes cibernéticas reduce la necesidad de que los programas se vendan “empaquetados”, y sugiriendo que el remedio más deseable en el caso *Microsoft* y otros similares es que el *software* se venda separadamente para evitar distorsiones en el mercado).

(73) *LePage's*, 324 F3d, 160, nota 14 (énfasis en el original).

(74) Véase, por ejemplo, AREEDA, Phillip E. y Herbert HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 749, 182–183 (2004) (“La pregunta relevante es si (...) la práctica de atadura denunciada hubiera podido excluir a un rival igualmente eficiente, sin una justificación razonable (...) los descuentos multiproducto a través de un periodo largo de tiempo pueden, de hecho, ser usados estratégicamente para fines anticompetitivos”).

(75) 258 US 346. Ver el texto que acompaña a las notas 29 a 36.

tiene la ventaja comparativa de repartir descuentos entre una amplia línea de productos. Pero es generalmente admitido que un descuento para un único producto es lícito, ya que de otro modo el Derecho de la Libre Competencia estaría penalizando la disminución de precios. ¿Por qué entonces debería adoptarse una regla distinta cuando una empresa dominante ofrece descuentos sobre una línea entera de productos?

Cualquier argumento basado en la mera probabilidad de exclusión, sin otros elementos de por medio, debe ser descartado, dado que la exclusión es una consecuencia inevitable de cualquier contrato que se celebre. El vendedor exitoso que haya logrado atraer un cliente y logrado que no contrate con un nuevo entrante sin duda está impidiendo su ingreso al mercado, sin importar la táctica que haya usado. El sostener que la exclusión *per se* debería ser una preocupación para el Derecho de la Libre Competencia crea el riesgo de que cualquier entrante al mercado, como *LePage's*, sea capaz de lograr monopolios en submercados que no podrían ser atacados por la empresa dominante. Tal como el Juez Greenberg señaló en su voto en discordia de la sentencia *LePage's*:

“Dadas las circunstancias, resulta irónico que *LePage's* se queje del uso que 3M estaría haciendo de su poder monopólico, ya que, de hecho, era la primera y no 3M la productora dominante en el mercado de cintas adhesivas sin etiqueta antes y después de que 3M iniciara su programa de descuentos. En efecto, el expediente sugiere que, considerando que *LePage's* no pudo obtener ganancias con una cuota de 67% del mercado de cintas adhesivas sin etiqueta, tuvo que necesitar ser el productor exclusivo de ese tipo de cinta para que su negocio sea rentable, como de hecho lo fue cuando tenía el 88% del mercado”<sup>(76)</sup>.

Este último punto resulta especialmente ilustrativo, pues demuestra que la táctica de 3M no tuvo éxito en todo el mercado. Una descripción completa de los hechos debería explicar por qué

*LePage's* retuvo algunos clientes y no a otros. Tomando en cuenta este resultado, el voto disidente

correctamente puso de relieve los múltiples factores relacionados a la lucha por cada cliente que la mayoría ignoró<sup>(77)</sup>. El voto en discordia destacó que en algunas instancias los compradores declararon que preferían los productos de 3M por razones que nada tenían que ver con su política de descuentos. Así, por ejemplo, el representante de *OfficeMax* se refirió a “la consistencia en el servicio (de 3M)”<sup>(78)</sup>, mientras que el representante de *American Store* habló de “razones de calidad” al referirse a la cinta de *LePage's*<sup>(79)</sup>. Solo una revisión cliente por cliente podría demostrar la fuerza relativa de las razones por las que prefieren tratar con una u otra empresa, antes que pueda calcularse una eventual indemnización. ¿Debería el Derecho de la Libre Competencia hacer esto?

Pero los problemas del caso *LePage's* van más allá de no poder determinar las verdaderas razones de la exclusión. La preocupación central de la mayoría era la posibilidad de una exclusión *de facto*, debido a que ningún entrante que deseara combatir al monopolio atacando el sistema en su punto más vulnerable podría igualar los descuentos en toda una línea de productos realizados por 3M<sup>(80)</sup>. No hay, por supuesto, nada malo en el hecho de adoptar esta estrategia para entrar a un nuevo mercado, incluso ofreciendo importantes descuentos (aun por debajo de costos) iniciales, a fin de generar la lealtad en sus compradores a largo plazo, luego de que los precios se fijan sobre el costo. Los descuentos por fidelidad ofrecen una estrategia apropiada para lograr este objetivo, dado que establecer una línea completa de negocio constituye una inteligente inversión en mercadeo que debería tener como consecuencia efectivos ingresos como cualquier otra. Una empresa multiproducto no necesita esperar hasta que el nuevo entrante ingrese efectivamente al mercado, sino que debería poder implementar esta estrategia antes de que cualquier competidor determinado salte a la vista. Esto le permitiría asegurarse la lealtad de sus clientes, sin impedir que el consumidor cuente con la posibilidad de salirse de la red cuando otras buenas oportunidades se presenten.

