

N^{os} 215 - 216

Año LXXII

Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004

Fundada en 1933

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

¿QUE ES UN ATENTADO CONTRA LA COMPETENCIA? PRACTICAS DE EXCLUSION Y EFECTO ANTICOMPETITIVO

ELEANOR M. FOX^{1, 2, 3}

Cátedra Walter J. Derenberg de Regulación del Comercio
Universidad de Nueva York

I. INTRODUCCION

Se dice del derecho antitrust o derecho de la competencia que comprende dos tipos de atentados: explotaciones y exclusiones. El paradigma del atentado de explotación es el cartel que eleva los precios a los adquirentes y, en último término, a los consumidores. El paradigma del atentado de exclusión es un boicot

¹ La autora agradece a Jonathan Baker, Margaret Bloom, John Fingleton, Harry First, Jonathan Jacobson, Timothy Muris y a Robert Pitofsky, por sus útiles comentarios y a Tara Koslov por sus excelentes sugerencias editoriales. Agradece además a los participantes en los talleres de la Facultad de Derecho de la Universidad de Loyola en Chicago y al Instituto Max Planck por sus útiles comentarios, preguntas y diálogos; en particular, a Joseph Bauer, Paul Brietzke, Peter Carstensen, Josef Drexel, Ulrich Ehrlicke, Andrew Gavil, David Gerber, Ulrich Immenga, Robert Lande, James Langenfeld, Christopher Leslie y a Spencer Weber Waller. No todos están de acuerdo con los puntos de vista que expreso. Agradezco además el apoyo brindado por los Fondos de Investigación Filomen D'Agostino y Max E. Greenberg de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

² (Nota del traductor) El artículo original lleva por título "What is harm to competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect" y fue publicado en el *Antitrust Law Journal* de la ABA, v. 70 N° 2, (2002), págs. 371 y sgtes. Hoy se encuentra disponible en internet en: <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/228.pdf>

Para esta versión en castellano se ha preferido la expresión "atentar" o "atentado" contra la competencia en lugar de la traducción literal que hubiera sido "dañar" o "daño" a la competencia. La opción lingüística, al referirse más a la acción anticompetitiva que a la idea de resultado anticompetitivo, si bien pudiera apartarse en alguna medida de la genuina intención de la autora, pretende seguir una expresión comúnmente utilizada en el medio chileno. Véase, por ejemplo, el uso de esta expresión en el art. 1° inciso 2° del DL N° 211 (DFL N° 1, de Economía, D.O. 07.03.2005).

³ (N. del T.) La traducción al castellano fue realizada por Fernando Araya Jasma, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, profesor ayudante del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Su publicación fue autorizada por la autora en el mes de agosto de 2005.

para hacer cumplir un cartel. Los miembros del cartel deben alejar a aquel que pretende destruirles el negocio. En definitiva, esto significa que un tal boicot también es de explotación, es la utilización de la exclusión para lograr la explotación.

Una cuestión que desvela al derecho antitrust es la siguiente: ¿Debiera éste encaminarse a algo más? ¿Existe acaso un solo tipo de práctica anticompetitiva que sería el atentado de explotación? ¿Existe el derecho antitrust sólo para impedir que las empresas reduzcan de modo artificial la producción en el mercado y eleven los precios, según lo reflejan los triángulos y rectángulos de los diagramas económicos a los cuales nos encontramos familiarizados?⁴ O, por el contrario, también ¿existen prácticas de exclusión constitutivas de atentados, con independencia de la pérdida de riqueza (total o) agregada del consumidor?⁵

En el centro de este dilema hay una cuestión de concepto. ¿Qué es una práctica "anticompetitiva"? Las diferentes maneras de entender "anticompetitiva" en distintas jurisdicciones debieran conducir a diferentes resultados en los análisis de las concentraciones y de las conductas de empresas dominantes, las que pueden resultar excluyentes pero sin necesariamente cambiar el aspecto de los triángulos y rectángulos, al menos no de manera perceptible.

El presente artículo describe los diversos criterios utilizados por los juristas y las jurisdicciones para determinar cuándo una práctica o una operación es anticompetitiva.

Uno de ellos es el modelo microeconómico de utilización masiva hoy en Estados Unidos, que aconseja abstenerse de intervenir en el mercado a menos que la operación pueda disminuir la riqueza total o agregada del consumidor (de

⁴ Para simplificar, utilizo "elevación de precios" ("price-raising") incluyendo la mantención de los precios a un nivel superior al que se ubicarían de otro modo. "Limitación a la producción" ("output-limiting") de la misma manera, incluye la mantención de la producción artificialmente baja.

Incluso la explotación pudiera no ser suficiente fundamento para una infracción individual de una empresa. El derecho antitrust de EEUU no proscribe el precio explotador de una sola empresa. Rechaza la infracción por un precio excesivo para no interferir con el sistema riesgo-recompensa que incentiva a cada empresa para esforzarse en ser la mejor y también por razones administrativas. La cuestión en este artículo es si acaso un escenario de explotación es o no una condición necesaria para configurar una infracción.

⁵ No distingo entre disminuciones en el bienestar agregado del consumidor y disminuciones en el bienestar total (productor más consumidor). En una jurisdicción que sigue un enfoque de bienestar total, la pérdida del consumidor podría ser compensada por la ganancia del productor. En este caso la explotación del consumidor sigue siendo una condición necesaria para configurar una infracción, pero no es suficiente. Ambos tests miran sólo al resultado de una conducta o convención en particular y ordenan no aplicar la ley en ausencia de efectos negativos en la riqueza agregada. La cuestión que este artículo plantea es si acaso el derecho antitrust va más allá y, de ser así, en qué medida.

esto se deriva la decisiva importancia del triángulo de bienestar que exhibe la reducción de la producción). De acuerdo con esta metodología, no existen atentados de "exclusión", el atentado sólo consiste en una explotación.

El segundo criterio parte de un examen más amplio. El analista estudia la estructura del mercado y sus dinámicas y se pregunta si es que la práctica en cuestión interfiere o afecta el mecanismo del mercado. La libertad para comerciar (competir e innovar) sin obstrucciones artificiales al mercado se presume formar parte del interés público, en especial del interés público económico⁶. Las barreras deben ser justificadas. Siguiendo este criterio, las prácticas de exclusión significativa, no justificadas, son anticompetitivas y deben ser prohibidas.

Una descripción del panorama no sería completa sin reconocer un tercer concepto. Algunas naciones amplían el concepto de atentado contra la competencia para incluir en él el atentado a la dinámica competitiva entre pequeñas y medianas empresas. Este enfoque tiende a proteger las pequeñas empresas de la competencia eficiente, tal como lo es la competencia de precios bajos sostenidos en el tiempo y es, por lo tanto, proteccionista. No obstante, menciono esta tercera concepción por dos razones. Primero, ella describe en parte la definición de atentado contra la competencia para algunas naciones. No se formulan en ella distingos entre competencia y competencia desleal. En segundo lugar, esta tercera posibilidad se presenta como una luz de alerta para las jurisdicciones que adoptan el segundo modelo: la aplicación de la normativa bajo el paradigma de "protección al mercado" puede derivar en protección a los competidores y las jurisdicciones que tengan aversión respecto de (o al menos desapruében) tal resultado debieran escuchar atentamente los argumentos de los demandados que sostengan que su conducta permite al mercado un mejor desempeño y que por ello no debe ser prohibida.

La segunda parte de este artículo trata del derecho de EEUU: De cómo el derecho antitrust norteamericano llegó a adoptar el paradigma de la producción y de cómo, a pesar de ello, en opinión de la autora, existe cierta disconformidad entre los juristas estadounidenses y quienes dictan las políticas públicas al no castigar conductas de empresas dominantes significativamente excluyentes e injustificadas. Se analiza el caso Microsoft como un ejemplo.

⁶ Para un panorama general, véase, E.M. Graham & J.D. Richardson, "Issue Overview", en 3 y sgtes., en *Global competition policy* (E.M. Graham & J.D. Richardson eds., 1997); véase también Giuliano Amato, Introduction y ch. 3, en *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market* (1997). El examen amplio como punto de partida alberga además a los teóricos que dan importancia al valor "libertad" del libre comercio, tales como los Ordoliberales de la Escuela Alemana de Friburgo. Véase David J. Gerber, *Law and competition in twentieth century europe: protecting prometheus* ch. 7 (1998); Amato, *supra*, en 40-43.

La tercera parte de este artículo trata del derecho de la Comunidad Europea, que efectúa el análisis a partir de un examen amplio (pudiendo existir una actual presión que aboga por su restricción). La Unión Europea se encuentra en tránsito para dirigirse hacia el paradigma dominante en Norteamérica o, como alternativa, hacia considerar más seriamente la prueba de las empresas respecto a que su conducta que "falsea la competencia" en realidad ayuda al mercado a alcanzar un desempeño más eficiente.

La cuarta parte ubica en el mapa el modelo que protege las pequeñas empresas (frecuentemente locales) del huracán de los grandes (frecuentemente aventajados) competidores eficientes.

La quinta parte sintetiza en dos cuadros las concepciones alternativas para "atentado contra la competencia". El primer cuadro es descriptivo, reconoce las tres concepciones para atentado contra la competencia: limitación a la producción, atentado dinámico al proceso de mercado, protección de la rivalidad entre las pequeñas y las medianas empresas. El segundo cuadro es normativo, adopta el punto de vista del minimalismo antitrust o libertarios políticos (political libertarians) (recelo de la intervención antitrust no así del poder privado) y reconoce sólo dos posibilidades: sancionar las conductas que limitan la producción y proteger a los competidores de la competencia.

En una breve conclusión el artículo destaca las consecuencias de la existencia de concepciones divergentes del atentado contra la competencia para el derecho antitrust en los mercados globalizados.

Algunos podrán sostener que el verdadero debate entre las primeras dos perspectivas es sólo respecto de la prueba de la limitación de la producción, no respecto a si la limitación de la producción es o no elemento del atentado competitivo. Pero en realidad si el estándar requerido para la prueba de la limitación a la producción es tan bajo que una corte llega a condenar conductas incluso cuando la reducción a la producción es una mera posibilidad remota –como habitualmente ocurre en los casos de conductas de exclusión–, uno debiera sospechar que el fundamento mismo de la prohibición es algo diferente de la limitación a la producción.

El debate sobre el concepto de atentado competitivo puede disfrazarse como un debate respecto a la prueba. La asignación al demandado de la carga de acreditar la justificación, generalmente parece reflejar el convencimiento del tribunal en el sentido que la conducta probada por el demandante es anticompetitiva, más que la distribución por el tribunal de la tarea fundamental de probar la limitación de la producción. Si, a partir de la acreditación prima

facie de un caso por el demandante, uno pudiera inferir una razonable probabilidad de limitación a la producción, por cierto considerando los hechos del caso particular o el resultado de la experiencia económica de hechos similares, el problema es de prueba. Pero en cambio, si el demandante puede configurar *prima facie* un caso mediante la prueba de hechos que no permiten efectuar una tal inferencia, entonces el problema es de concepto⁷.

II. ESTADOS UNIDOS

En esta sección se revisa la evolución del derecho antitrust de los Estados Unidos. Se incluyen antiguos pronunciamientos de la jurisprudencia norteamericana, más tarde modificados, porque, en mi opinión, si bien en un primer período los encargados del diseño de las políticas y los juristas fallaron en apreciar el posible efecto negativo de una aplicación agresiva de este derecho en el propio bienestar del consumidor, el primitivo derecho antitrust de EEUU incorporó "verdades" respecto del antitrust que aún resuenan alrededor del mundo. El gran problema con el antitrust norteamericano anterior a 1980 no fue necesariamente la preocupación por abusos de poder desvinculados con reducciones de producción o riqueza agregada, sino la ausencia de principios que pudieran evitar la aplicación del derecho con perjuicio a los consumidores. A partir de 1980 el antitrust americano corrige este problema, no a través de la aseveración de algún principio limitante⁸, sino mediante un modelo íntegramente renovado que, al igual que el

⁷ Véase, en relación al debate sobre la prueba de la probable restricción a la producción, Timothy J. Muris, "The FTC and the Law of Monopolization" (Muris I), 67 Antitrust L.J. 693 (2000); David A. Balto & Ernest A. Nagata, Proof of Competitive Effects in Monopolization Cases: A response to Professor Muris, 68 Antitrust L.J. 309 (2000); Timothy Muris, Anticompetitive Effects in Monopolization Cases: Reply (Muris II), 68 Antitrust L.J. 325 (2000).

La economía Post-Chicago se ocupa de la cuestión: ¿Cuándo los antecedentes prueban la probable restricción a la producción? Relajando las suposiciones teóricas sobre el carácter fortalecido de los mercados y poniendo mayor atención en el comportamiento actual y el contexto, varios distinguidos economistas están ofreciendo evidencia de elevaciones de precios probables o posibles en áreas en las cuales las suposiciones sobre mercados fortalecidos no dan espacio para preocupaciones. Véase, Jonathan Baker, "Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects Under the Antitrust Laws", 77 N.Y.U.L. Rev. 135 (2002); Jay Pil Choi & Sang-Seung Yi, "Vertical Foreclosure with the Choice of Input Specifications", 31 Rand J. Econ. 717 (2000); Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price", 96 Yale L.J. 209 (1986); Barry Nalebuff, Competition Against Bundles (Yale School of Management Working Paper #7 (2000)); Michael Whinston, Tying, Foreclosure, and Exclusion, 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990).

⁸ Por ejemplo, afirmando que la ilegalidad antitrust por conductas de exclusión podría ser soslayada en virtud de la alegación de que la conducta fue un mecanismo de respuesta al mercado o un medio para ofrecer a los compradores un producto o servicio que de otra manera no obtendrían; consecuentemente, que la sanción de la conducta sería ineficiente. Véase también *infra* el texto de la nota N° 62.

Consenso de Washington, tiene las ventajas de su buena fundamentación y flexibilidad⁹.

En EEUU, percibo que en los hechos se construye una inconfesada válvula de escape, al servicio del criterio de la limitación a la producción, pero con creatividad en su utilización, según se dirá luego. En el contexto de las restricciones de carácter excluyente, esta válvula de escape permite la protección contra las exclusiones injustificadas, en nombre de la limitación a la producción, aun cuando esta limitación no se haya verificado necesariamente. En Europa, una tal válvula de escape, oculta, no ha sido necesaria toda vez que el sistema europeo de competencia se preocupa tanto de preservar los valores de una estructura competitiva y de mercados abiertos como de prohibir conductas por tener resultados de explotación.

A. Breve historia del antitrust y de las prácticas de exclusión en el derecho de EEUU

En EEUU, veinticinco años atrás y por muchos años antes, "anticompetitivo" o "atentatorio contra la competencia" era un término amplio que implicaba desde una afectación al proceso de mercado hasta, entre otras cosas, una privación a los agentes sin poder de mercado de un justo derecho a competir. Afirmaciones típicas aparecieron en el célebre caso de las estaciones de servicio Standard¹⁰, que dijo relación con los contratos de exclusividad de duración de un año celebrados por Standard Oil con el 16 % de las estaciones de gasolina del oeste de los EEUU, perjudicando las bases de similares contratos de los 6 competidores líderes que en conjunto abastecían al 40 % de las estaciones de gasolina del área: "La utilización de estos contratos por Standard crea un entorpecimiento potencial en la competencia de aquellos que pretenden remover el parágrafo 3 [de la Ley Clayton], dondequiera que, habiéndose verificado, pudiera impedir en una cantidad sustancial la actividad competitiva"¹¹. Con la práctica, expresa la Corte, de manera indebida se "excluye a proveedores de acceder

⁹ El Consenso de Washington es el entendimiento que la desregulación, la privatización y en general la liberalización económica y la confianza en el libre mercado es la receta correcta para las economías en el mundo. Véase en relación al Consenso de Washington y sus efectos, Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its discontents* 20 (2002).

¹⁰ Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293 (1949).

¹¹ Id. en 314. (N. del T.) La cita original es la siguiente: "Standard's use of the contracts creates just such a potential clog on competition as it was the purpose of § 3 [of the Clayton Act] to remove wherever, were it to become actual, it would impede a substantial amount of competitive activity".

a los puntos de venta controlados por los distribuidores”¹². El criterio llegó a ser conocido como la regla de la “quantitative substantiality”. Si había competidores impedidos de actividad competitiva sustancial o eran excluidos de un porcentaje sustancial del mercado, la práctica era considerada ilegal.

Las cláusulas de operaciones atadas (*tying clauses*) fueron condenadas incluso más frecuentemente que los contratos de distribución exclusiva. La empresa de ferrocarriles del Oeste Americano vendió paños de tierra bajo la condición que los compradores transportaran sus mercancías con la empresa ferroviaria vendedora. La Corte Suprema declaró tales contratos como ilegales porque: “Hasta el punto donde se extendieron los intereses de la empresa ferroviaria, resulta obvio que su propósito ha sido excluir competidores, suprimir la competencia. Si bien esto puede haber resultado en extremo beneficioso para su negocio, se trata exactamente del tipo de asuntos que la Ley Sherman condena”¹³.

