

LOS INSUFICIENTES ESFUERZOS DEL GOBIERNO PARA APLICAR EL MODERNO DERECHO ANTITRUST A LAS INDUSTRIAS DE REDES*

George Priest **

En los últimos años, los procesos sobre libre competencia que más han llamado la atención en los Estados Unidos han sido los que inició el Departamento de Justicia contra Microsoft, American Airlines y, Visa y Master Card. La importancia de estos procesos no solamente ha girado en torno a la magnitud de las empresas demandadas sino también (y sobre todo) a la naturaleza del mercado en el cual operan tales compañías.

En efecto, Microsoft, American Airlines, Visa y Master Card son empresas que desarrollan sus negocios en una industria de redes. Ello genera la necesidad de que la aplicación de las normas de competencia sea considerada dentro de un contexto distinto al de otro tipo de mercados. El análisis que pretende acercarnos el presente artículo es precisamente uno en el cual se toma en cuenta esta característica particular.

* El presente artículo fue originalmente publicado bajo el título "The Government's Flawed Efforts to Apply Modern Antitrust Law to Network Industries" en el libro "High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?" p. 117. 2003. La publicación se hace bajo expresa autorización de George Priest. La traducción estuvo a cargo de Alejandro Manayalle Chirinos, Director de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Alfredo Bullard, LLM Yale Law School.

** John M. Olin Professor de Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. El autor desea agradecer al Programa de Estudios en Capitalismo de Yale Law School y a Visa por el apoyo en la elaboración del presente artículo. Asimismo, desea agradecer a Michael E. Levine por las tantas discusiones respecto al mercado de aerolíneas y por los comentarios al borrador del presente artículo, a David Evans, Robert Hahn, Albert Nichols, Howard Chang y Bernard Reddy por los comentarios a un borrador preliminar y a Brodi Kemp y Tibor Nagy por la asistencia brindada. El autor fue contratado como consultor de dos de las empresas cuyos procesos se discuten en el contenido del artículo, Microsoft y Visa, aunque no participó en ninguno de tales procesos. Las opiniones vertidas en el presente artículo son propias del autor y no expresan o reflejan de manera alguna los puntos de vista de las mencionadas organizaciones.

La División *Antitrust*^I del Departamento de Justicia^{II}, por supuesto, tiene el deber de procurar el cumplimiento de las normas que prohíben la fijación de precios, el reparto de mercado y otras actividades desarrolladas continuamente por los carteles. Estos casos iniciados representan el mayor beneficio en la aplicación del Derecho *Antitrust* para la política americana. Sin embargo, debido a la continuidad en su ejecución, las denuncias aparecen como rutinarias y, por ello, el gobierno no puede reclamar para sí el crédito particular de los resultados. En vez de ello, en la medida que la política *antitrust* no establece un carácter distintivo, ésta es definida por los inusuales casos y procesos que la División examina o por aquellos que llegan a ser particularmente prominentes, a menudo por razones no relacionadas a su relevancia económica o a su contribución en el desarrollo del Derecho *Antitrust*.

Al respecto, cabe destacar que la experiencia en materia *antitrust* del gobierno de Bill Clinton será conocida por los casos seguidos contra Microsoft^{III}, American Airlines^{IV} y Visa/Master Card^V. La denuncia contra Microsoft alcanzó una extraordinaria trascendencia porque, al momento en el que el proceso fue iniciado, esta empresa era la firma más exitosa e importante de toda la historia de los Estados Unidos. American Airlines, Visa y Master Card no son comparables con Microsoft en el mercado, pero se mantienen respectivamente como empresas^I muy importantes dentro de la industria aérea y dentro de la industria de las tarjetas de crédito.