(76) *LePage's*, 324 F3d, pp. 175 y 176 (con la opinión disidente del Juez Greenberg).

(77) *Ibid.*; pp. 171-173.

(78) *Ibid.*; p. 172.

(79) *Ibid.*; pp. 172 y 173.

(80) En relación a este tema, véase: FELDMAN, Robin C. *Defensive Leveraging in Antitrust*, 87 Georgetown L. J. 2079, 2115 (1999) (argumentando que los monopolistas podrían realizar un “apalancamiento defensivo” utilizando su poder monopólico en un mercado para entrar a nuevos mercados y extender el ámbito de sus operaciones”).

En la práctica, no imagino una estrategia que el entrante pueda utilizar para rebatir esta estrategia. Esta ventaja en eficiencia no podría, por ejemplo, ser eliminada si *LePage's* estuviera en la capacidad de prestarse capital suficiente para resistir las pérdidas iniciales en las que tendría que incurrir. Nadie estaría preparado para realizar tal préstamo, porque la estrategia del incumbente es sostenible en el largo plazo, dado que conlleva la fijación de precios sobre costos y representa verdaderas eficiencias que solo una forma de organización del mercado puede ofrecer. Pero supongamos que la estrategia de 3M implicaba la fijación de precios por debajo de costos, concentrándose todos los descuentos en un solo producto. En tal supuesto, estaríamos nuevamente ante una demanda por predación, sospechosa precisamente porque no es sostenible en el largo plazo. La situación, además, es aun más extraña dado que si *LePage's* pudiera sostener su demanda de predación actuando como si todos los descuentos se concentraran en la cinta adhesiva, entonces alguien podría hacer lo mismo si buscara quitarle a 3M una porción de su gran mercado. ¿Son estas las finas distinciones que queremos en virtud de la Sección 2 de la *Sherman Act*? Un mejor enfoque, acorde con la búsqueda del mayor beneficio social, sería buscar que *LePage's* cambie su modelo de negocios, por ejemplo, logrando un acuerdo con un competidor de 3M que pueda ofrecer una vasta línea de productos que se sume a su cinta adhesiva. Una sociedad como la descrita podría ganar participación de mercado imitando las tácticas de marketing de 3M.

Hasta aquí, he examinado el caso asumiendo que el único objetivo de 3M es eliminar la competencia de *LePage's*. Pero parece altamente improbable que diseñe prácticas que involucren a seis de sus departamentos solo por los efectos que estas puedan tener sobre una de sus valiosas marcas. La misma práctica tiene efectos sobre toda la línea de productos de 3M. En alguna medida la mayoría destacó esto al señalar que: "las cortes deben observar la conducta del monopolista como un todo, antes que considerar aisladamente cada aspecto"<sup>(81)</sup>. Esta preocupación se refiere no solo a las cintas adhesivas con o sin etiqueta como