En relación con las concentraciones, fundándose en la Sección 7 de la Ley Clayton, la Corte condenó la compra de Gentry (productor de cebolla y ajo deshidratado) por Consolidated Foods, porque tal operación otorgaba a esta empresa, que ha establecido contrataciones recíprocas en el pasado, “la ventaja mixta de amenaza y tentación de compras recíprocas”; es decir, la fusión le otorga “el poder para excluir la competencia de una parte sustancial de los mercados”¹⁴. La Corte expresó: “Sostenemos al inicio que la ‘reciprocidad’ que se hace posible por una tal adquisición forma parte del conjunto de prácticas anticompetitivas a que apunta el derecho antitrust. La práctica constituye un ‘factor extraño y ajeno’, ... que se inmiscuye en la elección entre productos en competencia, creando, a lo menos, ‘una prioridad en el comercio a iguales precios’”¹⁵.

En el caso *Fashion Originator’s Guild of America v. FTC*¹⁶, la Corte prohibió un acuerdo entre creadores y vendedores de diseños, diseñadores de

¹² Id. en 298.

¹³ *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 8 (1958). (N. del T.) La cita original es la siguiente: “So far as the Railroad was concerned its purpose obviously was to fence out competitors, to stifle competition. While this may have been exceedingly beneficial to its business, it is the very type of thing the Sherman Act condemns”.

¹⁴ *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592, 593 (1965) (citado de la opinión administrativa de la FTC).

¹⁵ Id. en 594. (N. del T.) La cita original expresa: “We hold at the outset that the ‘reciprocity’ made possible by such an acquisition is one of the congeries of anticompetitive practices at which the antitrust laws are aimed. The practice results in ‘an irrelevant and alien factor’, ... intruding into the choice among competing products, creating at least ‘a priority on the business at equal prices’”.

¹⁶ 312 U.S. 457 (1941) (N. del T.) “FTC” es la abreviatura de la “Federal Trade Commission”, una de las agencias encargadas de la aplicación de la política de competencia en EEUU.

fábrica y diseñadores de vestuario, que pretendía evitar que los diseños fueran a dar a las manos de "piratas" (imitadores de estilo). Los demandados utilizaron boicots y amenazas de boicot, así como otras estrategias de mano dura, en contra de cualquier empresa que "pirateara" diseños o vendiera diseños copiados. La FTC no encontró evidencia que el acuerdo elevara precios, limitara la producción o disminuyera la calidad en el mercado; pero FOGA no pudo liberarse por esta circunstancia. La Corte expresó: "Las acciones comprendidas en estas tres categorías no agotan los tipos de conducta proscritas por las leyes Sherman y Clayton"¹⁷. Lo nocivo era que el acuerdo ejercía un control coercitivo y el poder para excluir. Era equivalente a un gobierno privado.

¿Por qué razón la Corte Suprema de EEUU de los años 40, 50 y 60 (desde 1953 en adelante, la Corte de Warren) intentó salvaguardar los mercados de las prácticas de exclusión, incluso sin probar que la conducta afectara a los consumidores? Como cualquier atento lector del extenso cuerpo de sentencias de la Suprema Corte debiera saber, esto no era porque el cambio de un mercado dividido a uno de empresas dominantes pudiera producir una elevación de los precios y porque el derecho fuera entonces precavido en este aspecto. Esto fue porque el derecho antitrust era un mecanismo para preservar el funcionamiento competitivo del mercado, para minimizar privilegios y poder y para salvaguardar la competencia en base al mérito. El derecho buscó promover apertura, oportunidad, y libertad de la coerción de las empresas con poder¹⁸. A mediados de siglo y, en las dos décadas siguientes, en general no se creía o no constituía una preocupación, que la atención centrada en la apertura y oportunidad pudiera menoscabar a las empresas eficientes, dañar a los consumidores americanos y constituir un freno para las empresas americanas, en lo que pronto sería una economía globalizada. Más bien, la apertura y la protección frente al poder eran equiparadas con la eficiencia del mercado.

Pero mucha de la jurisprudencia de la Corte de Warren viene siendo modificada desde hace tiempo¹⁹. Comenzando particularmente en los años 1980-81 en que se generó un nuevo paradigma para el antitrust americano: la regla de no intervención en ausencia de una conducta que pudiera reducir el excedente

¹⁷ Id. en 466. La producción no habría sido limitada ya que las tiendas de descuento no tuvieron la necesidad de vender diseños copiados.

¹⁸ Véase, Eleanor M. Fox, "The Modernization of Antitrust - A New Equilibrium", 66 Cornell L. Rev. 1140 (1981).

¹⁹ La sentencia *Fashion Originators' Guild*, 312 U.S. 457 (pronunciada antes de la era Warren) no ha sido modificada. Toda vez que el caso dice relación con un acuerdo entre competidores para no competir, goza del beneficio de la regla de naturaleza (*per se rule*).

del consumidor. La pérdida de una oportunidad de competir en base al mérito ya no sería considerada "anticompetitiva", según el derecho de EEUU. El derecho contra los atentados "meramente" excluyentes fue descalificado como un derecho que protegía a competidores ineficientes y que dañaba a los consumidores²⁰ (aún cuando no fuera necesariamente el caso)²¹.

¿Cómo la perspectiva restringida de EEUU llegó a ganar la competencia por el "mercado"; es decir, la competencia por llegar a ser el paradigma antitrust de EEUU? ¿Qué implicancias tiene este enfoque en un mundo en donde la mayor parte de las naciones mantiene un lugar, al centro.

B. Una mirada a Chicago

Hacia fines de la década de los 70', las leyes antitrust de EEUU eran vigorosas, para muchos observadores lo eran demasiado. Prohibían varias de las operaciones en negocios "normales" y se habían expandido en ayuda del desaventajado y para dispersar el poder. La misma crítica se hizo valer en contra de otras áreas del derecho de EEUU, tales como el movimiento de los derechos civiles. Había demasiadas leyes y ello menoscababa al empresariado americano. Los años 80' introdujeron una era conservadora, bajo la conducción del Presidente Ronald Reagan. La Administración Reagan se concentró en hacer desaparecer la normativa que regulara al empresariado.

Pero ¿cómo hacer desaparecer las leyes antitrust sin una derogación del Congreso (que no se habría conseguido)? ¿En qué medida y en base a qué argumentos y conceptos? Entonces, surgió un concepto que de buena manera cumplía tal misión, un concepto que podría minimizar el antitrust en toda la medida que lo permitiera el seguir reconociendo la existencia de legislación antitrust. La solución se encontró en una regla de no-intervención, a menos que la conducta de mercado fuera probadamente ineficiente y a "ineficiente" debía atribuirse el siguiente significado, siendo el más estricto posible: la conducta debe conferir un poder de mercado que pueda ser usado para limitar la producción del producto o servicio y ella no ha de ser justificable como un intento de

²⁰ Véase en un Comunicado de Prensa del Departamento de Justicia (DOJ), la declaración del Asistente del procurador general Charles A. James respecto de la decisión de la Comisión Europea en el caso de la adquisición GE/Honeywell (3 de julio de 2001), disponible en http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8510.htm.

²¹ Por ejemplo, una regla de derecho podría, sin ser ineficiente, proscribir las restricciones monopolistas que cierran las puertas a la competencia en base a los méritos y que no tengan justificaciones de eficiencia.

favorecer (to serve) al mercado. Este fue el enfoque asociado a la Escuela de Chicago. Los carteles, naturalmente, deberían encontrarse en la mira del derecho. Aun cuando este enfoque era una concesión en favor de la existencia de legislación antitrust. El ala más liberal de la Escuela de Chicago hubiera preferido ausencia total de derecho antitrust, a menos que éste prohibiera sólo la interferencia gubernamental en la libertad del empresariado. Sus adherentes creían que los carteles se autodestruirían más rápidamente que cualquier intervención del gobierno orientada a su detección. Y el ala más conservadora de la Escuela de Chicago estimaba que la colaboración entre competidores era, con frecuencia, razonablemente necesaria para sostener una economía saludable y productiva²².

En la nueva era, los carteles y no mucho más que eso, sería lo prohibido. En especial, se explicó que prácticas que habían sido consideradas como de exclusión o impeditivas quizá jamás lo habían sido, al menos no en un sentido significativo para la competencia. Primeramente, las empresas eficientes podían buscar una manera para desenvolverse frente a la restricciones de exclusión. En segundo lugar, aun cuando una práctica tendiera a excluir a los rivales del acceso al abastecimiento o a puntos de venta, dicha práctica era probablemente eficiente y rara vez limitaba la producción. Así, cuando al procurador general Baxter le correspondió dirigir la desintegración de AT&T (que liberó eficientemente a AT&T de la regulación en el área de larga distancia), éste no se encontraba preocupado por preservar la libertad de Western Electric (la subsidiaria de hardware), al ser la proveedora exclusiva de AT&T ni por las necesidades de hardware de las nuevas Baby Bells; el mercado funcionaría²³. Los reclamos acerca de efectos excluyentes o distribución exclusiva fueron considerados simplemente como los llantos de competidores que rogaban al gobierno para que los protegiera de la competencia²⁴.

²² Véase, John S. McGee, *In defense of industrial concentration* (1971). En efecto, la palabra "cartel" era escasamente conocida para la jurisprudencia antitrust de EEUU hasta 1981. Antes de 1981, la fijación de precios era denominada tal cual (*price fixing*); era una parte importante pero no el único centro del derecho antitrust.

²³ Véase, *United States v. AT&T, Competitive Impact Statement*, 47 Fed. Reg. 7170, 7178-79 (Feb. 17, 1982).

²⁴ La crítica tenía más que un simple germen de verdad. El antitrust de los años sesenta se expandió tanto a favor del desaventajado que el derecho tendió a proteger a los competidores ineficientes. Los demandantes antitrust en ocasiones ganaron juicios emprendidos en contra de la competencia en sí misma y en innumerables casos entre privados, los demandados prefirieron un avenimiento por sumas significativas de dinero, lo que resultaba más cuerdo en relación con los riesgos. Los críticos del antitrust –aquellos que habrían votado en contra de cualquier derecho antitrust– capitalizaron este fenómeno para empujar el péndulo bastante más allá de una respuesta proporcional a la vaguedad del derecho.

La victoria de la Escuela de Chicago en los 80' fue una victoria del pensamiento económico libertario (economic libertarianism) y del conservadurismo político más que una maximización de la función microeconómica del bienestar. El "bienestar del consumidor" fue el sello asignado a la razón de ser del nuevo régimen. El bienestar del consumidor, calculado como el excedente agregado del consumidor, fue un principio limitante para la aplicación del derecho antitrust²⁵; esto introdujo la advertencia según la cual el derecho no debía ser invocado a menos que la práctica cuestionada a una determinada empresa disminuyera el bienestar agregado del consumidor. (Dada la presunción de la eficiencia de las empresas, rara vez lo hizo).

Para ser precisos, sin embargo, un paradigma de bienestar del consumidor no es necesariamente una regla de no intervención. "Bienestar del consumidor" y "Limitación a la producción" se transformaron en frases que anclaron la conversación del antitrust; pasaron a ser necesarias en el discurso. No obstante, con el tiempo, se consideraron con cierta elasticidad. Así, la jueza Diane Wood pudo sostener, en el caso Toys "R" Us, que cuando este conocido detallista de juguetes presionó a los grandes fabricantes de juguetes para modificar el abastecimiento de los juguetes más cotizados desde los depósitos hacia el conocido detallista, en forma exclusiva, la empresa Toys "R" Us ocasionó una limitación a la producción para los depósitos²⁶, aun cuando el juez Antonin Scalia había sostenido que el cese del abastecimiento de un distribuidor con buen desempeño no causa atentado antitrust alguno, porque el solo cese del detallista no producía una señal en el precio en torno a la cual los productores pudieran cartelizarse y sin cartel no podía existir limitación a la producción²⁷.

²⁵ Véase Eleanor M. Fox & Lawrence A. Sullivan, "Antitrust Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?", 62 N.Y.U.L.Rev. 936 (1987); Eleanor M. Fox, Chairman Miller, "The Federal Trade Commission, Economics and Rashomon", 50 L. & Contemp. Probs., Autumn 1987, en 33; Véase también Robert Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself* ch. 6 (1978) (el bienestar del consumidor consiste en la suma del excedente del consumidor y del productor; el antitrust debe ceñirse a la conducta que limita la producción, esto es, que disminuye la suma). "El bienestar del consumidor" aparecía como un dulce caramelo más que un transparente ataque al antitrust.

²⁶ Toys "R" Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928, 936 (7th Cir. 2000) (aspectos verticales). La empresa Toys "R" Us ofrecía una completa línea de juguetes, ayudó a introducir los juguetes "hot" y ofrecía bajos precios, pero no eran tan bajos como los ofrecidos en los depósitos de juguetes no envasados. Uno pudiera ver el cambio en el patrón de negocios como eficiente y permitir a Toys "R" Us mantener sus precios más altos que los precios del depósito y así Toys "R" Us podría continuar con sus servicios de mercadeo. Véase también *United States v. Visa U.S.A. Inc.*, 163 F. Supp. 2d 322, 342 (S.D.N.Y. 2001) (Las políticas de exclusividad de MasterCard/Visa con los bancos "limitaron la producción" de American Express) (apelación pendiente).

²⁷ *Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 726-27 (1988) (el fabricante se deshizo del distribuidor conforme a un acuerdo suscrito con un detallista de precios más elevados).

Hacia fines del siglo XX existió un considerable rango de maniobra para que los fiscalizadores y los juristas alegaran en favor de si una conducta de exclusión satisfacía o no el test de afectación del bienestar del consumidor y consecuentemente, si merecía o no el calificativo de "anticompetitiva".

En un extremo del espectro se encontraba la Federal Trade Commission (FTC) bajo la conducción de Robert Pitofsky durante la administración Clinton. Las exclusiones graves del mercado, en especial las exclusiones coercitivas, preocupaban a la FTC. Un caso paradigmático fue el proceso en contra de Intel, el proveedor dominante del microprocesador que constituye el sistema nervioso de la mayoría de los computadores personales. Cuando Intel fue demandada por algunos de sus clientes por infringir su propiedad intelectual, puso término a la provisión de la información tecnológica que necesitaban los clientes para incorporar el microprocesador Intel en los hardware. La FTC previno a Intel en el sentido de cesar y desistirse de las terminaciones discriminatorias²⁸. También típicos fueron el proceso de la FTC referido antes en que se ordenó al detallista Toys "R" Us cesar de ejercer coerción respecto de los fabricantes de juguetes para que limitaran su abastecimiento a los depósitos y las decisiones de la FTC en relación con concentraciones y alianzas en telecomunicaciones y medios de comunicación mediante las cuales se impuso obligaciones de permitir un acceso al mercado no discriminatorio para los competidores²⁹.

En el otro extremo del espectro se encontraban los minimalistas del antitrust, quienes reprobarían cualquier intervención antitrust en ausencia de una prueba creíble de una conducta que pudiera incrementar poder de mercado, elevar precios y limitar la producción y aquellos menos minimalistas, que sancionarían además la conducta que razonablemente amenazara mantener o generara, artificialmente, una baja producción³⁰. La siguiente sección explora con mayor detalle la perspectiva minimalista, utilizando como ejemplo los escritos de uno de los prominentes entendidos en antitrust.

²⁸ Véase Intel Corp., FTC Docket N° 9288 (orden consentida de cesar y desistirse, 3 de agosto de 1999), resumida en Trade Reg. Rep. (CCH) [Transfer Binder 1997-2001] ¶24, 575. Pero compárese con Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999). Véase infra nota N° 34.

²⁹ Toys "R" Us, Inc., FTC Docket N° 9278 (orden de cesar y desistirse), resumida en Trade Reg. Rep. (CCH) [Transfer Binder 1997-2001] ¶24, 516. *aff'd*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000); America Online, Inc. and Time Warner, Inc., FTC Docket N° C-3989, (orden consentida de cesar y desistirse, 17 de abril de 2001), resumida en Trade Reg. Rep. (CCH) [Transfer Binder 1997-2001] ¶24, 835; Time Warner, Inc., FTC Docket N° C-3709 (orden consentida de cesar y desistirse, 3 de febrero de 1997), resumida en Trade Reg. Rep. (CCH) [Transfer Binder 1993-1997] ¶24, 104; véase además, Byron E. Fox & Eleanor M. Fox, *Mergers That Impair Market Access*, en *Corporate acquisitions and mergers* ch. 11 (2002).

³⁰ Véase la sección C, infra; Muris II, supra nota N° 7.

C. Error en el derecho, error en los hechos, error en la política

Timothy Muris, siendo profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad George Mason y antes de su contratación en el año 2001 como chairman de la Federal Trade Commission, escribió un artículo titulado, "The FTC and the law of monopolization"³¹. El artículo criticaba las iniciativas de Pitofsky en la FTC en los casos de monopolización. Muris afirmaba que las preocupaciones del antitrust respecto a los carteles de competidores eran adecuadas y loables, pero en cambio, una única empresa, aún siendo monopolista, rara vez atentaba contra la competencia. La FTC, aseveraba, "propone alterar lo que se entiende generalmente como los fundamentos para la responsabilidad [por conductas unilaterales de una empresa]... La agencia parece convencida que, en los casos de monopolización, resulta innecesaria la prueba del gobierno sobre el efecto anticompetitivo"³².

Muris, de manera útil y precisa, expone lo que él entiende por "efecto anticompetitivo" y "atentado contra la competencia", frases que utiliza de modo intercambiable entre sí y con "atentado contra los consumidores". La conducta de exclusión, para ser calificada de anticompetitiva, debe ser, según Muris: "razonablemente ... capaz de contribuir significativamente a crear o mantener un poder monopolístico." ... El poder monopolístico es un concepto que requiere el análisis del efecto competitivo. Tanto en derecho como en economía, tal poder es definido como la aptitud para elevar precios y restringir la producción en una industria ... la evidencia indirecta ... [tales como la participación de mercado y las condiciones de entrada], son meros antecedentes de la prueba real de efectos anticompetitivos, es decir, de la aptitud para elevar precios y restringir la producción³³.