Sin embargo, los procesos materia *antitrust* iniciados en contra de empresas exitosas no contribuyen automáticamente a la economía o al derecho. Los grandes casos pueden resultar ser malos casos y, como ha manifestado el Juez Holmes, los malos casos pueden crear un mal Derecho². Un juicio sobre la aplicación del Derecho *Antitrust* por el gobierno de Clinton resulta con seguridad muy duro toda vez que, como será discutido más adelante, las demandas presentadas en dicho gobierno han tenido un impacto productivo muy pequeño en la economía y difícilmente se han constituido como Derecho relevante. El Departamento

de Justicia de Clinton perdió su más importante proceso en la apelación del caso Microsoft, perdió el caso de American Airlines en una Corte de Distrito y es probable que lo pierda en la instancia apelatoria y ganó el proceso contra Visa/Master Card en otra Corte de Distrito, pero amparándose en fundamentos ampliamente insostenibles y que probablemente serán revocados en la apelación.

Sin embargo, precisamente allí encontramos la importancia de esos casos y de la agenda *antitrust* preparada por el gobierno de Clinton, toda vez que existe una coincidencia subyacente respecto de estos tres procesos: cada uno de estos casos fue iniciado en contra de una empresa que participa en una industria de redes. Aunque, en nuestro entendimiento, los funcionarios responsables de efectuar las denuncias no han articulado exactamente esa ambición³, cada uno de estos casos generó la oportunidad de aplicar el Derecho *Antitrust* a aquellas industrias consideradas como las más importantes para la nueva economía: las industrias de redes.

Una industria de red es diferente de una típica industria de bienes tangibles como por ejemplo las que fabrican automóviles o refrigeradoras. En este tipo de industrias, el uso de los bienes por parte de uno de los consumidores tiene un mínimo impacto –o acaso ninguno– en el uso de los bienes por otro consumidor. Por el contrario, la industria de red es una en la cual la interacción de los consumidores es importante para determinar el último valor en el mercado, más particularmente, donde el valor del producto o servicio para cada uno de los consumidores se incrementa cuando el tamaño de la red crece sobre ciertos rangos. Por ejemplo, el sistema operativo de Microsoft – Windows– junto con las miles de aplicaciones que lo asisten, puede ser considerado como generador de una red. Un consumidor usuario de Windows gana mayores beneficios mientras más aplicaciones existan, de la misma manera quienes preparan las aplicaciones ganan, y surgen mayores oportunidades para que se preparen nuevas aplicaciones conforme haya más

^I Nota de Traductor: El término "*antitrust*" se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado. La misión de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia es promover y mantener la competencia en la economía norteamericana

^{II} Nota de Traductor: El Departamento de Justicia se encarga de aplicar la ley y defender los intereses de los Estados Unidos de Norteamérica.

^{III} Nota de Traductor: Identificado con el número de caso 253 F.3d. 34 (D.C. Cir. 2001).

^{IV} Nota de Traductor: Identificado con el número de caso 140 F.Supp. 2d.

^V Nota de Traductor: Identificado con el número de caso 163 F.Supp.2d.

¹ Visa y Master Card son asociaciones sin fines de lucro y no empresas, conforme se detallará más adelante.

² *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L.Ed. 679 (1904).

³ Varios de los altos funcionarios del gobierno de Clinton discutieron la aplicación del Derecho *Antitrust* a las redes. En «Rethinking Antitrust Policies for the New Economy», Joel Klein, jefe de la División *Antitrust*, presentó las teorías de los casos de Microsoft y American Airlines, pero no sugirió que éstas representaban una aproximación conectada a las redes (9 de mayo de 2002, Foro de Nueva Economía de Berkeley). Douglas Melamed, jefe suplente de la División, señaló que no eran necesarias diferentes reglas para la industria de red en su discurso "Network Industries and Antitrust" publicado en *Harvard Journal of Law and Public Policy* No. 23, p. 147. (1999). Hubo dos discusiones muy importantes sobre el mercado en redes entre economistas del gobierno, pero ninguna de estas discusiones revisó estos casos en detalle. Ver al respecto SHAPIRO, Carl. «Antitrust in Network Industries». En *Antitrust and Intellectual Property Claims in High Technology Markets*. American Law Institute y American Bar Association, 1996; RUBINFELD, Daniel L. «Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries». *Software Publishers Association*, 1998.