parte de un solo mercado. Descansa también en algún examen de cómo los descuentos por fidelidad influyen sobre una línea completa de productos. No basta con insistir en que este descuento debería ser atribuido completamente al producto que *LePage's* vende. Es imperativo conocer cómo la política de precios que se cuestiona influye sobre la competencia en todos los otros mercados en los que 3M interviene. En ese punto, información general y específica debe ser tomada en cuenta. De un lado tenemos un efecto positivo: los consumidores desearán reclamar los beneficios derivados de los descuentos. Tenemos una situación, por lo tanto, en la que el Derecho de la Libre Competencia, que tiene por objeto procurar el mayor beneficio de los consumidores, está siendo usado para dañar por lo menos a algunos consumidores para beneficiar a un competidor derrotado. Pero la mayoría no hace ningún esfuerzo para comparar el beneficio para los consumidores derivado de las pérdidas de *LePage's* al determinar si 3M ha incurrido en una conducta anticompetitiva y que, por lo tanto, debe indemnizar a la primera. Además, no conocemos cómo los descuentos por fidelidad operan en otros mercados. Quizás estén permitiendo que 3M incursione en mercados que antes estaban dominados por sus competidores. El mismo proceso que supuestamente coadyuva a la formación de un monopolio en un mercado puede estar haciendo totalmente lo contrario en otro. Pero nos enredaríamos en un interminable análisis de efectos positivos y negativos si la total extensión del descuento fuera utilizada contra *LePage's* en este caso, lo cual solo serviría para encontrar otro competidor derrotado en otra línea de producto. Ninguno de los grandes compradores involucrados en el caso realizó dicho cálculo al llevar a cabo sus decisiones de negocio. El Derecho de la Libre Competencia tampoco debería hacerlo.

### 3. Conclusión

Las tres infracciones clave que se han enmarcado en la prohibición de monopolización de la Sección 2 de la *Sherman Act* son las ventas atadas<sup>(82)</sup>, los contratos de exclusividad<sup>(83)</sup> y los precios predatorios<sup>(84)</sup>, todas ellas sujeto de incisivas

(81) *LePage's*, 324 F3d, 162.

(82) Véase: EVANS, David S. y A. Jorge PADILLA. *Op. Cit.*; pp. 88–90.

(83) Véase, generalmente, HOVENKAMP, Herbert. *Op. Cit.*; p. 147.

críticas. El caso *LePage's* no tiene que ver con ninguna de estas dudosas categorías de infracciones a la libre competencia. El caso tiene que ver con el agrupamiento de bienes a fin de ofrecer descuentos por fidelidad, no con cláusulas de atadura. Tiene que ver con el establecimiento de incentivos para comprar más bienes a la misma empresa, no con algún tipo de exclusividad. Tiene que ver con precios más bajos, no con precios por debajo de costos. La decisión defiende una desalentadora proposición: tres fallas equivalen a un gran *hit*. Al hacerlo, ignora una triste verdad: el Derecho de la Libre Competencia intenta arar sobre suelo pedregoso cuando se esfuerza por demostrar la existencia de infracciones a la Sección 2 de la *Sherman Act*. El número de casos iniciados bajo dicha norma que involucran falsas premisas es alto,

los daños que supuestamente combaten difícilmente son identificados con certeza, los beneficios que estas prácticas tienen para los consumidores en el corto plazo son ignorados y los costos administrativos del sistema son altos. Dado este sombrío resultado, existe un fuerte argumento para eliminar la responsabilidad civil por infracciones a la Sección 2 del todo, reservándola solo para la persecución criminal de cárteles. Como una posición ecléctica, eliminar las indemnizaciones triplicadas concedidas bajo la Sección 2 parece tener sentido. Habiendo fallado ambas, las cortes deberían reducir la responsabilidad bajo la Sección 2 dado la evidente debilidad de sus fundamentos. Esperancémonos en que la Corte Suprema, que denegó dictar un *certiorari*<sup>(xii)</sup> en el caso *LePage's*<sup>(85)</sup>, eventualmente corrija esta situación. <sup>AP</sup>



MUÑIZ · RAMÍREZ  
PÉREZ-TAIMAN & LUNA-VICTORIA  
A B O G A D O S

Las Begonias N° 475, Sexto Piso, San Isidro, Lima 27, Perú  
<http://www.munizlaw.com>  
Phone (51-1)611-7000  
Fax (51-1) 611-7010 / 611-7020  
[postmast@munizlaw.com](mailto:postmast@munizlaw.com)  
Lima -Trujillo-Arequipa-Quito-Guayaquil

(84) Véase, generalmente; CRANE, Daniel A. *Op. cit.*; p. 27.

(xii) Nota del traductor: se conoce como *certiorari* el recurso interpuesto ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América a fin de que se pronuncie sobre determinada causa de relevancia federal. La Corte Suprema no está obligada a pronunciarse en todos los casos en los que se le haya solicitado un *certiorari* sino que solo lo hará en aquellos que, a su criterio, tengan mayor importancia o tengan alcance federal. Véase: <http://www.law.cornell.edu/lexicon/certiorari.htm> (visitada el 19 de abril de 2005).

(85) 124 S. Ct. 2932 (2004).