Muris prosigue argumentando que la FTC de Pitofsky, al no asignarse a sí misma la carga de probar que la conducta cuestionada había contribuido signi-

³¹ Muris I, supra nota N° 7.

³² Id. en 694 (N. del T.) La cita original es la siguiente: "[The FTC] proposes to alter what many believe to be the basis for [single-firm] liability The agency appears to believe that in monopolization cases government proof of anticompetitive effect is unnecessary".

³³ Id. en 696-97 (notas al pie omitidas) (citando a 3 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 650c, en 69 (rev.ed.1996). Véase Bork, supra nota N° 25, en 123 ("El antitrust debiera contentarse con la identificación de los intentos para restringir la producción y dejar que todas las otras decisiones, correctas o erróneas, sean producidas por los millones de centros de decisión privados que constituyen la economía americana"). (N. del T.) La cita original es la siguiente: ("Antitrust must content itself with the identification of attempts to restrict output and let all other decisions, right or wrong, be made by the millions of private decision centers that make up the American economy").

ficativamente a crear, mantener o acrecentar un poder de mercado, incurría en una actuación jurídica y políticamente errónea y así, en el caso Intel, además era errónea en los hechos, toda vez que el cese de la colaboración previa por la empresa dominante en una industria de red no constituía una limitación a la producción³⁴.

Me concentraré aquí en el argumento del error jurídico, toda vez que es en esta sección de su artículo donde Muris afirma que la Suprema Corte adoptó su definición de "anticompetitivo". Si Muris está en lo correcto, no existe una infracción de exclusión como tal; existe sólo una infracción de explotación, aun cuando la explotación puede verse, en ciertos casos, facilitada por exclusiones de mercado.

Muris expresa que los modernos casos estadounidenses de antitrust parecen leer la expresión "inequidad" ("unfairness") en la Sección 2 de la Ley Sherman, pero no obstante manifiestan que la Corte Suprema habría ido descartando las consideraciones de "equidad" ("fairness"), incluso en casos sometidos a la Sección 5 de la Ley de la Federal Trade Commission (base legal para el proceso en contra de Intel) y a pesar que esta sección expresamente prohíbe los métodos inequitativos de competencia ("unfair methods of competition"). En la última década, la Suprema Corte ha expresado que los casos antitrust deben basarse en un atentado al mercado, no en una exclusión injusta, ni siquiera en una exclusión maliciosa³⁵. Más aún, algunos casos modernos servirían de apoyo a la visión de Muris sobre el daño al mercado (esto es, la conducta ha de limitar la producción, o mantener artificialmente la producción limitada). Precisamente, en la más reciente decisión antitrust, California Dental Association v. FTC³⁶, la Corte Suprema descartó inferir algún atentado al mercado producto de la instrucción de la asociación de dentistas de California contraria a publicitar "precios razonables", "bajas tarifas", "10% de descuento para los adultos mayores", etc., porque (en su opinión) la

³⁴ Muris I, supra nota N° 7 en 716 y sgtes. Pero véase Balto & Nagata, supra nota N° 7. La denegación de Intel a Intergraph del acceso al conocimiento técnico que ésta requería para incorporar el microprocesador Intel fue coercitiva y discriminatoria, factores respecto de los cuales la FTC se ocupaba. Más aún, tal denegación echó por tierra los intentos de Intergraph de inventar a partir del microprocesador Intel y de esa manera convertirse en un competidor de Intel. Sin embargo, la negativa de Intel aparentemente no intentaba disciplinar a Intergraph como un competidor potencial (distinto al caso de las estrategias de Microsoft orientadas a "cortar el aire" a Netscape para comercializar su navegador, véase la sección II.D infra), sino que fue probablemente una manifestación de hostilidad e intimidación dirigida a Intergraph, quien había demandado a Intel por infracción de propiedad industrial y porque Intel quería forzar a Intergraph a que obtuviera una licencia para acceder a las innovaciones de Intel. Véase *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

³⁵ Véase *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); *Nynex Corp. v. Discov. Inc.*, 525 U.S. 128 (1998).

³⁶ 526 U.S. 756 (1999).

instrucción podría no haber producido limitación a la producción. Avisos publicitarios como los prohibidos podían contener exageraciones. Las exageraciones podían hacer a los pacientes dudar de los dentistas y deprimir la demanda, aseveró la Corte. Por lo tanto (sostuvo la Corte) la instrucción de la asociación de dentistas [al evitar la depresión en la demanda] pudo haber incrementado la producción.

Por cierto, siguiendo el derecho que impone una aplicación rigurosa del estándar de la producción y asigna al demandante la carga de la prueba, varios antiguos renglones de la jurisprudencia antitrust podría clasificarse en la casilla de mal derecho ("bad law"). El impacto de la perspectiva de Muris es puesto en evidencia con su tratamiento de un clásico del antitrust estadounidense, el caso *Lorain Journal*³⁷. *Lorain Journal*, el único periódico de circulación diaria en un pueblo de Ohio en 1950, se consideró amenazado por la apertura de la única radio local, WEOL y se negó a aceptar avisos publicitarios de sus clientes (las pequeñas empresas en Lorain) si éstas colocaban cualquier aviso en WEOL. Las empresas locales necesitaban publicitar en el *Lorain Journal* y eran pocas las que se esperaba desatendieran la advertencia. La Corte Suprema, sin grandes vacilaciones, configuró una infracción a la Ley Sherman y ordenó el cese de la conducta del *Lorain Journal*, aun cuando WEOL no se había visto obligada a cerrar.

El profesor Muris afirma que el caso del *Lorain Journal* ha sido "recientemente cuestionado". La estación de radio aparentemente se mantuvo rentable y nunca estuvo en peligro de bancarrota³⁸. El mercado para la difusión de avisos locales nunca fue limitado artificialmente. La circunstancia que el caso del *Lorain Journal* "pueda ser razonablemente cuestionado destruye los intentos de la FTC" de confiarse en los casos de la jurisprudencia para evitar la prueba del daño al consumidor, escribe Muris. "Estas críticas [al *Lorain Journal* y a otros casos, fundadas en que la conducta se dirigió contra actos de exclusión que no produjeron limitaciones a la producción], cuando menos, revelan que se encuentra seriamente cuestionado si la alegación de prácticas de exclusión tales como las RRC [raising rivals' costs] (aumento de los costos del rival) resultan en efecto excluyentes [queriendo decir con ello, anticompetitivas]"³⁹.

³⁷ 342 U.S. 143 (1951).

³⁸ Muris I, *supra* nota N° 7, en 715.

³⁹ Id. (N. del T.) La cita original es la siguiente: "These criticisms [of *Lorain Journal* and other cases on the basis that they condemned exclusionary acts that did not turn out to limit output], at a minimum, reveal that there is serious question whether allegedly exclusionary practices, such as RRC [raising rivals' costs], are in fact exclusionary [meaning, anticompetitively so]".

Una revisión de los casos analizados por el profesor Muris da cuenta que, prácticamente, no existen prácticas de exclusión desplegadas unilateralmente por una empresa que, sin que se trate de la imposición de protecciones del gobierno, puedan satisfacer la prueba de la limitación de la producción. Esto, por supuesto, es lo que el lector era conducido a esperar a partir de los primeros párrafos de su artículo, en donde Muris expresa que una conducta anticompetitiva de exclusión de una empresa individual era, en efecto, "rara"⁴⁰.

Varios casos contemporáneos de prácticas de exclusión tienden a ser exiguos en la argumentación e incluso oscuros en la utilización del concepto de "anticompetitivo"⁴¹. No obstante, otros abiertamente afirman que el derecho antitrust protege la competencia, no la eficiencia y que la ausencia de un atentado al consumidor no constituye obstáculo para un juzgamiento a favor del demandante⁴². El caso Microsoft cae en la categoría de los análisis de actos de

⁴⁰ Id. en 693.

⁴¹ Véase *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) (se admite la demanda de empresas independientes de servicio técnico que acusaban a Kodak de haber ilegalmente vinculado los repuestos y el servicio postventa a las ventas de proyectoras, en la medida que las empresas habían introducido evidencia creíble que Kodak podía y había explotado a los usuarios del servicio postventa de reparación; pero véase el dictum id. en N° 29); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985) (fue considerada ilegal la conducta de exclusión de un competidor por un monopolista que se negó a contratar con aquél); *Conwood Co. v. United States Tobacco Co.*, 2002-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 73, 675 (6th Cir. 2002) (el fabricante dominante de tabaco rapé excluyó a un competidor mediante sucias tácticas; a pesar que fueron introducidos nuevos productos y la producción se incrementó, los demandantes probaron que la producción se habría incrementado más aún en ausencia del mal comportamiento del demandado).

⁴² Véase *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F.2d 530 (7th Cir. 1986). El caso se refería a una competencia por la adquisición de los Chicago Bulls, un equipo de básquetbol profesional. *Illinois Basketball, Inc. (IBI)* (con Marvin Fishman) presentó la propuesta que se adjudicó los Chicago Bulls, pero ésta se perdería cuando un consorcio formado por los demandados, quienes controlaban el único estadio en el pueblo, se negó a arrendar la cancha a IBI porque los miembros del consorcio querían comprar (y finalmente compraron) a los Bulls. Denunciados por infracciones a la Ley Sherman, argumentaron que tanto los Bulls como el estadio eran monopolios naturales y que los consumidores –los hinchas– enfrentarían a un propietario monopolista del equipo en cualquier evento, siendo indiferente quien manejara a los Bulls. La conducta, dijeron los denunciados, implicaba sólo la sustitución de un monopolista por otro; por ello, no podía haber daño a la competencia.

Un panel de jueces de la corte de apelaciones, a través del juez Cudahy, sentenció a favor de los demandantes: El derecho antitrust protege la competencia y el proceso competitivo, no resultados. No constituía defensa el que los consumidores no habían sufrido daño: En tanto [los demandados] afirman que "las leyes antitrust no tienen aplicación donde no existe interés del consumidor que proteger"... La opinión disidente sienta el mismo argumento respecto del efecto en el consumidor: "El derecho antitrust castiga los resultados dañinos para los consumidores..." Estamos de acuerdo en que el mejoramiento del bienestar del consumidor es una importante política –probablemente la política superior– que orienta las leyes antitrust... Algunas decisiones de la Corte Suprema señalan que el efecto en los consumidores finales es, en el contexto adecuado, una consideración importante al analizar una práctica comercial para evaluar si ha existido una infracción antitrust... Las leyes antitrust se ocupan del proceso competitivo y

exclusión con exigua u oscura argumentación. En el tribunal de distrito, el juez Thomas Penfield Jackson vaciló entre las dos concepciones de restricciones de exclusión (esto es, con y sin aumentos de precio) y la Corte de Apelaciones para el Circuito del D.C., esforzándose con éxito por alcanzar un consenso, utilizó fundamentos contrapuestos para determinar cuándo una restricción de exclusión es anticompetitiva⁴³.

Me referiré al caso Microsoft con algún detalle. Si bien se presenta como sui generis en varios aspectos, resulta típico en cuanto a su ambivalencia en el estricto análisis de prácticas de exclusión significativa que pudieran no generar efectos en la producción.

D. El caso Microsoft, el antitrust americano y la nueva economía

Si la prueba de una limitación a la producción es una condición necesaria para obtener condena en un caso antitrust, ¿puede existir una infracción por conducta unilateral de una empresa en la nueva economía? En la nueva economía, la competencia más importante toma la forma de competencia por innovación y resulta prácticamente imposible rendir prueba respecto a qué tecnologías, acaso alguna, hubieran dado resultado de no haber sido frustrada su introducción por las prácticas de exclusión. Más aún, en la nueva economía, donde habitualmente se producen efectos de red, la competencia puede ser por el mercado, no en el mercado; una empresa ha de reemplazar a otra. Este artículo afirma que las infracciones encontradas en el caso Microsoft no son consistentes con una teoría de la producción –al menos no en un sentido restringido– sino con una teoría de defensa del mercado en contra de las distorsiones significativas e injustificadas.

No sabemos ni podríamos saber de qué manera los contratos y amenazas de exclusión de Microsoft dejaron a los consumidores en una peor posición en términos de precio o innovación. La corte prefirió dejar el curso futuro del

su aplicación no depende en cada caso particular de un efecto en el consumidor que sea finalmente demostrable. Un proceso competitivo saludable y no menoscabado se presume ser parte del interés del consumidor.

Id. en 563. El juez Easterbrook escribió una extensa y vigorosa opinión disidente, manifestando su desacuerdo legal, económico y político; argumentando que la propiedad de bienes complementarios por un único grupo –los demandados– hacia de la exclusión de la competencia (no son sus palabras) buena para los consumidores; y llamar a todos ellos actos de exclusión injustificados, cuando no producen un específico daño a los consumidores, simplemente agravia.

⁴³ United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), rev'd in part, aff'd in part, 253 F. 3d 34 (D.C.Cir.), cert. Denied, 122 S. Ct. 350 (2001).

mercado no a Microsoft sino a las fuerzas más impersonales del mercado.

Ahora conocemos bien la historia. Microsoft era la empresa dominante en el mercado de los sistemas operativos de computadores personales (PC) compatibles con procesadores Intel. Microsoft Windows detentaba un 95 por ciento del mercado. Gozaba (y goza) de los beneficios de los efectos de red; es el sistema operativo estándar para programas y aplicaciones de PC. Los programadores computacionales que diseñan para Windows comprenden los beneficios de la amplia audiencia generada a través de la enorme base instalada. Si ellos diseñaran para cualquier otro sistema operativo, enfrentarían un elevado riesgo de ventas insuficientes.

Microsoft, el monopolista del sistema operativo, percibió una amenaza de parte de los programas diseñados como plataformas de middleware, los cuales, exitosamente diseñados y comercializados, podían operar con cualquier plataforma de sistemas operativos de PC. Los programadores podrían entonces diseñar sus aplicaciones para el middleware y, las cualidades distintivas de Microsoft Windows podían pasar a no tener importancia. Este desarrollo habría ("commoditized" Windows) hecho de Windows un bien fácilmente sustituible. Microsoft se alarmó.

La amenaza para Microsoft vino de dos fuentes principales: Netscape, a través de su navegador (browser) Navigator y Sun Microsystems, que había desarrollado el lenguaje Java con la intención de hacer de él un lenguaje compatible con las distintas plataformas (cross-platform language).

Quizá siendo paranoide, como alegó haberlo sido, Microsoft creyó que Netscape y Java se encontraban al borde del desarrollo y comercialización de la temida innovación en middleware. (En los hechos se encontraban bastante alejados). La innovación en middleware estaba sujeta, entre otros factores, a que el Navigator de Netscape consiguiera una masa crítica de usuarios del sistema operativo y a los desarrollos de la plataforma múltiple de Java. Microsoft se dispuso a remover la amenaza. Desarrolló su propio navegador (browser) Internet Explorer (IE) e hizo de él y de su sistema operativo un solo paquete. Además, cerró los canales más eficientes para que Netscape divulgara su navegador y sabotó el desarrollo de la plataforma múltiple de Java. Lo anterior, suscribiendo varios contratos con fabricantes de equipos PC originales (PC original equipment manufacturers - OEMs), con proveedores de servicio de Internet, con vendedores de software de acceso para Internet y con otros, y mediante amenazas y engaños,

En el tribunal de distrito, el juez Jackson declaró que el paquete navegador/sistema operativo constituía una operación atada ilegal per se según la Sección 1 de la Ley Sherman. Rechazó las alegaciones de contratos de exclusión fundado

en que la Sección 1 requiere una exclusión total⁴⁴ y Netscape no había sido totalmente excluida; tenía otros caminos para conseguir usuarios. Declaró que Microsoft intentó monopolizar el mercado de los navegadores. Calificó varios de los actos y acuerdos de Microsoft como constitutivos de infracción de la Sección 2 de la Ley Sherman en tanto mantención de una situación de monopolio; incluso aquellos actos y acuerdos que no consideró suficientemente de exclusión como para violar la Sección 1. Según llegaría a ser de conocimiento público, ordenó que Microsoft fuera dividida en dos.

La Corte de Apelaciones para el circuito del distrito de Columbia sesionó en pleno. Sin identificar al juez redactor (*per curiam opinion*), la corte modificó la decisión del tribunal de distrito y se la reenvió en relación a la infracción por operación atada⁴⁵, modificó la decisión en cuanto a haber Microsoft pretendido monopolizar el mercado de los navegadores, fundándose en que los demandantes no habían probado la existencia de un mercado de los navegadores ni acreditado la existencia de barreras a la entrada en la creación de navegadores, rechazando la pretensión; modificó la medida de desintegración y reenvió la alegación de operación atada y la cuestión de la apropiada medida correctiva (*remedy*). Aunque no todas, la corte mantuvo la mayoría de las alegaciones de mantención de una situación de monopolio, evaluando, para cada una de ellas, si los demandantes habían probado un caso en principio anticompetitivo (*a prima facie case*), en tal caso, si Microsoft había ofrecido justificaciones procompetencia o de eficiencia y, si esto había sido así, si los demandantes habían satisfecho o no su carga de demostrar un resultado neto anticompetitivo⁴⁶.