usuarios de Windows. Más claramente, American Airlines opera en una red de rutas y destinos interconectados. Los pasajeros que parten o llegan a aquellos destinos se benefician con la expansión de la red o, para ser más precisos; el mercado de destinos y la aerolínea se benefician con la expansión de sus consumidores. De manera similar, Visa y Master Card han creado una red de bancos ofreciendo créditos y servicios de pago conectados a establecimientos de venta al por menor que aceptan sus tarjetas de crédito. Los consumidores se benefician con la expansión de los establecimientos que aceptan la tarjeta de crédito y los establecimientos se benefician en la medida que se incrementa el número de titulares de tales tarjetas⁴.

Esta descripción y comprensión del funcionamiento de una industria de red está fuera de controversia. Lo nuevo, sin embargo, es la aplicación de las doctrinas *antitrust* a las industrias de redes en la época moderna. Existen tempranos e históricos ejemplos sobre redes: los servicios públicos son, esencialmente, redes tales como las industrias de transporte por ferrocarril o las telecomunicaciones. En la época pre-moderna, nuestro país ha sometido generalmente a mercados de esta naturaleza a la regulación de monopolios naturales⁵. Aunque algunas de estas regulaciones se mantienen a niveles locales, la regulación directa ha sido contundentemente abandonada desde los años ochenta y no es seriamente considerada como un mecanismo para controlar el mercado en la nueva economía.

Esto deja el tema al Derecho *Antitrust*. La trascendencia de los casos *antitrust* iniciados en el gobierno de Clinton, por consiguiente, se encuentra en que éstos representan el primer esfuerzo sistemático en la época moderna para aplicar el Derecho *Antitrust* a las industrias de redes⁶. Como se mencionó líneas arriba, el esfuerzo fue un fracaso, y es propósito del presente artículo discutir las causas de dicho fracaso. Tal como veremos más adelante, consideramos que la División *Antitrust* del gobierno de Clinton no tuvo una teoría coherente sobre la organización eficiente de las redes. Las tres demandas

fueron efectuadas contra redes de tipos muy distintos en las cuales la estructura competitiva de cada mercado en el que participaban era completamente diferente. La División nunca desarrolló una aproximación clara acerca de cómo el Derecho *Antitrust* podía incrementar los beneficios para los consumidores proporcionados por estas redes separadamente. Como resultado de ello, la División no sólo perdió contundentemente los procesos, sino que además fracasó en proporcionar una orientación a las Cortes para que éstas crearan doctrinas legales o un método de análisis legal en la aplicación del Derecho *Antitrust* a las redes. Ese análisis quedó pendiente de desarrollo.

En la Parte I revisaremos los tres casos, explicando las demandas de la División y revisando el resultado y las consecuencias de los procesos. En la Parte II examinaremos las condiciones de competencia en las respectivas redes y las teorías del Departamento sobre tales condiciones. La Parte III analizará los efectos de los esfuerzos del Departamento de Justicia.

I. LOS PROCESOS DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA CONTRA LAS REDES

En esta Parte revisaremos brevemente las demandas presentadas por el Departamento de Justicia contra Microsoft, American Airlines y Visa/Master Card intentando explicar los fundamentos básicos de los procesos así como el tratamiento judicial de estas teorías hasta la fecha⁷.

A. El caso contra Microsoft

Microsoft creó el sistema operativo mundialmente dominante de las computadoras personales –Windows– y contaba al momento del inicio del proceso con un 95% de participación en el mercado que el Departamento de Justicia definió como “*Intel-compatible PC operating systems*”⁸. El Departamento de Justicia (y 18 Estados en acciones concurrentes)⁹ denunciaron esta

⁴ Tal como será explicado más adelante, existen también beneficios para los bancos con la expansión de la red toda vez que éstos emiten las tarjetas para los consumidores o adquirentes de (contratos) comerciantes minoristas que aceptan dichas tarjetas.

⁵ Ver al respecto KAHN, Alfred. “The Economics of Regulation”. 1970.

⁶ Por supuesto, existen muchos casos antiguos dirigidos a las industrias de redes: ver por ejemplo *U.S. v. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed. 1007 (1897). Más recientemente, el Departamento de Justicia inició dos procesos contra IBM y AT&T, aunque el carácter de industrias de red de estas industrias no jugó casi ningún rol en el análisis. El Departamento se desistió de la denuncia contra IBM y llegó a un acuerdo con AT&T, separando sus secciones reguladas de las no reguladas.

⁷ Cada uno de estos tres casos se mantiene aún en las Cortes. En Microsoft, la Corte de Distrito recientemente ha aprobado el acuerdo de Microsoft con el Departamento de Justicia y 8 Estados rechazando el cuestionamiento de nueve estados litigantes. Subsecuentemente, 7 de los Estados litigantes conciliaron con Microsoft, los otros 2, Massachusetts y Virginia del Oeste apelaron la decisión de la Corte de Distrito. Los procesos de American Airlines y Visa-Master Card han sido apelados en sus respectivas Cortes de Distrito. Es de esperar que resultará en el futuro alguna jurisprudencia, aunque es poco probable que aborde directamente el problema de las redes en estas industrias en cuestión dado que, como será explicado más adelante, eso no fue en lo que focalizó el Departamento de Justicia.

⁸ En el proceso se trataron asuntos concernientes a la apropiada definición del mercado, como típicamente ocurrirá en los procesos contra la industria de red. Este es un aspecto importante en la aplicación del Derecho *Antitrust* a las redes, aunque escapa considerablemente del ámbito de tratamiento del presente artículo. Para ello, revisar los textos y notas previas al presente artículo. Para revisar una discusión respecto a la participación de mercado de Microsoft en la decisión de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia ver *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51-58 (D.C. Circ. 2001).

⁹ Originalmente, 20 Estados y el Distrito de Columbia se unieron a la acción del Departamento de Justicia; Carolina del Sur se desistió durante el proceso, Nuevo México llegó a un acuerdo después de la decisión de la Corte de Apelaciones.

participación de mercado como un monopolio. Sin embargo, el Departamento no sostuvo que Microsoft había adquirido el monopolio ilegalmente. La principal teoría del Departamento, en cambio, fue que la popularidad y el éxito de Windows había establecido – durante los años que el Departamento llamó “de implementación de barreras de entrada” – una protección al monopolio de Microsoft contra el ingreso de nuevos competidores. De acuerdo con la teoría del gobierno, a mediados de los años noventa aparecieron dos potenciales competidores: el *browser* de Netscape Navigator^{vi} y el programa de lenguaje y plataforma de Sun denominado Java^{vii}. Estos productos significaron una amenaza que generó la implementación de una barrera de entrada por Microsoft debido a que Navigator y Java podían desenvolverse en plataformas para funcionar en aplicaciones de *software* sin necesidad de utilizar Windows. De acuerdo con el gobierno, Microsoft reconoció la potencial amenaza y, en respuesta a tal amenaza, implementó su propio *browser* –Internet Explorer– para competir con Navigator y generar un daño a Java mediante varias prácticas. En el momento de inicio del proceso, el *browser* de Microsoft Explorer había capturado casi el 50% del mercado de *browsers*, considerablemente a costa de Navigator. Microsoft también había limitado el desarrollo de Java mediante prácticas como la implementación del *Java Virtual Machine*^{viii} con características únicas aplicables solamente a Windows, estableciendo acuerdos con los comercializadores de Internet para la promoción exclusiva de este último producto, distraiendo a los diseñadores de Java sobre los “*default settings*” para el desarrollo de Java y coactando a *Intel* a dejar de ayudar a Sun^x.