¿Qué sentido dio la Corte al concepto de “anticompetitivo”? y, ¿utilizó la corte tal palabra de manera consistente? De particular importancia para esta

⁴⁴ Microsoft, 253 F. Supp. 2d en 53-54 (la validez de la afirmación de requerirse una total exclusión para la ilegalidad es objeto de duda). Quizá más importante para una apreciación del estrecho o esquizofrénico derecho aplicable a las prácticas de exclusión sea una decisión del juez Jackson de 1998, que rechazó la demanda de los estados que reprochaban a Microsoft el uso de su poder monopolístico en los sistemas operativos para obtener ventajas no basadas en los méritos en el mercado de los navegadores por infringir el § 2. El juez Jackson manifestó que no existía una infracción por “mero apalancamiento” (*mere leveraging violation*). Los programas (el navegador) y el sistema operativo son complementos y los compradores pagarán sólo demasiado por el paquete; existe un único posible provecho monopolístico. De esta manera, el mero apalancamiento puede sólo afectar a los competidores pero no dañar a los consumidores. *United States v. Microsoft Corp.*, 1998-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 72, 261 (D.D.C. 1998).

⁴⁵ Microsoft, 253 F. 3d en 92-95. De acuerdo con la corte, los hechos en cuestión estaban referidos a programas y funcionalidades de plataforma que eran muy complejos y que el empaquetar los programas con el sistema operativo era, muy probablemente, para responder a las necesidades de los consumidores, lo que no hacía aplicable una regla *per se*.

⁴⁶ *Id.* en 58-78.

cuestión es la consideración que hizo la corte de no haber los demandantes probado la existencia de un mercado de los navegadores. Con esto, la calidad de anticompetitiva de una restricción no podía basarse en el aumento del precio⁴⁷ de los navegadores (o en su retroceso tecnológico).

La mayoría de las infracciones mantenidas por la corte de apelaciones se refirieron a actos de uno de estos dos tipos: (1) Aquellos que excluyeron a Netscape, el único competidor significativo en navegadores, del acceso eficiente a una masa crítica de usuarios (siendo la masa crítica necesaria para desviar a los diseñadores de aplicaciones desde el sistema operativo de Microsoft al middleware) y (2) las amenazas a los entrantes en orden a detener el desarrollo de tecnologías que causarían el temido cambio de paradigma a una plataforma de middleware que permitiera el diseño de aplicaciones compatibles con cualquier sistema operativo y, de esta manera, hacer de Windows un commodity. Los dos métodos más efectivos para distribuir el software del navegador eran: siendo preinstalado por las OEMs como Compaq y empaquetando el navegador junto con el software de acceso a Internet distribuido por los proveedores de acceso a Internet (Internet access providers (IAPs)) como America Online (AOL). Microsoft apuntó y sabotó ambos canales de distribución.

La Corte de Apelaciones concluyó que cada uno de los conjuntos de conductas era ilegal. En cada oportunidad, la corte se preguntó, si habiendo los demandantes constituido un caso en principio anticompetitivo como conducta de exclusión, Microsoft había o no acreditado efectos procompetitivos preponderantes. La cuestión aquí es respecto de la naturaleza de la conducta de exclusión que fue considerada como suficiente para constituir un caso *prima facie*. ¿Había sido esta conducta de exclusión anticompetitiva en el sentido de daño al consumidor o fue "meramente" una exclusión significativa y no justificada como una forma de competencia enérgica?

En general, en la descripción que la corte hace de cada conjunto de actos de exclusión, en forma diferente a algunas generalizaciones tales como las citadas más abajo, claramente no aparece como una condición necesaria para la caracterización de una conducta como anticompetitiva la limitación a la producción y el resultante daño a los consumidores (comprendido el daño consistente en privarlos de las innovaciones de los competidores). De hecho, la corte desestimó que la conducta de Microsoft pudiera tener el efecto real o probable de incrementar o mantener su monopolio en el sistema operativo.

⁴⁷ Nuevamente, "aumento del precio" (*price raise*) incluye la mantención de un precio artificialmente elevado.

La corte parece adoptar en forma preliminar la definición del efecto anticompetitivo propuesta por el profesor Muris. Así señaló: "Determinar si una conducta particular de un monopolista es de exclusión [entendiendo anticompetitiva], en lugar de una forma enérgica de competencia, puede resultar difícil de discernir: tanto los medios de la exclusión ilícita como los medios de la legítima competencia son millares. El desafío para una corte antitrust radica en establecer una regla general para distinguir entre actos de exclusión que reducen el bienestar social y actos competitivos, que lo incrementan"⁴⁸.

La corte procedió a analizar y caracterizar cada una de las imputaciones, para determinar si los demandantes habían establecido su caso en forma preliminar y para tal evento, si Microsoft lo había desvirtuado. En este punto la corte cambia hacia un análisis holgado en donde la exclusión pasa a ser el criterio para "anticompetitivo". La exclusión, sin especificar dimensiones, si involucraba una importante ruta de acceso al mercado de los navegadores (a pesar que los demandantes no acreditaron la existencia de un tal mercado), fue aceptada como "anticompetitiva" y, en tal sentido, suficiente para configurar en forma preliminar el caso del gobierno⁴⁹.

En relación con las licencias de Microsoft para las OEMs tales como Compaq, que prohibían a las OEMs remover los íconos del escritorio y los comandos del menú de partida de Windows, la corte sostuvo que una cláusula de este tipo "impide a las OEMs preinstalar un navegador rival y, de esta manera, protege al monopolio de Microsoft de la competencia que el middleware pudiera significarle. Consecuentemente, concluimos que la restricción de la licencia en cuestión es anticompetitiva"⁵⁰.

⁴⁸ Microsoft, 253 F. 3d en 59. (N. del T.) La cita original es la siguiente: "Whether any particular act of a monopolist is exclusionary [meaning anticompetitively so], rather than merely a form of vigorous competition, can be difficult to discern: the means of illicit exclusion, like the means of legitimate competition, are myriad. The challenge for an antitrust court lies in stating a general rule for distinguishing between exclusionary acts, which reduce social welfare, and competitive acts, which increase it".

⁴⁹ Paradójicamente, precisamente tal prueba no es suficiente para configurar preliminarmente un caso si la acusación es de "mero apalancamiento". Véase la decisión del juez Jackson rechazando la demanda de apalancamiento discutida supra nota N° 44. Un vínculo entre la exclusión y el incremento del poder de mercado es necesario; pero según será expuesto más abajo, ese vínculo nunca fue acreditado.

⁵⁰ Microsoft, 253 F. 3d en 61.

Toda vez que los demandantes no habían acreditado la existencia de un mercado de los navegadores, la exclusión del navegador Netscape por Microsoft de los canales eficientes de distribución era irrelevante para cualquier demanda de monopolización del mercado de los navegadores. Era relevante sólo porque Netscape necesitaba de una masa crítica de usuarios de su navegador si aspiraba a alguna oportunidad para desarrollar su middleware, el que, si era comercializado con éxito, podría haber socavado el poder monopólico de Microsoft en el mercado de los sistemas operativos. De esta manera, el grado de exclusión para Netscape de los canales de distribución de navegadores tiene un significado diferente y

Respecto de la cláusula que prohibía a las OEMs modificar la secuencia de las pantallas que aparecen cuando el computador es encendido (rutina de inicio), la corte estableció que esta disposición impedía a las OEMs alterar la rutina de inicio para promover a proveedores de acceso a Internet, muchos de los cuales usaban Navigator. "Debido a que esta prohibición tiene un efecto sustancial en proteger el poder de mercado de Microsoft y hace esto a través de medios distintos a la competencia basada en los méritos, ella es anticompetitiva"⁵¹.

En cuanto a la restricción a las OEMs que les impedía generar interfaces durante el inicio automático de Windows, la Corte señaló: "Al igual que las dos primeras restricciones, este tipo de restricción en la licencia es anticompetitiva: Microsoft reduce la participación en el uso de los navegadores rivales sin mejorar su propio producto, sino más bien, impidiendo a las OEMs desarrollar acciones que pudieran incrementar la participación en el uso de los rivales"⁵² (Microsoft, sin embargo, logró justificar esta restricción, probando que ella era necesaria para evitar el socavamiento de la esencia de su copyright).

Respecto de haber Microsoft combinado el código de su propio navegador (IE) con el código de su sistema operativo y haber excluido IE de la función agregar/remover de Windows, la corte tuvo una similar evaluación: "Toda vez que la conducta de Microsoft, a través de algo diferente a la competencia en base a los méritos, ha tenido el efecto de reducir significativamente la utilización de productos rivales y, por consiguiente, proteger su monopolio del sistema operativo, ella es anticompetitiva..."⁵³.

En cuanto a los contratos de exclusividad parcial de Microsoft con los proveedores de acceso a Internet, entre los que se incluyen proveedores del servicio y servicios online tales como AOL, la corte consideró que los contratos con los IAP privaron de un porcentaje sustancial (sin establecer número) de las oportunidades disponibles para la distribución de navegadores y eran por ello, en principio, anticompetitivos⁵⁴. Una consideración similar fue hecha respecto

menor que en el caso en que los navegadores son el mercado. Ni siquiera una exclusión para Netscape del 100% de los canales de distribución de navegadores, dejando a Microsoft la posibilidad de exclusión en el 100% de los canales que tenía el poder de obstruir, resultaba una condición suficiente para que Microsoft incrementara o protegiera su poder en el mercado de los sistemas operativos. La innovación en el middleware habría seguido siendo necesaria.

En relación con el sentido de la exclusión al analizar el daño a la competencia, véase Jonathan M. Jacobson, "Exclusive Dealing, 'Foreclosure' and Consumer Harm", 70 Antitrust L.J. 311 (2002).

⁵¹ Microsoft, 253 F. 3d en 61-62.

⁵² Id.

⁵³ Id. en 65.

⁵⁴ Id. en 67-71.

de los vendedores de software para Internet (Internet software vendors (ISVs)), a pesar que ninguna participación excluida (del no-mercado de los navegadores) fue especificada y que el canal ISV era mucho menos eficiente que el canal IAP.

En relación a los acuerdos de Microsoft con los más grandes ISVs exigiendo a éstos promover en forma exclusiva la versión de Microsoft del lenguaje Java, lo que removía a la empresa Netscape/Sun de la difusión de la versión estándar de Java de Sun en conjunto con el Navigator de Netscape, la corte señaló: "Toda vez que los acuerdos de Microsoft excluyeron de un campo sustancial para la distribución [de Java] y porque, haciendo eso, protegieron al monopolio de Microsoft de la amenaza del middleware, ellos son anticompetitivos"⁵⁵. Más aún, Microsoft defraudó a los creadores de Java, quienes creían que el lenguaje, de la manera usada por Microsoft, operaría en distintas plataformas. Esta conducta "sirvió para proteger su monopolio del sistema operativo de una manera no atribuible ni a la superioridad del sistema operativo ni al talento de sus creadores y, por tanto, fue anticompetitiva"⁵⁶.

Finalmente, las amenazas a Intel, presionándola a poner término a solventar la plataforma múltiple de Java, fueron también consideradas anticompetitivamente excluyentes⁵⁷.

Por el contrario, el precio bajo (distribuyendo IE "gratis" al empaquetarlo con el sistema operativo) significaba simplemente "ofrecer un atractivo trato para el consumidor [...]... el signo distintivo de la competencia"⁵⁸. Asimismo, el desarrollo de un producto (un Java de alto rendimiento), aun cuando haya sido desarrollado para ser incompatible con sus rivales, no constituía infracción⁵⁹. La Corte de Apelaciones estableció efectivamente que la creación de un producto incompatible no es anticompetitiva, porque es creación, independientemente de su intención y efecto excluyente.

De manera decisiva, la corte reconoció que no había consideraciones, salvo la conducta de Microsoft para establecer que "el Navigator [de Netscape] y Java pudieron constituirse en amenazas de plataforma múltiple suficientemente seria para erosionar las barreras de entrada [al mercado de los sistemas operativos para PC]" y así constreñir el poder de Microsoft⁶⁰. La corte señaló que una tal consideración no era necesaria al menos en una acción del gobierno. Navigator y

⁵⁵ Id. en 76.

⁵⁶ Id. en 77.

⁵⁷ Id. en 77-78.

⁵⁸ Id. en 68. Los demandantes no impugnaron esta declaración ante la Corte de Apelaciones.

⁵⁹ Id. en 75 (modificando lo señalado por el tribunal de distrito).

⁶⁰ Id. en 79.

Java eran amenazas nacientes para Microsoft. La corte expresó que era suficiente con que la conducta de exclusión de Microsoft, en el tiempo en que fue desarrollada, había aparecido como razonablemente apta para constituir una contribución significativa a la mantención del poder de monopolio de Microsoft; pero ninguna consideración se hizo respecto a que esto había sido así. De esta manera, la vinculación entre la conducta de exclusión y la posible limitación a la producción nunca fue construida.

¿De qué manera podemos entonces generalizar la utilización del concepto de “anticompetitivo” que hace la Corte del Circuito del Distrito de Columbia? La conducta fue del todo de exclusión, no de explotación (a pesar de Microsoft cuya paranoia, según dijo, la hizo pensar que estaba protegiendo su monopolio). El ingrediente determinante en la caracterización de la corte de cada uno de los conjuntos de conductas fue la calidad de la conducta: ¿Sirvió la conducta al mercado o fue meramente excluyente? ¿Fue ella “competencia en base a los méritos” o exclusión con el solo objeto de excluir?

Aparece quizá como una ambigüedad que la corte repitiera en numerosas oportunidades, “esta conducta tuvo un efecto sustancial en proteger el poder de mercado de Microsoft” para, finalmente, ser informados que la corte no lo determinó y con esto basta para permanecer escéptico ante esta proposición no acreditada. En efecto, si Microsoft hubiera ofrecido evidencia contundente (ella cree que lo hizo) que ni Netscape ni Java eran verdaderas amenazas de middleware y, de esta manera, que la conducta de Microsoft no había tenido ningún efecto en mantener su poder en el mercado de los sistemas operativos, parece que la corte hubiera rechazado la probanza por no relevante.

Consecuentemente, debíamos interpretar lo asentado en el caso Microsoft como sigue: Una conducta es “anticompetitiva” cuando intencionalmente, de manera significativa y sin justificación comercial, excluye a un potencial competidor de puntos de venta (outlets) (aun cuando no sea en el mercado relevante), donde el acceso a esos puntos de venta es condición necesaria, aunque no suficiente, para plantear un desafío a un monopolista y un temor de entrantes⁶¹.

En una primera aproximación, la corte articuló principios que parecen adoptar el test del profesor Muris, con diferencias respecto al nivel de prueba

⁶¹ (N. del T.) En palabras de la autora: “We might thus interpret the Microsoft holding as follows: Conduct that intentionally, significantly, and without business justification excludes a potential competitor from outlets (even though not in the relevant market) where access to those outlets is a necessary though not sufficient condition to waging a challenge to a monopolist and fear of the challenge prompts the conduct, is “anticompetitive”.

requerida para establecer que la exclusión causó o probablemente habría causado una mantención muy baja del nivel de producción de software de sistema operativo⁶². Sin embargo, una lectura al tratamiento de la corte para cada conjunto de prácticas de exclusión sugiere que una conducta de exclusión irracional e injustificada por una empresa dominante es anticompetitiva⁶³ y, siendo suficientemente excluyente, es ilegal, a menos que sea justificada por compensaciones procompetencia, proeficiencia; salvo los bajos precios y el cambio en el diseño de productos que serán siempre presumidos procompetitivos aun cuando tengan efectos excluyentes significativos.

No pretendo que el test de Microsoft (o mi interpretación del mismo) sea el test para las prácticas de exclusión en el derecho de los EEUU. Más bien sostengo que éste es un test que en los hechos los tribunales aplican al acto que excluye significativamente la competencia en base a méritos y no se encuentra justificado eficientemente. Cuando este test es aplicado, puede ser encubierto con un cuento de probable disminución de la producción y elevación de los precios⁶⁴.

Decir que las cortes están aplicando una regla incompleta que nos permite inferir la limitación a la producción no satisface la cuestión, ya que si no existe una buena razón para predecir una limitación a la producción en un caso en particular o en casos similares, la "inferencia" es una presunción legal y no una inferencia a partir de los hechos. La conclusión respecto al atentado contra la competencia debiera entonces estar basada en otra noción. Por ejemplo, pudiera estar basada en la suposición o percepción que los mercados son más aptos para recompensar el mérito cuando no se encuentran obstruidos por exclusiones sustanciales injustificadas. También, aun cuando pudiéramos ignorar la dirección a la cual nos conduciría la competencia "abierta", pudiéramos preferir que sean

⁶² Pero quizá la disputa sobre causalidad no sea un sofisma. Véase la discusión del caso Intel supra notas N° 28, 33 y 34. Si Intel cesó en la provisión de información a Intergraph por el temor de que Intergraph pudiera desarrollar una tecnología competitiva, pero no existía prueba de que Intergraph hubiera podido tener éxito o que no había otras empresas que representarían una amenaza similar o mayor, el caso habría sido casi idéntico al de Microsoft, pero el test del profesor Muris, presumiblemente, no habría admitido una inferencia de causación de un daño al consumidor.

⁶³ Uno pudiera querer agregar: en la medida en que el objetivo sea un competidor potencial para el demandado, el demandado haya estado preocupado por dicha amenaza y la exclusión haya hecho la amenaza más remota. Esta interpretación, sin embargo, pone la atención sobre la intención y percepción, como diferenciadas del efecto probable, que los tribunales normalmente consideran en la actualidad. Más aún, si la competencia por medio de la innovación fuera por el mercado —esto es, competencia para ser el nuevo monopolista— incluso la competencia deseada no cambiaría los niveles de producción. Esto es lo que el juez Easterbrook remarcó en *Fishman v. Estate of Wirtz*, discutido supra en nota N° 42.

⁶⁴ Véase supra los casos citados en notas N° 29 y 41.

las oportunidades para competir las que nos lleven allá en lugar de las estrategias de la empresa dominante.

El test competente es el del profesor Muris; y es éste el que convoca el mayor apoyo hoy día en el derecho de EEUU. En efecto, la adhesión americana al test de la producción y el recelo a cualquier otro test por falta de dirección y por derivar rápidamente en una protección a los competidores ineficientes a expensas de los consumidores, constituyeron los lineamientos del desafío que las agencias antitrust de EEUU lanzaron a la Comisión Europea luego de la prohibición de ésta de la adquisición de Honeywell por General Electric Company⁶⁵. La jurisprudencia europea no refleja un tal recelo.

III. LA UNION EUROPEA

A. Introducción

El tratamiento dado por la Unión Europea a las prácticas de exclusión es acorde con "la" tesis de la jurisprudencia americana de los años 1960-1970 que tuvo una resonancia duradera. Consiste en lo siguiente: Las leyes de la competencia protegen la estructura competitiva y la dinámica del mercado⁶⁶. Los europeos protegen la apertura y el acceso a los mercados y el derecho de los actores del mercado a no ser dejados al margen por las estrategias de las empresas dominantes que no se basan en méritos competitivos⁶⁷.

La protección de este proceso competitivo se considera apta para preservar los incentivos para competir y para ayudar tanto a los consumidores como a los agentes eficientes del mercado. En este sentido, el comisionado para la competencia, Mario Monti, escribe: [Pre]servada en el Tratado...[existe] "una economía de mercado abierto con libre competencia". Desde su adopción hace más de 40 años el Tratado reconoce el rol fundamental del mercado y de la competencia para garantizar el bienestar del consumidor, promoviendo la óptima asignación

⁶⁵ Véase infra nota N° 88 y el texto que sigue.

⁶⁶ Véase Doris Hildebrand, "The European School" en "EC Competition Law", 25 World Competition L. & Econ. Rev. 3, 7 (2002).

⁶⁷ Véase supra Parte II A. El Derecho de la Unión Europea coincide con casos tales como *United States v. United Shoe Machinery Co.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953) (*Wyzanski, J.*) *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521 (1954). No coincide con otros como los casos *Brown Shoe*, *Vons*, o *Albrecht*, en los que se protege a los competidores y a otros actores del mercado a expensas de los consumidores. *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968), modificado por *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

de recursos y brindando a los agentes económicos los incentivos apropiados en miras a la eficiencia productiva, a la calidad y a la innovación. Personalmente creo que este principio de una economía de mercado abierto no implica una actitud de confianza incondicional respecto al funcionamiento de los mecanismos del mercado. Por el contrario, requiere de un compromiso serio, autocontrolado de buena manera por los poderes públicos, encaminado a preservar aquellos mecanismos⁶⁸.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma de 1957) contuvo, desde el principio, dos artículos referidos al antitrust: el artículo 85 (hoy 81) y el artículo 86 (hoy 82). El artículo (ex) 86, que prohíbe el abuso de una posición dominante (*abuse of dominance*), fue establecido para regular el comportamiento de las empresas dominantes e impedir a éstas obtener ventajas indebidas de otros actores del mercado incluidos adquirentes, vendedores y competidores. En efecto, el propio Tratado, en su artículo 3 (1) (g), requiere de un "régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior"⁶⁹, un mandamiento que se ha dispuesto para condenar las prácticas de exclusión no justificada, por ser excluyentes y, en este sentido, porque falsean el normal funcionamiento del mercado basado en méritos competitivos.

B. El abuso de una posición dominante

En la Unión Europea, conforme lo dispone el artículo 82, las empresas en posición dominante tienen responsabilidades especiales. El origen de este deber se encuentra en el hecho que al momento en que los seis estados originales (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) formaron las Comunidades Europeas, el estatismo impregnaba la economía de dichos estados. Las empresas

⁶⁸ Mario Monti, "European Competition Policy for the 21st Century", en *International Antitrust Law & Policy*, 2000, Fordham Corp. L. Inst. Ch. 15 at 257 (Barry Hawk ed., 2001).

Otros comisionados de competencia han seguido una visión más ecléctica sobre los fundamentos del principio del mercado abierto. Así, el predecesor del comisionado Monti, Karel Van Miert, escribió: "Los objetivos de la política de competencia de la Comisión Europea son económicos, políticos y sociales. La política se ocupa no sólo de promover la producción eficiente sino además de alcanzar los fines de los tratados europeos... A esto debe agregarse la necesidad de salvaguardar el pluralismo democrático, el que no podría sobrevivir a una fuerte concentración del poder económico". *Frontier-Free Europe*, May 5, 1993 (citado en Per Jebsen & Robert Stevens, *Assumptions, Goals, and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, 64 *Antitrust L.J.* 443, 450 (1996); véase además Jebsen & Stevens, *supra*, en 443-51, 458-61.

⁶⁹ (N. del T.) Según la versión consolidada del Tratado, en español, publicada en el DOCE N°C325 de 24 de diciembre de 2002, disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/lex/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_ES.pdf.

de propiedad estatal controlaban la mayoría de los mercados nacionales. El deber, sin embargo, nunca fue limitado a las empresas estatales, sino que se fijó firmemente en el derecho como un principio general. Según señaló el Tribunal de Justicia en el caso *Michelin v. Comisión*, la empresa dominante "tiene una responsabilidad particular de no afectar con su conducta la competencia efectiva y no falseada en el mercado común"⁷⁰. Más aún, resulta claro de la redacción del artículo 82 que éste fue establecido para regular la conducta de las empresas dominantes, para impedirles la utilización de manera injusta de su poder, no meramente para impedir la expansión o protección de su poder⁷¹.

Los contratos y prácticas de exclusión son una de las principales formas de abuso de posición dominante en conformidad con el Tratado de Roma. En el caso *Hoffmann-La Roche*⁷², Roche, el fabricante de vitaminas dominante, decidió incrementar su capacidad de manufactura. Para limitar sus riesgos alcanzó un acuerdo con su competidor Merck, por el cual Merck acordó abastecerse con Roche de sus necesidades de vitaminas por sobre su propia capacidad manufacturera; a cambio Roche acordó a Merck un precio favorable. El Tribunal de Justicia consideró tales contratos como ilegales porque "están diseñados para privar o reducir en el comprador sus posibilidades de elección en relación con sus fuentes de abastecimiento y para denegar a otros productores el acceso al mercado"⁷³.

Casos recientes mantienen la tesis. En el caso *Tetra Pak*⁷⁴, Tetra Pak era la empresa dominante en la manufactura de cartones asépticos para los empaques de leche y jugo y de las máquinas que los confeccionaban. Algunos contratos exigieron a los clientes comprar máquinas y cartones no esterilizados también a Tetra Pak (contratos atados) y en otros se exigió el abastecimiento exclusivo. El Tribunal de Primera Instancia consideró que esos contratos eran ilegales. El Tribunal de Justicia lo confirmó. La posición dominante de Tetra Pak en el mercado aséptico relacionado "confiere a Tetra Pak una independencia de comportamiento frente a los demás operadores económicos presentes en los mercados no asépticos, que

⁷⁰ Caso 322/81, [1983] E.C.R. 3461, ¶ 57.

⁷¹ Véase Rene Joliet, *Monopolisation and abuse of a dominant position* (1970); Jebens & Stevens, *supra* nota N° 68; Amato *supra* nota N° 6, cap. 5.

⁷² Caso 85/76 [1979] E.C.R. 461.

⁷³ *Id.* ¶ 90.

⁷⁴ Caso T-83/91 [1994] E.C.R. II-755 (Tribunal de Primera Instancia), confirmado por C-333/94P, [1996] E.C.R. I-5951 (14.11.1996). El Tribunal de Justicia adoptó sustancialmente las consideraciones y razonamientos del Tribunal de Primera Instancia. (N. del T.) La versión en español de la sentencia del TPICE se encuentra disponible en internet en: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991A0083:ES:HTML>.

puede justificar su responsabilidad particular, con arreglo al artículo 86, en el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en estos mercados”⁷⁵. Según señaló el Tribunal de Primera Instancia: El Tribunal de Justicia ha declarado que, para una empresa que ocupa una posición dominante, el hecho de vincular directa o indirectamente a sus clientes mediante una obligación de suministro exclusivo constituye un abuso en la medida en que priva al cliente de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento y limita el acceso al mercado a los otros productores⁷⁶.

El caso *Métropole Télévision (M6) v. Comisión (Métropole)*⁷⁷ ilustra precisamente cómo el Tratado toma un amplio enfoque de acceso al mercado para “atentar contra la competencia” conforme el artículo 81 (1) y exige una consideración aparte de justificaciones para la exención conforme el artículo 81 (3). (La empresa puede probar en justificación que su conducta incrementa la producción, la distribución o el progreso tecnológico y brinda a los consumidores una justa participación en los beneficios). Recordemos que, si el acuerdo no restringe ni falsea la competencia, es autorizado basado en un chequeo negativo; pero si restringe o falsea la competencia para ser válido, el acuerdo debe ser exento. Las exenciones son de duración limitada y acostumbran a imponer condiciones a las partes.

En el caso *Métropole*, seis grandes productores de programas de televisión crearon una asociación, *Télévision par Satellite (TPS)*. El acuerdo asociativo otorgó a TPS, por el lapso de 10 años, los derechos exclusivos para difundir los 4 canales de intereses generales producidos por los asociados y derechos preferentes para la

⁷⁵ Id., sentencia del Tribunal de Primera Instancia [1995] E.C.R. II-762, ¶ 122. Véase además el caso *British Airways (Virgin)*, Caso IV/D2/34.780, decisión de la Comisión de 14 de julio de 1999, D.O. (L 30) (4 de febrero de 2000) I, que prohibió descuentos por fidelidad porque tales esquemas derogaban al mercado y así la empresa dominante excluía del acceso a sus competidores. De esta manera, eran anticompetitivos. Un tribunal de EEUU adoptó la posición opuesta en el caso *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F. 3d 256 (2d Cir. 2001), considerando los descuentos por fidelidad como una competencia por precios incluso si retrasa e inhibe la entrada al mercado y decidió que el demandante no alegó ni acreditó hechos suficientes para fundamentar una demanda de precios predatorios.

⁷⁶ Caso *Tetra Pak*, supra nota N° 75, ¶ 137. El caso *Tetra Pak*, supra, y el caso *Michelin*, supra nota N° 70, son citados como “reiterada jurisprudencia” en el caso *Tetra Laval BV v. Comisión*, caso T-5/02 (TPICE, 25 de octubre de 2002) ¶ 157 disponible en español en internet: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002A0005:ES:HTML> (en que se anula la prohibición de la Comisión, entre otras razones, por falta de prueba que la empresa fusionada pudiera ejercer su apalancamiento a través de operaciones atadas (tying), empaquetamiento (bundling), ventas forzadas (forcing) o descuentos por fidelidad (loyalty rebates).

⁷⁷ Caso T-112/99 [2001] E.C.R. II-2459. (N. del T.) La versión en español de esta sentencia del TPICE se encuentra disponible en: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0112:ES:HTML>.

difusión de los canales de intereses especiales por ellos producidos. La Comisión Europea otorgó una exención para varias de las cláusulas, incluidas la cláusula de exclusividad y el derecho preferente, pero redujo su duración a tres años. La asociación buscó anular la decisión que otorgaba la exención, fundándose en que ninguno de los efectos negativos había sido contrapesado con los efectos positivos; de esta manera, el joint venture no atentaba contra la competencia y todas las cláusulas debían ser autorizadas. TPS invocó, entre otras circunstancias, el hecho que dos nuevos entrantes –Canal Satellite y AB Sat– se habían iniciado en el mercado de la televisión satelital sin necesidad de difundir los canales cuya titularidad gozaba en exclusiva TPS.

El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE) rechazó el argumento de TPS, señalando:

47 Las demandantes alegan que, para afirmar en la decisión impugnada que la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas constituyen restricciones de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado, la demandada [la Comisión] se basó en apreciaciones erróneas, por una parte, y aplicó incorrectamente aquella disposición, por otra.

64 Es manifiesto que, en la medida en que sólo TPS puede difundir las cadenas generalistas por razón de la exclusividad de que goza, los competidores de TPS se ven privados del acceso a una serie de programas considerados de interés por numerosos telespectadores franceses.

66 En vista de lo anterior, las demandantes no han demostrado que la demandada se haya basado en apreciaciones erróneas para afirmar que la cláusula de exclusividad constituía una restricción de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado⁷⁸.

El principio por el cual el Tribunal Europeo condena las prácticas de exclusión por empresas dominantes, excepto las justificadas, es frecuentemente formulado como un principio dinámico: el derecho de los actores del mercado a gozar de acceso al mercado en base a los méritos. Es un principio de libertad de las empresas no dominantes para comerciar sin obstáculos artificiales construidos por las empresas dominantes e implica asumir que preservar esta libertad es

⁷⁸ Id. (N. del T.) Los considerandos anteriores, citados en el artículo original, fueron transcritos de la versión en español de la sentencia disponible en internet supra, nota N° 77.

importante para la legitimidad del proceso competitivo y permite reforzar éste en beneficio de todos los agentes del mercado, competidores y consumidores.

El distinto enfoque en la UE y en EEUU tiene el potencial de producir diferentes resultados en los casos pendientes contra Microsoft, especialmente en atención a las cuestiones de empaquetamiento y el deber de revelar información tecnológica para facilitar la interoperatividad. En el caso americano de Microsoft, la cuestión del empaque se presenta bajo la rúbrica del "tying". El juez Jackson estableció que la conducta de Microsoft de vincular su navegador a su sistema operativo era ilegal per se. La corte de apelaciones desvirtuó tal afirmación haciendo presente que las aplicaciones empaquetadas con el software de la plataforma podían contribuir al bienestar del consumidor y reenvió la demanda al tribunal de distrito en aplicación de la regla de la razón⁷⁹. El Departamento de Justicia de EEUU más bien se desistió de la demanda antes que replantearla⁸⁰, posiblemente, porque no deseaba ganar. Ninguna demanda fue ni podía ser planteada siguiendo las interpretaciones actuales del derecho de EEUU para obtener que Microsoft, simplemente por ser un monopolista controlador de un estándar de la industria, tuviera un deber general, según lo dispuesto en la Sección 2 de la Ley Sherman, de revelar suficiente información de su propiedad para facilitar la interoperatividad de programas de aplicaciones con el sistema operativo de Microsoft. En efecto, recordaremos, la Corte de Apelaciones estableció que ni siquiera la creación intencionada de incompatibilidades a través del diseño del producto (por ejemplo: el lenguaje Java, alterado por Microsoft para frustrar los planes de Sun Microsystems de crear un lenguaje multi-plataforma) atenta en contra de la Sección 2, toda vez que cae en la profilácticamente protegida categoría de innovación⁸¹.

Mientras tanto, la Comisión Europea preparó su propia presentación y abrió procesos en contra de Microsoft. En su presentación la CE imputó a Microsoft el haber violado su deber de facilitar la interoperatividad a través de (según fue reportado en la prensa) "retener información tecnológica que los rivales necesitaban para permitir a sus programas funcionar llanamente con el

⁷⁹ Debe distinguirse la conducta por la que Microsoft intencionada e injustificadamente combinó el código del navegador con el código del sistema operativo de manera tal que el navegador no pudiera ser removido sin menoscabar el sistema. Este fue uno de los varios actos ilegales. Véase supra el texto de la nota N° 45.

⁸⁰ Los estados demandantes siguieron adelante el juicio.

⁸¹ Microsoft, 253 F. 3d at 75. Véase el caso *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 949-50 (D.C. Cir. 1998); véase además el caso *Independent Serv. Orgs. Antitrust Litig.*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000), cert. denied, 121 S.Ct. 1077 (2001); compárese con el caso *Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997), cert. denied, 523 U.S. 1094 (1998).

estándar de la industria, el sistema operativo Windows de Microsoft” y que esta empresa “había empaquetado ilegalmente su programa de ejecución de multimedia con Windows para socavar la competencia en el nuevo –y en rápido crecimiento– mercado de la música en línea y de los programas de videos”⁸². Sobre ambos puntos, a menos que la conducta sea justificada, el derecho comunitario europeo puede fundamentar un abuso de posición dominante derivado de las exclusiones y de la infracción al principio de apertura⁸³, mientras que el derecho de los EEUU brinda sustento a la libertad de acción de Microsoft⁸⁴.