El Departamento de Justicia interpuso tres cargos contra Microsoft, los mismos que fueron considerados por la Corte de Distrito como violaciones al Derecho *Antitrust*¹¹:

- (i) violación de la Sección 2^x de la Sherman Act (que prohíbe el monopolio) por intentos ilegales para implementar un monopolio en el mercado de *browsers*.
- (ii) violación de la Sección 2 de la Sherman Act por desarrollar varias prácticas para mantener el monopolio del sistema operativo, principalmente en promoción de su *browser* – Internet Explorer – en perjuicio de los *browsers* de sus competidores –Navigator– y por dañar otras plataformas que constituían potenciales amenazas –Java–.
- (iii) violación de la Sección 1^x de la Sherman Act (que prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia) por atar la venta de su *browser* a la venta de su monopolístico sistema operativo. El cargo por atadura fue el más importante de los tres cargos ya que, en caso de tener éxito, ésta habría limitado a Microsoft a poder añadir nuevas aplicaciones a las versiones posteriores de Windows para incrementar su popularidad y para incrementar las barreras de entrada a otras aplicaciones.

La Corte de Distrito falló a favor del gobierno en estos cargos¹² después de lo cual el Departamento de Justicia solicitó –y la Corte de Distrito concedió– una orden para dividir Microsoft en una compañía de aplicaciones

^{vi} Nota de Traductor: El *Web Browser* es un programa que permite interactuar con muchos de los componentes de Internet. Se pueden ver (y con algunos crear) las páginas *Hyper Text Markup Language* (HTML) del *www*. De acuerdo al *browser* que se usa se determina la forma en la que aparece el contenido de la información. Hay varios *browsers* disponibles y que compiten en el mercado. El más usado (por lo menos hoy) con millones de usuarios y más del 50% del mercado es el Microsoft Internet Explorer. Netscape Navigator, que forma parte del conjunto de programas Netscape Communicator, es otro conocido *browser*. Estos dos *browsers* funcionan en forma muy parecida. Cuando se abre el *browser*, éste carga automáticamente la *home page* que está preestablecida. Los *browsers* vienen configurados para abrir la *home page* de la compañía que los creó (Netscape o Microsoft).

^{vii} Nota de Traductor: Java es una plataforma informática lanzada al mercado por Sun Microsystems en 1995, la misma que abre un gran número de posibilidades a los usuarios. Permite que la misma aplicación se ejecute en muchas computadoras y dispositivos diferentes. Es utilizado para que el usuario acceda a Internet, ya sea a juegos, pasatiempos, deportes, *chat*, correo electrónico, cultura y arte, herramientas financieras, etc. Java nació pues como lenguaje para la red, para sostener el *Hyper Text Markup Language* (HTML), que no es un lenguaje de programación propiamente dicho, y para darle la seguridad que el HTML no tiene. Desde que apareció Java en la red se ha empezado a hablar de números de tarjetas de crédito y de informaciones seguras, lo cual ha entusiasmado a las mayores sociedades mundiales que han transformado la vieja Internet, prerrogativa de las universidades y centros de investigación, en el medio actual de comunicación abierto a todos.

^{viii} Nota de Traductor: La Máquina Virtual Java (*Java Virtual Machine*) es un programa que interpreta el código Java y lo traduce al lenguaje del sistema. Esta máquina virtual es lo que hace que Java sea portable. Un vendedor, por ejemplo Microsoft o Sun, implementan una máquina virtual para su sistema operativo, haciendo que todo programa Java pueda ejecutarse en esa máquina virtual. La calidad de las aplicaciones Java depende en gran medida de esa máquina virtual subyacente y de sus capacidades.

^x 253 *F.3d*, pp. 74-78.

¹¹ Además de estos tres cargos, el Estado demandó un ilegal financiamiento por parte de Microsoft, lo cual fue desestimado por la Corte antes del inicio del proceso, y un acuerdo de exclusividad ilegal, el cual la Corte desestimó por considerar que no se contaba con evidencia suficiente.

¹² Nota de Traductor: La Sherman Act es la Ley de Libre Competencia de los Estados Unidos. La Sección 2 de dicha norma señala lo siguiente: “Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los diferentes Estados o con naciones extranjeras, será culpable de un delito, y será condenado por ello, imponiéndole una multa que no excederá de un millón de dólares en caso de las empresas o de cien mil dólares en caso de las personas naturales, o prisión que no exceda de tres años o ambas penas, a discreción de las Cortes”.