⁸² Véase Steve Lohr y Paul Meller, “Microsoft Move May Hasten Settlement of European Cases”, N.Y. Times, Nov. 28, 2001, en C1 (en efecto el avenimiento no fue acelerado); Comunicado de Prensa IP/01/1232 de la Comisión Europea, 30 de agosto de 2001, La Comisión inicia procedimientos adicionales contra Microsoft, versión en español disponible en: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/1232&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=es>. (N. del T.) Con posterioridad a la publicación original del artículo de la profesora E. M. Fox, el 24 de marzo de 2004, la Comisión Europea adoptó una decisión, en la que declaró que Microsoft había infringido el artículo 82 del Tratado CE al cometer un abuso de posición dominante como consecuencia de dos comportamientos distintos. Asimismo, le impuso una multa de más de 497 millones de euros. El primer comportamiento sancionado fue la negativa de Microsoft a proporcionar a sus competidores “información sobre la interoperabilidad” y a autorizar su uso para el desarrollo y la distribución de productos que compiten con los suyos en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo en el período comprendido entre el mes de octubre de 1998 y la fecha de adopción de la decisión. Como medida correctora, la Comisión ha obligado a Microsoft a divulgar a cualquier empresa que desee desarrollar y distribuir sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo las “características” de sus protocolos de comunicación cliente/servidor y servidor/servidor. El segundo comportamiento sancionado por la Comisión fue la venta del lector multimedia Windows Media Player junto al sistema operativo Windows. La Comisión considera que esta práctica afecta a la competencia en el mercado de los lectores multimedia. Como medida correctora, la Comisión ha obligado a Microsoft a poner a la venta una versión de Windows sin Windows Media Player. No obstante, Microsoft conserva la posibilidad de comercializar Windows con Windows Media Player. Véase a este respecto, el comunicado de prensa N° 103/04 del TPICE que dio conocer la dictación del auto del presidente del TPICE de 22/12/2004 en el asunto T-201/04 R por medio del cual se desestimaron en diciembre de 2004 las acciones de suspensión provisional de la decisión de la Comisión Europea. El comunicado de prensa se encuentra disponible en internet en: <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=CJ/04/103&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=es>. Aún sigue pendiente la decisión del TPICE sobre la impugnación presentada por Microsoft en contra del fondo de la decisión de la CE de marzo de 2004.

⁸³ Véase, supra, el texto en relación y que sigue a la nota N° 71: Eleanor M. Fox, “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community – Efficiency, Opportunity, and Fairness”, 61 Notre Dame L. Rev. 981, 1014-15 (1986) (descripción de la confrontación EEUU/UE en el caso IBM).

⁸⁴ Véase supra, el texto vinculado a la nota N° 81. Haciendo presente la posibilidad que la Comisión pudiera adoptar un diferente enfoque en el caso europeo de Microsoft, Charles James, asistente del procurador general de EEUU para el Antitrust, “lanzó un velado llamado de alerta a la Comisión Europea” en contra de la utilización de argumentos legales que los tribunales de EEUU habían rechazado. Global Competition Review Briefing, 20 de mayo de 2002, disponible en http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id=264.

C. Concentraciones

Las concentraciones también pueden ser elevadoras de precios, excluyentes, o ambas cosas a la vez. El Reglamento Europeo de Concentraciones aparentemente lleva el espíritu de la jurisprudencia del artículo 82 a la jurisprudencia de concentraciones en casos de amenazantes efectos de exclusión. Cuando una concentración "crea o refuerza una posición dominante a consecuencia de la cual la competencia efectiva pudiera ser impedida significativamente", la concentración contraviene el Reglamento de Concentraciones⁸⁵. Cuando una concentración crea una estructura de mercado que ofrece oportunidades de incrementar la participación de una empresa dominante o cuasi-dominante reforzando su poder para priorizar para sí oportunidades significativas respecto de sus competidores, la concentración puede ser considerada como creadora o reforzadora de una posición dominante, esto es, creadora de una situación que facilita el abuso de posición dominante. Los casos *De Havilland*⁸⁶, *Boeing/McDonnell Douglas*⁸⁷ y *GE/Honeywell*⁸⁸ son todos ejemplos de este principio. Una tal concentración puede a veces, además, ser considerada como elevadora de precios. La propuesta de adquisición de Honeywell por GE fue objeto de ambas consideraciones.

1. La Saga de GE/Honeywell

General Electric Company es, a nivel mundial, el mayor productor de motores pequeños y grandes para la aeronavegación comercial y militar. Esta empresa y un

⁸⁵ Reglamento del Consejo 4064/89, 1989 D.O. (L 395) 1, versión corregida, D.O. (L 257) 14, modificado por el Reglamento del Consejo 1310/97, 1997, D.O. (L 180) 1, versión corregida, 1998 O.J. (L 40) 17, 1 de marzo de 1998.

(N. del T.) Cabe hacer presente que la reglamentación europea en materia de concentraciones ha sufrido importantes modificaciones desde la publicación original del presente artículo, con la dictación, principalmente, del "Reglamento sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas (Reglamento Comunitario de Concentraciones)" del Consejo de la UE N° 139/2004 de 20.01.2004, D.O. (L 24/1) de 29.01.2004 y del respectivo Reglamento de Aplicación de la Comisión Europea (CE) N° 802/2004 de 07.04.2004, D.O. (L 133/1) de 30.04.2004, ambos vigentes desde el 01.05.2004.

⁸⁶ Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991 [1992] 4 C.M.L.R. M2.

⁸⁷ Decisión de la Comisión de 30 de julio de 1997, 1996 D.O. (L 336) 16.

⁸⁸ Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, Caso COMP/M2220, apelación pendiente, disponible una versión en español en: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0134:ES:HTML>. (N. del T.) Con posterioridad a la publicación original del artículo de la profesora E. M. Fox, el 14 de diciembre de 2005, el TPICE, en virtud de sentencias dictadas en los casos T-209/01 y T-210/01 confirmó la decisión de la CE de prohibir la adquisición de Honeywell por General Electric. El respectivo comunicado de prensa puede consultarse en internet, en: <http://www.curia.eu.int/es/actu/communiques/cp05/att/cp050109es.pdf>

“joint venture” (50/50) de ella con SNECMA proveen más de la mitad de los motores para los grandes aviones comerciales. El mercado de los motores está concentrado, siendo Pratt & Whitney y Rolls-Royce los principales competidores de GE. General Electric Commercial Aviation Services (GECAS) es una de las mayores empresas a nivel mundial de leasing de aviones y una de las más grandes compradoras de aviones. Compra cerca de un 10% de los aviones, adquisiciones financiadas por ella y por una empresa relacionada y constituye un importante cliente establecido para aeroplanos. Desde el momento en que un fabricante de aviones elige incorporar un específico proveedor para el motor y otros elementos, normalmente preferirá continuar trabajando con la misma marca por cuestiones de eficiencia tales como el conocimiento y la preparación adquiridos, así como la posibilidad de reubicación en la flota. GECAS en el pasado ha ejercido su poder para inducir a los fabricantes de aviones a incorporar los motores GE⁸⁹.

Honeywell International es una empresa líder en la producción de equipamiento aéreo⁹⁰, incluidos instrumentos de aeronavegación, algunos productos no aéreos, motores para jets corporativos y motores de partida.

GE y Honeywell acordaron una concentración, en lo que pudo haber sido la mayor concentración industrial de la historia. Hicieron sus presentaciones de notificación de la concentración ante las autoridades de EEUU, las que aprobaron el acuerdo luego de exigir que se desprendieran de ciertos negocios⁹¹. Las partes también hicieron sus presentaciones al control previo de concentraciones de la Comisión Europea, entre otras jurisdicciones.

La Comisión Europea manifestó varias inquietudes. En primer lugar, la empresa fusionada, al tener una extensa línea de productos complementarios, probablemente incurriría en la vinculación de productos. Tendría la posibilidad de disminuir el precio del paquete de productos relacionados, mientras que podría elevar el precio de las partes del paquete ofrecidas separadamente. Los competidores no estarían en condiciones de rebajar los precios de sus productos al mismo nivel y, eventualmente, tendrían que

⁸⁹ Id. ¶¶ 132 y 452.

⁹⁰ (N. del T.) “Avionics” es la palabra en inglés que ha sido traducida como equipamiento aéreo; en la versión en español de la decisión de la Comisión se habla de “productos de aviónica”.

⁹¹ Comunicado de prensa de la DOJ “Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell” (2 de mayo de 2001), disponible en: http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.htm

(N. del T.) En concreto se exigió de las empresas que Honeywell se desprendiera del negocio de motores para helicópteros y que se autorizara a una tercera empresa para proveer los servicios de mantención, reparación y desmontaje para algunos motores aéreos de Honeywell y para otras unidades auxiliares.

abandonar el mercado o un segmento de él, momento a partir del cual la empresa fusionada estaría en condiciones de elevar sus precios. En segundo lugar, GECAS usaría su ya establecida plataforma de compra para inducir a los fabricantes de aviones para cambiar sus productos a los de Honeywell como a los de GE, ocasionando un importante cambio de negocios a GE, un debilitamiento de los competidores abandonados y su eventual salida del mercado o de un segmento del mismo.

El 3 de julio de 2001, la Comisión Europea prohibió la concentración. La Comisión declaró:

La combinación de las actividades de estas dos empresas habría creado posiciones dominantes en los mercados de suministro de aviónica, no aviónica y motores a reacción para aviones corporativos, y consolidado las actuales posiciones dominantes de GE en motores a reacción para grandes aviones comerciales y regionales. Este dominio se crearía o consolidaría merced a las coincidencias horizontales en algunos mercados y a través de la extensión del poder financiero de GE, de la integración vertical con actividades de Honeywell y de la combinación de sus productos respectivos complementarios. Esta integración permitiría a la entidad fusionada utilizar la fuerza de mercado de cada empresa en beneficio de los productos de la otra. El efecto sería la exclusión de sus competidores, eliminando así la competencia en estos mercados y, en definitiva, afectando negativamente a la calidad del producto, al servicio y a los precios que pagan los consumidores⁹².

Un descriptivo pasaje de la decisión a que se hizo referencia, explica cómo se esperaba que la transacción confiriera posición dominante a Honeywell como vendedor de "equipos suministrados por el proveedor" (ESP)⁹³ a través de la

⁹² Comunicado de Prensa de la Comisión Europea IP/01/939, de 3 de julio de 2001, "La Comisión prohíbe la adquisición de Honeywell por parte de GE" (N. del T.). El párrafo anterior, citado en el artículo original, fue transcrito de la versión en español del comunicado de prensa disponible a partir de: <http://europa.eu.int/rapid>.

⁹³ (N. del T.) El párrafo 236 de la decisión de la Comisión expresa: "En los sistemas para aviones (productos de aviónica y no aviónica) hay que distinguir entre equipos suministrados por el comprador ('ESC') y equipos suministrados por el proveedor ('ESP'). Los equipos ESC los compran las compañías aéreas, mientras que en el caso de los equipos ESP, los responsables de la compra son los fabricantes de fuselajes. Los productos de aviónica estándar (a diferencia de los sistemas integrados) suelen ser ESC, mientras que los productos de no aviónica (salvo algunas piezas que hay que reemplazar con mucha frecuencia, como las ruedas y los frenos) son ESP".

integración funcional. En particular, se esperaba que GE hiciera un uso estratégico de su posición como plataforma establecida, financiera e importante adquirente de aviones, en un contexto en el cual los fabricantes de aeronaves se manifestaban indiferentes frente a la selección de componentes y tenían incentivos de eficiencia para inclinarse por el uso de una única marca de equipamiento aéreo y no aéreo para la mayoría de su flota.

(344) Con la fusión propuesta, Honeywell se beneficiará inmediatamente de la capacidad de GE Capital de asegurarse la selección exclusiva de sus productos ESP en las nuevas plataformas. Merced a su poderío financiero y a su integración vertical en el lanzamiento de nuevas plataformas (por ejemplo, por medio de financiación o de pedidos de GECAS), la entidad fusionada también podrá conseguir que se seleccionen los productos ESP de Honeywell, impidiendo así que sus competidores coloquen sus productos en esas plataformas. De este modo, los competidores de Honeywell tardarán más en obtener los ingresos que necesitan para financiar futuras inversiones e innovaciones. Los productos de Honeywell se beneficiarán especialmente del hecho de que GECAS sea un importante comprador de aviones. Tras la fusión, GECAS hará extensiva a los productos de Honeywell su política de compra exclusiva de productos de GE en detrimento de otros competidores, como Collins, Thales y Hamilton Sundstrand y, en último término, de los propios clientes. En efecto, dada la relativa indiferencia de las compañías aéreas en cuanto a la selección de componentes, los beneficios que pueda conllevar para los fabricantes de fuselajes una oferta de los competidores de GE no compensarán los beneficios derivados de pedidos adicionales de aviones de GECAS.

(346) Por consiguiente, la utilización estratégica por parte de GE del acceso al mercado de GECAS y del poderío financiero de GE Capital para favorecer los productos de Honeywell convertirá a esta empresa en el proveedor dominante de los mercados de los productos de aviónica y no aviónica ESP, en los que ya disfruta de posiciones de liderazgo.

(347) Con ello los demás fabricantes de productos de aviónica y no aviónica se verán privados de los ingresos generados por las ventas de equipos originales y de recambios. Estos ingresos son indispensables para financiar los gastos de desarrollo de nuevos productos, para estimular la innovación y para competir con éxito en el mercado. Al ir quedando progresivamente marginados como consecuencia de la integración de Honeywell en GE,

los competidores de Honeywell perderán una fuente vital de ingresos y finalmente se verán en la imposibilidad de invertir con vistas al futuro y para desarrollar la próxima generación de sistemas para aeronaves.

(348) Como los competidores de Honeywell en los productos de aviónica y no aviónica no tienen ni pueden conseguir ni de lejos el poderío financiero y la integración vertical de GE (véase la evaluación del mercado de los grandes reactores comerciales), lo más probable es que su limitado tamaño y capacidad financiera reduzca su competitividad en los mercados en que la extensión de las prácticas empresariales de GE a los productos de Honeywell limite drásticamente sus posibilidades de ganar futuras licitaciones⁹⁴.

De lo anterior se desprende que la comisión también predijo la exclusión de competidores por medio de las ventas de GE de productos empaquetados a bajos precios, a veces subsidiados, el consecuente abandono de los competidores respecto de ciertos segmentos del mercado y el eventual aumento de los precios por GE⁹⁵.

El asistente del procurador general en EEUU, Charles James, recibió la decisión con desaprobación. Señaló que Europa había prohibido la concentración porque ella "habría sido procompetitiva y beneficiosa para los consumidores", y que la Comisión "claramente concluía que una más diversificada y consecuentemente más competitiva GE, pudo haber de alguna manera desaventajado a otros participantes del mercado"⁹⁶. Otros funcionarios de la agencia antitrust americana elaboraron un argumento según el cual, por ser los motores de GE y los equipamientos aéreos de Honeywell complementarios (los fabricantes de aviones necesitan ambos), la concentración tendería a disminuir los precios y sería procompetitiva⁹⁷ y que la Comisión estaba protegiendo a los competidores de Honeywell y GE antes que proteger a la competencia⁹⁸.

⁹⁴ (N. del T.) Los párrafos anteriores, citados en el artículo original, fueron transcritos de la versión en español de la decisión, disponible en internet, según se señaló, supra, nota N° 88.

⁹⁵ Id. ¶¶ 350-411.

⁹⁶ Mergers and Acquisitions: Antitrust Division Chief Reacts to EU Decision to Prohibit GE/Honeywell Deal, 81 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) 15 (6 de julio de 2001).

⁹⁷ Este argumento depende de que tanto GE como Honeywell fueran empresas dominantes en sus mercados, una circunstancia de hecho que los funcionarios americanos creían que no se daba. Véase infra, nota N° 98.

⁹⁸ Véase William J. Kolasky, Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels, ponencia presentada en un seminario de 9 de noviembre de 2001 en la George Mason University, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.htm>; Timothy J. Muris, Merger

A pesar que las autoridades antitrust americanas defendieron el carácter eficiente de la concentración, GE nunca argumentó ante la Comisión Europea que la concentración sería eficiente; por la propia circunstancia de ser sólo un conglomerado⁹⁹, no podía atacar contra la competencia. La Comisión consideró la concentración como orientada por las expectativas de GE de utilizar su aventajada posición (según había hecho con productos GE) para transformar a Honeywell en dominante. Basadas en diferentes inferencias a partir de los mismos hechos, las dos agencias arribaron a distintas conclusiones. El Departamento de Justicia de EEUU infirió que los precios bajarían y quedarían bajos; la Comisión Europea infirió dos cuestiones, que la utilización de la aventajada posición de GE cambiaría la participación de la firma fusionada y le conferiría una posición dominante y que, luego de un período de bajos precios de productos ligados, los precios se elevarían. Lo que era anticompetitivo para la Comisión Europea era procompetitivo para el Departamento de Justicia de EEUU¹⁰⁰.

Más tarde, en el caso *Tetra Laval BV v. Comisión*¹⁰¹, el TPICE anuló una decisión de la Comisión que prohibía una concentración con efecto de conglomerado. El TPICE aceptó la idea que una concentración puede permitir a una empresa conducirla a una posición dominante mediante prácticas de apalancamiento^{102, 103}. Identificó estrategias de apalancamiento que podían constituir un abuso de posición dominante: operaciones atadas, empaque-

Enforcement in a World of Multiple Arbiters, ponencia presentada en una mesa redonda sobre política de comercio e inversiones de 21 de diciembre de 2001 en la Brookings Institution, disponible en: <http://www.ftc.gov/speeches/muris/brookings.pdf>. Para un punto de vista diferente, véase Götz Drauz, "Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law", en *International Antitrust Law & Policy*, 2001. Fordham Corp. L. Inst. Ch. 9 at 183 (Barry Hawk ed., 2002); Eleanor M. Fox, U.S. and European Merger Policy – Fault Lines and Bridges: Mergers that Create Incentives for Exclusionary Practices, 10 Geo. Mason L. Rev.

⁹⁹ (N. del T.) Se optó por traducir literalmente "conglomerate" que el Black's Law Dictionary define como "A corporation that owns unrelated enterprises in a wide variety of industries".

¹⁰⁰ General Electric persigue actualmente la anulación de la decisión ante el TPICE. Cuestiones de prueba, así como cuestiones de concepto, se encuentran involucradas en la apelación. Véase infra, textos vinculados a las notas Nº 122-125. (N. del T.) Con posterioridad a la publicación original del artículo de la profesora E. M. Fox, el 14 de diciembre de 2005, el TPICE, en virtud de sentencias dictadas en los casos T-209/01 y T-210/01 confirmó la decisión de la CE de prohibir la adquisición de Honeywell por General Electric. El respectivo comunicado de prensa puede consultarse en internet, en: <http://www.curia.eu.int/es/actu/communiques/cp05/aff/cp050109es.pdf>

¹⁰¹ Supra, nota Nº 76.

¹⁰² (N. del T.) "Prácticas de apalancamiento" es la expresión utilizada en la versión en español de la sentencia del TPICE, disponible en EUR-LEX. Corresponde a la idea americana de "to leverage", que, para efectos antitrust, el Black's Law Dictionary define como "to use power in one market to gain an unfair advantage in another market".

¹⁰³ Id. ¶¶ 146, 151.

tamiento, ventas forzadas y descuentos por fidelidad. Hizo presente, sin embargo, que los efectos de las concentraciones de tipo conglomerado son normalmente "neutros, e incluso beneficiosos" para la competencia; en consecuencia, "la demostración de que una concentración de este tipo tiene efectos de conglomerado contrarios a la competencia requiere un examen preciso, respaldado por pruebas sólidas, de las circunstancias que supuestamente producirán dichos efectos..."¹⁰⁴. La Comisión no había ofrecido dicha prueba. Primeramente, había dejado de considerar que los incentivos de la empresa fusionada para desarrollar cualquier práctica constitutiva de abuso de posición dominante eran reducidos o eliminados por la ilegalidad de la práctica y que, además, podrían haber sido reducidos o eliminados por los compromisos que las partes de la concentración ofrecieron a la Comisión¹⁰⁵. En segundo lugar, teniendo presente que el desarrollo de prácticas ilegales por la empresa concentrada no puede ser presumido, era necesario considerar acaso la firma podría incurrir en estrategias de apalancamiento que no fueran ilegales, tales como descuentos por fidelidad o bajos precios que fueran objetivamente justificados; pero la Comisión no ofreció pruebas respecto de esta posibilidad¹⁰⁶. Consecuentemente, la Comisión había fallado en probar su caso de apalancamiento (y había fallado asimismo en acreditar sus otras alegaciones).

D. Modernización y reforma en la Unión Europea

Las anteriores descripciones y análisis se encuentran basados en gran parte en sentencias del Tribunal de Justicia Europeo y en decisiones de la Comisión Europea. Algunas sentencias del Tribunal de Justicia sobre abuso de posición dominante no son recientes. Tal como el derecho y la práctica en EE.UU. ha cambiado, el derecho y la práctica en la Comunidad Europea puede cambiar. En efecto, varios cambios ya se están produciendo. Esta sección revisa algunos lineamientos tradicionales, algunos cambios recientes y otros que se esperan¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Id. ¶¶ 155, 156. (N. del T.) Los pasajes anteriores, citados en el artículo original, fueron transcritos de la versión en español de la sentencia disponible en internet, según se dijo supra, nota N° 76.

¹⁰⁵ Id. ¶¶ 159-161, 218.

¹⁰⁶ Id. ¶¶ 219, 308-309. El TPICE no se cuestionó respecto a si estrategias que se encontraban objetivamente justificadas pudieran ser anticompetitivas.

¹⁰⁷ (N. del T.) Respecto de los cambios esperados a que hace referencia el artículo, el proceso modernizador es hoy una realidad en buena medida y se ha manifestado en la dictación de importantes reglamentos, entre los que cabe destacar el Reglamento 1/2003 del Consejo de la UE de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, D.O. L I de 04.01.2003, vigente desde el 01.05.2004. Estas modificaciones han implicado un cambio sustancial en el régimen de aplicación del derecho europeo de la competencia, caracterizado por un proceso de descentralización y directa aplicación de dicho derecho por las autoridades nacionales.

Hasta el ingreso del Reino Unido e Irlanda a la Comunidad Europea en 1973, el derecho de la Comunidad Europea derivaba de los sistemas de derecho civil, no del sistema del Common law.

Los seis Estados Miembros fundadores no sólo eran países de derecho civil sino que además llevaban con ellos tradiciones adquiridas de orden estatista, proteccionista y reglamentario. El propio artículo 81 fija un regulado procedimiento al "anular de pleno derecho" todo acuerdo que "falsee" el juego de la competencia en un amplio sentido y, disponiendo exenciones para aquellos acuerdos que satisfagan condiciones específicas, básicamente, acuerdos que mejoran la producción o distribución permitiendo a los consumidores una justa participación en los beneficios. De conformidad con ello, acuerdos de exclusión expresa, de restricciones al comercio y de reducción de la rivalidad (incluso al interior de una misma marca), fueron anulados a menos que se justificaran. Al enfrentar una inmanejable carga de trabajo producto de solicitudes individuales de exención, la Comisión debió adoptar la práctica de dictar instrucciones conocidas como "exenciones en bloque", que autorizaban ciertos tipos de acuerdo sin la acostumbrada notificación y exención individual, ello en cuanto el acuerdo contuviera determinadas cláusulas (la lista blanca) y no contuviera otras, también determinadas (la lista negra).

En la última década, dos cuestiones han ocurrido, en parte, en respuesta a las críticas en orden a que el sistema era demasiado rígido y que se encontraba desintonizado de los actuales desarrollos de la economía y, en parte, como un esfuerzo para superar una sobrecarga de trabajo. Problemas de importancia menor o sólo locales estaban desviando a la Comisión de los problemas de competencia más graves y de extensión comunitaria, tales como los carteles.

Primeramente, a nivel de la Dirección General de Competencia y de la Comisión, la DG de Competencia ha impulsado importantes reformas para simplificar y liberalizar las exenciones en bloque. La nueva generación de exenciones en bloque no consiste en determinadas cláusulas obligatorias y otras tantas prohibidas. Más bien, las nuevas exenciones se caracterizan por poner atención a la posibilidad que regulaciones prohibitivas puedan dañar las eficiencias. Para los acuerdos verticales, una nueva exención en bloque brinda amparo seguro cuando no es más del 30 por ciento del mercado el afectado y en la medida que no se incluyan cláusulas duras prohibidas¹⁰⁸; además no se requiere de notificación previa

¹⁰⁸ Reglamento de la Comisión N° 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999 sobre la aplicación del artículo 81 (3) del Tratado a las Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas, 1999 D.O. (L 336) 21. Véase Alexander Schaub, "Vertical Restraints: Key Points and Issues Under the New EC Block Exemption Regulation", in *International Antitrust Law & Policy*, 2000, Fordham Corp. L. Inst. Ch. 13 at 201 (Barry Hawk ed., 2001).

para las exenciones individuales¹⁰⁹. Fuera de lo anterior, una propuesta de "modernización" que se espera sea adoptada a fines del año 2002 faculta a los Estados Miembros y a sus autoridades de competencia para otorgar exenciones individuales de aplicación del artículo 81¹¹⁰. Al incluir a los Estados Miembros en la red de aplicación del derecho comunitario, el pensamiento económico actual, si no ha sido ya adoptado, es probable que se abra paso en la discusión intelectual que influencia la aplicación del derecho¹¹¹.

En segundo lugar, a nivel de los tribunales ha habido cambios en específicas áreas de la jurisprudencia. En el caso *Brouner c/ Mediaprint*¹¹², el Tribunal de Justicia delimitó la doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities*). Al principal periódico de Austria, que poseía el único sistema de distribución penetrante en el país, no le fue exigido brindar acceso a un pequeño diario cuando este último podía sobrevivir por sus propios medios, aun cuando esto fuera a costos superiores y con menor circulación. En el caso *NDC Health c/ IMS*¹¹³, el TPICE anuló una orden cautelar que otorgaba a un competidor acceso al diseño protegido jurídicamente de IMS que le permitía recabar datos de ventas, de utilidad para la industria farmacéutica; y, al decidir sobre los méritos, el TPICE expresó su escepticismo respecto de la teoría de la demandante respecto de la obligación del demandado de licenciar su propiedad intelectual. Quizá en forma más decisiva, en junio y octubre de 2002, el TPICE revocó tres decisiones de la Comisión que prohibían concentraciones. En dos de los casos, el TPICE estimó que la Comisión había omitido brindar a las partes mínimos derechos de procedimiento. En los tres, el TPICE estimó que la Comisión había incurrido en graves e influyentes errores de análisis económico y apreciación de la evidencia; principalmente, la Comisión no había probado lo que ella dijo encontrarse acreditado¹¹⁴.

¹⁰⁹ Reglamento del Consejo de la UE N° 1215/1999 de 10 de junio de 1999 que modifica el Reglamento N° 19/65/EEC y, el Reglamento del Consejo N° 1216/1999 que modifica el Reglamento N° 17, 1999 D.O. (L 148) 1,5. Véase además, Schaub, *supra* nota N° 108.

¹¹⁰ Véase Alexander Schaub, "Continued Focus on Reform: Recent Developments in EC Competition Policy", en *International Antitrust Law & Policy* ch. 2, 2001 Fordham Corp. L. Inst. 31 (Barry Hawked., 2002).

¹¹¹ Véase *id.*, para una descripción sobre la red de aplicación.

¹¹² *Oscar Brouner GMBH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.*, Caso C-7/97, [1998] E.C.R. I-7791.

¹¹³ *IMS Health Inc. v. Commission*, Caso T-184/01 R, [2001] E.C.R. II-2349, y la posterior orden del TPICE de suspensión [2001] E.C.R., II-3193, disponible una versión en español en internet en: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001B0184\(01\):ES:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001B0184(01):ES:HTML). (N. del T.) La decisión final en este caso fue adoptada por el TPICE el 10 de marzo de 2005, y se encuentra disponible en: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001B0184\(02\):ES:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001B0184(02):ES:HTML).

¹¹⁴ *Airtours v. Commission*, Caso T-342/99 (TPICE 6 de junio de 2002); *Schneider Electric SA v. Commission*, Casos T-310/01 y T-77/02 (TPICE 22 de octubre de 2002); *Tetra Laval BV v. Commission*,

Por último, luego del desafortunado caso GE/Honeywell, el Comisionado para la competencia Mario Monti expresó que el derecho de la competencia europeo está pensado para proteger a los consumidores, no a los competidores; ha refutado la acusación que tal derecho sea otra cosa¹¹⁵. Señaló, además, que no existe un "atentado" eficiente, significando con ello que las operaciones no son ilegales al ser eficientes¹¹⁶. Según lo reportó la prensa, luego de una reunión con el comisionado Monti, los funcionarios de la DG de Competencia enmendaron camino en relación a un informe que recomendaba prohibir una concentración entre Carnival Cruise Group y P&O Princess; la evidencia de posición dominante colectiva no habría resistido el escrutinio del tribunal¹¹⁷.

¿Qué sugieren estos desarrollos del derecho comunitario respecto de prácticas de exclusión que no son ni justificadas ni elevadoras de precios? Uno podría argumentar con lo anterior que la UE hoy acepta el derecho de EE.UU. y el análisis económico de la Escuela de Chicago; pero esto sería incorrecto¹¹⁸. El análisis europeo comprende más microeconomía que lo que consideraba antes. Los analistas de la DG de Competencia son probablemente más rigurosos con la prueba que presentan. Muy probablemente están otorgando mayor crédito a los aspectos de eficiencia de las conductas y operaciones. Pero el derecho europeo no se ha transformado en economía, ni la economía incorporada al derecho europeo es sólo la Escuela de Chicago o la economía post-Chicago¹¹⁹. Los nuevos instructivos de acuerdos verticales, cuando éstos superan el 30 por ciento del mercado, siguen preocupándose por la exclusión de actores del mercado, como uno de los cuatro independientes efectos negativos de los acuerdos de exclusión (siendo los precios elevados un elemento de los demás)¹²⁰. Según un autor ha

Caso T-5/02 (TPICE 25 de octubre de 2002). Los casos se encuentran disponibles en <http://curia.eu.int>. En los casos Airtours y Schneider, el tribunal estableció infracciones a los derechos de defensa de las partes.

¹¹⁵ Véase además, comisionado Mario Monti, "The Future for Competition Policy in the European Union" (Extracts). Ponencia presentada en el Merchant Taylor's Hall, Londres, 9 de julio de 2001, disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2001.html.

¹¹⁶ Véase, comisionado Mario Monti, "Review of the EC Merger Regulation – Roadmap for the Reform Project", Conferencia ante la British Chamber of Commerce, Bruselas, 4 de junio de 2002, disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2002.html.

¹¹⁷ Véase, Francisco Guerrero & Tobias Buck, "Brussels U-Turn on Carnival Merger May Signal Policy Shift, FIN", Times, 17 de julio de 2002, en 4.

¹¹⁸ Véase la declaración del comisionado Mario Monti, supra nota N° 68; Hildebrand, supra, nota N° 66.

¹¹⁹ La economía post-Chicago, al relajar supuestos clásicos, encuentra con mayor probabilidad efectos de precio y de producción que lo que lo hace la economía de la Escuela de Chicago. Véase, supra, nota N° 7.

¹²⁰ Directrices sobre Restricciones Verticales, ¶ 107 (1). Las directrices pueden encontrarse en el D.O. (C 291) 1, 2000, y, en el sitio web de la Dirección de Competencia, www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html#iii_1

comentado recientemente, “si el proveedor es dominante, la contratación exclusiva es en términos generales prohibida por el artículo 82, cuando ésta es capaz de afectar el comercio entre los Estados Miembros”¹²¹. El artículo 82 sigue prohibiendo el abuso de una posición dominante, no sencillamente su creación y mantención. No encuentro razón alguna para creer que el derecho europeo abandonará su preocupación porque empresas dominantes puedan utilizar su poder para apropiarse para sí de ventajas a expensas de sus competidores o que abandonará su visión de atentado contra la competencia que apunta a mercados abiertos, acceso en base a los méritos y salvaguardia del mecanismo de mercado como un soporte para la sana competencia.

El primer punto de divergencia entre el derecho de EE.UU. y el derecho de la UE dice relación con el rigor de la prueba de limitación a la producción y de elevación de precios. El caso *Airtours* augura un período de mayor rigor en el análisis europeo en la prueba de lo que la Comisión pretende acreditar, incluida la elevación de precios. El segundo punto es una cuestión de concepto.

En los casos de abuso de posición dominante, muchos de los cuales han sido examinados por el Tribunal de Justicia, es claro que “atentar contra la competencia” es un concepto más amplio que el de la limitación a la producción orientado a resultados. El uso del poder dominante para procurarse ventajas significativas no basadas en méritos competitivos, a través de privilegiar para sí las oportunidades de los competidores, es atentar contra la competencia en los términos del artículo 82. El Tribunal Europeo no habría tenido dificultades para condenar a Microsoft por sus intencionadas exclusiones de Netscape de todos los canales eficientes para la distribución de navegadores, sin preocuparse de la existencia o no de barreras de entrada al mercado de navegadores o de la posibilidad de que los navegadores fueran o no utilizados en relación fija con los sistemas operativos, sólo redituando un provecho monopólico por el paquete.

El futuro del derecho europeo de concentraciones es menos claro desde que sólo una posición dominante colectiva (una teoría de elevación de precios) ha sido examinada ante el TPICE y el TJCE¹²².

¹²¹ S.O. Spinks, *Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts Under EC Competition Law*, 67 *Antitrust L.J.* 641, 650 (2000). Una afirmación matizada podría ser: La contratación exclusiva por una empresa dominante se presume prohibida. La práctica puede ser objetivamente justificada; así, por ejemplo, como necesaria o importante para una distribución más eficiente, en donde los consumidores tocan una justa participación en los beneficios.

¹²² Véase *France v. Commission (Kali + Salz)*, Casos C-68/94, 30/95, [1998] E.C.R. I-1375. Este fue el primer caso en que el TJCE revocó una decisión de la Comisión que establecía que una concentración creaba una posición dominante colectiva. El tribunal señaló que la teoría de la posición dominante colectiva resulta apropiada en un caso adecuado, pero anuló la decisión de la Comisión por falta de prueba.

Si la prohibición de GE/Honeywell es defendida sólo sobre la base de una predicción de elevación de precios¹²³, entonces aquí tampoco se dará mucho espacio a los tribunales para explorar el fundamento de las concentraciones excluyentes pero no necesariamente explotadoras. En un escenario de elevación de precios, la exclusión se encontraría indisolublemente ligada a la explotación. En cambio, si la decisión es defendida independientemente, sobre la base que GE utilizaría su posición aventajada para cambiar la participación de mercado de Honeywell confiriendo a Honeywell una presunta participación de mercado dominante, debilitando los incentivos de sus competidores¹²⁴, entonces el tribunal tendría, por primera vez, la oportunidad de pronunciarse respecto a si concentraciones significativamente excluyentes, creadoras de una posición dominante, no justificadas por las partes de la operación¹²⁵, resultan o no anticompetitivas a la luz del Reglamento de Concentraciones.

IV. UNA PERSPECTIVA AMPLIADA

Los EE.UU., la UE y las distintas naciones que adoptan sus modelos no representan al mundo entero. ¿Qué es un "atentado contra la competencia" en el resto del mundo?

Algunas jurisdicciones definen "anticompetitivo" aún más ampliamente que en la UE y en los EE.UU. Algunas definen "anticompetitivo" comprendiendo métodos de competencia que ellas perciben como inequitativos o desleales (unfair). Un componente de deslealtad en la competencia, como parte de una política de competencia, puede ser un anatema para los diseñadores de políticas en jurisdicciones en mercados maduros, en especial, en jurisdicciones de Occidente, porque una tal concepción puede proteger a los competidores de la competencia misma y la aplicación de este enfoque (en el mundo desarrollado) no tiene retribución salvo para los competidores protegidos.

En el caso Indomaret¹²⁶, la comisión de competencia de Indonesia prohibió

¹²³ Véase, en respaldo de la teoría del apalancamiento (leveraging theory), Robert J. Reynolds & Janusz A. Ordover, "Archimedean Leveraging and the GE/Honeywell Transaction", 70 ANTITRUST L.J. 171 (2002).

¹²⁴ Según el derecho europeo comunitario, una participación del 50% o más se estima que crea una posición dominante, a menos que los imputados refuten la inferencia. Véase AKZO Chemie BV v. Commission, Caso C-62/86, [1991] E.C.R. I-3359.

¹²⁵ Las partes de la operación de concentración tienen la carga de la prueba de que la concentración crearía eficiencias o daría satisfacción a otros intereses de los consumidores. GE no ofreció una tal prueba.

¹²⁶ P.T. Indomarco Prismatama, 03/KPPU-L-1/2000.

a un gran supermercado expandirse a avenidas de pequeños comercios tradicionales, para proteger de la destrucción a las comunidades locales. La Comisión quizá evaluó que el costo social de los habitantes, como ciudadanos de las comunidades locales, era mayor que los beneficios por bajos precios y variedad alcanzable por ellos en su rol de consumidores, especialmente en esta época de transición, inquietud social y memoria de recientes desórdenes¹²⁷.

En un clarificador ensayo presentado en un Seminario de Competencia en diciembre de 1997, con ocasión del aniversario N° 50 de la Fair Trade Commission de Japón, Kyu-Uck Lee manifestó, en relación al componente de equidad o lealtad (fairness) en el derecho de la competencia¹²⁸:

La competencia es la regla básica del juego en la economía. No obstante, si el resultado de la competencia aspira a ser aceptado por la sociedad entera, el proceso mismo de la competencia no debe ser sólo libre sino además, conforme con una norma social, explícita o implícita. En otras palabras, debe también ser leal (fair). De otra manera, la libertad para competir pierde su valor intrínseco. La competencia leal debe ir en tándem con la libre competencia. Estos dos conceptos componen uno y el mismo valor. Esta puede ser quizá la razón por la cual los derechos de la competencia de varios países tales como Corea y Japón claramente especifican "leal y libre competencia" (fair and free competition) como su objetivo central.

....Yo creo que la abstracta noción de lealtad reposa, entre otras cosas, en oportunidades equitativas, aplicación imparcial de las reglas y recuperación de pérdidas indebidas del pasado... Lealtad, de este modo, no implica un absoluto libertario, sino más bien toma la forma de libertades socialmente redefinidas.

Vista desde esta perspectiva, la polémica de si los derechos de la competencia debieran apuntar sólo al mejoramiento de la eficiencia económica más que

¹²⁷ La Comisión Supervisora del Comercio (la KPPU) consideró que Indomaret "no respeta el principio del balance conforme con el principio de democracia económica en la promoción de una sana competencia entre los intereses del empresariado y los intereses públicos" y le ordenó "cesar su expansión en mercados tradicionales, en los cuales enfrenta directamente a minoristas de pequeño tamaño, en el contexto de alcanzar el balance en la competencia entre el empresariado de gran tamaño, de tamaño medio y de pequeño tamaño...". Id., ¶ 2.

¹²⁸ Kyu-Uck Lee, "A 'Fairness' Interpretation of Competition Policy with Special Reference to Korea's Laws", en el Seminario de Conmemoración del Aniversario N° 50 de la Creación de la Fair Trade Commission de Japón, "Competition Policy for the 21st Century", en 61 (KFTC 1997). El profesor Lee era entonces el presidente del Korea Institute for Industrial Economics & Trade y director del Competition Advisory Board for the Korean Fair Trades.

promover algunos fines de política social tales como la lealtad, parece ser irrelevante. Después de todo, la eficiencia no es un concepto del todo libre de valor¹²⁹.

Describiendo su experiencia coreana, el Sr. Lee continuó:

En una economía en desarrollo en donde, incipientemente, el poder económico no se encuentra equitativamente distribuido, la política de competencia debe jugar el doble rol de elevar el poder, dentro de fronteras razonables, de los agentes económicos menos privilegiados para convertirlos en participantes viables en el proceso de la competencia, por un lado y, por el otro, de establecer reglas para la leal y libre competencia. Si estos dos objetivos no se encuentran, la competencia destrabada ayudará simplemente a un puñado de privilegiadas grandes empresas a monopolizar los mercados domésticos, usualmente protegidos a través de restricciones a las importaciones. Esto elevará entonces la insatisfacción pública toda vez que el juego mismo no ha sido jugado de una manera socialmente aceptable y leal¹³⁰.

El Sr. Lee concluyó:

Leal y libre competencia debe ser un único y mismo concepto. Sin lealtad, la libertad por sí sola no podría alcanzar los deseables resultados esperados de la competencia, especialmente en las economías en desarrollo en donde los elementos desleales pueden ser exacerbados por la competencia... A pesar de la importancia práctica de la lealtad en la política de competencia, sin embargo, es del todo difícil obtener hasta ahora un acuerdo social práctico respecto al concepto de lealtad, debido a la diversidad de juicios de valor individuales. Las autoridades de competencia debieran tener esto en cuenta en la implementación de derechos de la competencia. De manera similar, la noción misma de competencia difiere en países con diferentes tradiciones sociales y culturales y diferentes condiciones. De esta forma, es

¹²⁹ Id. en 61-62

¹³⁰ Id. en 62. En Corea, según el Sr. Lee, una ley de subcontratación y una ley de la pequeña empresa complementan el derecho de la competencia al apuntalar el poder de negociación de las pequeñas y medianas empresas y al proteger a las pequeñas empresas de la entrada de las grandes empresas por un tiempo razonable que les permita ganar suficiente fuerza. Id. en 63.

esencial que las autoridades de competencia en los distintos países sean capaces de alcanzar un buen entendimiento de las respectivas posiciones y políticas en el contexto, en la búsqueda de reglas globales para el juego económico¹³¹.

Desde 1997, cuando Corea enfrentó una crisis financiera, el país impulsó importantes reformas económicas liberalizadoras. Redujo la intervención del gobierno, reforzó su sistema de mercado, rebajó aranceles y expuso sus empresas a la competencia local e internacional. Corea aparentemente se ha elevado de la categoría de países en desarrollo a la de países desarrollados. Sin embargo, reflexionando sobre los desafíos que enfrentan los países en desarrollo, Nam-Kee Lee, director de la Fair Trade Commission de Corea, ha apuntado que “los países en desarrollo no pueden dejar de preocuparse de la competitividad de las empresas nacionales. En este contexto, no sería un buen consejo el sugerir que los países en desarrollo adopten el mismo nivel de política de competencia que los países desarrollados, cuando sus mercados no son lo suficientemente maduros ni sus empresas lo suficientemente competitivas”¹³².

Las perspectivas de Indonesia y Corea no alteran necesariamente las individuales preferencias respecto de la definición de “anticompetitivo”. Podríamos seguir calificando las reglas que protegen a las empresas de la competencia misma como “anticompetitivas” (como yo hago), incluso podríamos llegar a apreciar su justicia y más aún su contribución a la eficiencia en el largo plazo en países que deben desarrollar la competencia. Los comentarios del Sr. Lee nos recuerdan que las definiciones tienen un contenido cultural y normativo. Lo que sea atentado contra la competencia en ningún caso es puro, científico ni absoluto.

¹³¹ Id. en 64-65. Otras fórmulas de países en desarrollo comprenden legislación en contra de prácticas comerciales restrictivas (*restrictive business practices*) tales como las descritas en el Código de 1980 de la UNCTAD. Las prácticas comerciales restrictivas allí enumeradas son de explotación o de exclusión de empresas sin poder. El código, que sigue la línea de prohibiciones de categorías de conductas, tales como contratación exclusiva y operaciones atadas, aun matizado como se encuentra por la defensa de la razonabilidad como un guiño a los países desarrollados, pudiera resultar más simple y fácil de administrar en un mundo de escasez de recursos para la aplicación de la ley. Véase la Ley Modelo de Competencia, UNCTAD, TD/RBP/CONF. 5/7 (UN 2000). Para varias naciones en desarrollo, las prácticas comerciales restrictivas, ahora llamadas prácticas anticompetitivas, son atentados contra la competencia.

¹³² Nam-Kee Lee, “Korean Economic Development Policy Lessons – The Shift from Industrial to Competition Policy”, discurso ante el Grupo Intergubernamental de Expertos en Política y Derecho de la Competencia (Cuarta Sesión) de la UNCTAD, 3 de julio de 2002, disponible en <http://ftc.go.kr/data/hwp/200207.doc>

V. ATENTADOS CONTRA LA COMPETENCIA. UN RESUMEN GRAFICO

Volvemos entonces a la perspectiva inicial definida en extenso a partir de las percepciones de los EE.UU. y de la UE: Existen dos enfoques principales para determinar acaso una exclusión seria e injustificada por empresas dominantes puede considerarse "anticompetitiva" incluso sin tener efectos negativos en la producción. Las categorías de atentados por conductas de exclusión pueden entonces ser descritas de la siguiente manera:

TABLA 1

Atentado contra la competencia		Atentado sólo a los competidores
1	2	3
Limitación a la producción	Bloqueo de la competencia en base a los méritos; aparente ausencia de efectos procompetitivos de la conducta.	Exclusión de firmas sin poder por competencia eficiente; así, la condena de la conducta protege a los competidores
Mayoritariamente carteles y privilegiados monopolios del gobierno.	Para EE.UU. incluye varios casos de reglas truncadas o cambios en la carga donde no existen razones para creer que la producción será limitada; casos como <i>Indiana Federation of Dentists</i> ¹³⁴ o <i>Microsoft</i> .	Casos como: Indomaret Brown Shoe (aspectos verticales)
El análisis de la escuela Post Chicago amplía el rango ¹³³	Para la UE incluye varios casos de abuso de posición dominante; casos como <i>Hoffmann-La Roche</i> , <i>Tetra Pak</i> .	Von's Grocery

¹³³ Muy pocos casos de precios predatorios, comprendida la predación por descuentos de fidelidad, podrían confiablemente ser ubicados en la columna 1. Las condiciones para que una predación por precios tenga éxito en incrementar el poder de mercado y limitar la producción son exigentes y los consumidores probablemente se beneficiarán de la predación frustrada, al menos si la empresa objeto de la predación se mantiene dentro del mercado o éste es verdaderamente desafiante. En teoría un pretendido caso de precios predatorios podría ser incluido en cualquiera de las tres columnas, dependiendo de los hechos. Pero en razón que, de incurrirse en el error de condenar los precios bajos, los costos son elevados, los tribunales de los EE.UU. generalmente perciben el problema de los precios predatorios entre las filas de la Tabla 2, infra. Adoptan una perspectiva similar para la predación por diseño de producto. Véase, en relación con *Microsoft*, el texto, supra, que sigue la nota N° 63. Los tribunales, sin embargo, se encuentran menos preocupados por las prácticas de exclusión injustificada (las cuales no tienen por definición intrínsecos beneficios para el consumidor); en este sentido, el número no menor, en los EE.UU., de casos de exclusión que no involucran predación por precios o por diseño de producto, caerían dentro de la columna 2.

¹³⁴ *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986) (unión de los dentistas orientada a negar a las aseguradoras el acceso a rayos X, considerado ilegal).

Para el punto de vista de los economistas del bienestar, entrenados para predecir acaso una conducta u operaciones en particular incrementarán o disminuirán el bienestar total o el agregado del consumidor, no existe la columna 2. La conducta, bien atenta contra los consumidores o bien su prohibición atenta contra los consumidores. Desde el punto de vista de los diseñadores de políticas que prefieren la mínima intervención antitrust, la columna 2 es tan pequeña y el peligro de caer en la columna 3 tan grande que lo más cuerdo es ignorar la columna 2 y calificar como "protección a los competidores" el ataque contra toda conducta que no califique en la columna 1¹³⁵. Las categorías de conductas de exclusión pueden entonces ser descritas de la siguiente manera:

TABLA 2

Atentado contra la competencia (Atentado contra los consumidores)	Atentado contra los competidores por competencia eficiente (o incluso desleal)
1	2
El atentado contra la competencia no significa más que esto: esta operación o conducta es ineficiente porque limita la producción y eleva los precios. La persecución es justificada sólo en caso de efectos de producción negativos.	El ataque o persecución de estas conductas protege a los competidores y atenta contra los consumidores.

Según fue desarrollado en este artículo, las jurisdicciones no están de acuerdo en cuál es la perspectiva más sabia, Tabla 1 o Tabla 2. La jurisprudencia

¹³⁵ Así, Robert Bork, en cuanto jurista, señaló en el caso *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 221 (D.C. Cir.) cert. denied, 479 U.S. 1033 (1987): "Si resulta claro que Atlas y sus agentes al eliminar la competencia entre ellos no están intentando restringir la producción de la industria, entonces su acuerdo ha de encontrarse diseñado para hacer la conducción de su negocio más efectiva. Ello no sugiere una tercera posibilidad". En forma similar el profesor Bork señaló en *The Antitrust Paradox*: "'Exclusión impropia' es siempre la deliberadamente predatoria e ineficiente, lo cual es raro, o bien, la exclusión es producto de una eficiencia superior. No existe una 'situación intermedia' de exclusión..." Bork, *supra*, nota N° 25 en 160; véase además, *supra*, nota N° 33.

Si bien eliminar la columna central de la Tabla 1 puede ser pensado para prevenir el error de proteger ineficiencias, esta estrategia también presenta costos de error. Combinada con una política generalizada de desregulación basada en la confianza en el empresariado y no en el gobierno, una extremada o profiláctica no intervención podría tender a desarrollar ineficiencias e incluso prácticas engañosas por las grandes empresas concentradas y aumentar su poder para abusar de los competidores, de los consumidores, de los accionistas y de los trabajadores. Véase Kurt Eichenwald & Simon Romero, "The Latest Corporate Scandal is Sudan, Vast, and Simple", *N.Y. Times*, 27 de junio de 2002, en A 1, que detalla los gigantescos fraudes y en algunos casos consecuentes quiebras de Enron, Tyco, Adelphia, Dynegy, Global Crossing y Worldcom.

actual en los EE.UU., ampliamente, adopta la perspectiva de la Tabla 2, al menos en el discurso, si bien no en los hechos, autorizando en apariencia la persecución sólo contra las conductas que caen dentro de la columna 1 (en cualquiera de las tablas). Incluso dentro de una misma jurisdicción, sin embargo, existe una sana discrepancia. Quizá exista una "constructiva opacidad" al interior de las jurisdicciones que proclaman sólo proteger a los consumidores de los malos resultados (esto es, puede no existir transparencia respecto a si el precedente recae sobre una cuestión de prueba o de principio), que opera como una válvula de seguridad para preservar una pequeña porción de flexibilidad para perseguir prácticas de exclusión que distorsionan el mecanismo de mercado¹³⁶.

VI. CONCLUSION

Las naciones tienen el derecho de adoptar su propio léxico y de elegir su propio Derecho. Las opciones de las naciones son un problema interno a menos que la aplicación de una regla tenga negativos efectos fuera de la jurisdicción o resulte tan opaca o discriminatoria al punto de atentar contra los agentes extranjeros dentro de la jurisdicción.

¿Qué implicancias tienen las conclusiones de este artículo para el antitrust global? ¿Podremos alguna vez construir un sistema mundial de competencia perfectamente consistente, si discrepamos en una cuestión tan básica como, qué es atentado contra la competencia?

Felizmente, sí¹³⁷. La sana diversidad tiende a elevar el diálogo y facilita la adecuación y readecuación a lo que sea que el contexto exija –tal como ha sido hecho y continúa haciéndose en los EE.UU. y en la UE.

¹³⁶ Véase el texto que sigue a las notas N° 26-30. Uno pudiera cuestionar si la opacidad es siempre constructiva y simplemente constatar que ella existe como una válvula de seguridad.

¹³⁷ Resultaría de gran utilidad que las naciones fijaran sus consensos más estables, como pudiera ser, explicando los principios de competencia sugeridos en la Declaración de Doha. Declaración en la Reunión Ministerial de la OMC en Doha, Qatar, 14 de noviembre de 2001, ¶¶ 23-25 (anticártel; pro-transparencia; debido proceso; tratamiento nacional). Más aún, las naciones podrían acordar reglas sobre extraterritorialidad permitida y no permitida y procedimientos de resolución de disputas en casos de conflictos de sistemas.