^x Nota de Traductor: La Sección 1 de la Sherman Act señala lo siguiente: “Todo contrato, combinación en la forma de *trust* o similar, o conspiración para restringir el tráfico o comercio entre los diferentes Estados, o con una nación extranjera, se declara ilegal.

Toda persona que suscriba un acuerdo o forme alguna combinación o conspiración de las que aquí se declaran ilegales se presumirá culpable de actividad delictiva y se le condenará en consecuencia, imponiéndole una multa que no exceda de un millón de dólares en caso de la empresa o de cien mil dólares en caso de las personas naturales, o prisión que no exceda de tres años o ambas penas, a discreción de las Cortes”.

¹² *United States v. Microsoft Corp.*, 87 *F.Supp.2d* 30 (D.D.C. 2000).

de *software* y en una compañía separada de sistemas operativos e impuso numerosas restricciones a ésta última¹³.

Sin embargo, en la instancia apelatoria el Circuito de la Corte de Apelaciones de Washington D.C. revocó substancialmente lo resuelto por la Corte de Distrito¹⁴. La Corte de Apelaciones sostuvo que Microsoft había desarrollado prácticas ilegales para poder mantener el monopolio de su sistema operativo, como por ejemplo licencias exclusivas o restrictivas con los equipos y máquinas originales, con proveedores de acceso a Internet y otros; así como su acción tomada contra Java. Pero el Tribunal revocó cada uno de los otros extremos resueltos por la Corte de Distrito respecto a los otros cargos. Ello revocó la conclusión de la Corte de Distrito respecto a que Microsoft había intentado ilegalmente monopolizar el mercado de *browsers*¹⁵. Esta sentencia también revocó lo decidido por la Corte de Distrito respecto a la denuncia sobre atadura y, aunque devolvió la acusación para que se lleve a cabo un nuevo proceso, su discusión sobre las dificultades de la aplicación del Derecho *Antitrust* para determinar los componentes apropiados de un producto como el sistema operativo fue suficientemente escéptica para generar que el Departamento de Justicia y los Estados demandantes se desistieran de la demanda presentada por atadura¹⁶. La Corte de Apelaciones también revocó y devolvió la orden para dividir Microsoft, estableciendo nuevamente un estándar tan riguroso para poder justificar tal remedio que el Departamento y los Estados anunciaron que no perseguirían más la división de Microsoft. Seguidamente a la decisión de la Corte de Apelaciones, el Departamento de Justicia y nueve Estados entraron en un arreglo con Microsoft que, en esencia, prohibía a Microsoft desarrollar varias prácticas, incluyendo aquellas declaradas ilegales por la Corte de Apelaciones¹⁶. Nueve Estados rechazaron el acuerdo y pidieron a la Corte de Distrito límites más extensivos sobre Microsoft y una revelación más clara y amplia de su código. Sin embargo, la Corte de Distrito mantuvo la razonabilidad del acuerdo suscrito con el Departamento de Justicia¹⁷ y denegó íntegramente la solicitud de los Estados litigantes¹⁸. Como se ha señalado, siete de los Estados litigantes han conciliado con Microsoft (recibiendo los honorarios pagados a sus abogados), en cambio, dos de ellas –

Massachusetts y Virginia del Oeste– han apelado la decisión de la Corte de Distrito.

B. El caso contra American Airlines

El Departamento de Justicia de la administración de Clinton presentó seguidamente un caso contra American Airlines por desarrollar una práctica de reducción de los precios de sus vuelos para competir con aquellas nuevas aerolíneas entrantes de menor costo para, una vez que los competidores estuvieran fuera del mercado, incrementar los precios nuevamente. American Airlines fue la única demandada pues, a pesar que casi todas las aerolíneas nacionales desarrollaron prácticas similares, la demanda fue claramente dirigida a generar un precedente sobre una prohibición más amplia.

El caso involucró prácticas desarrolladas respecto al eje de las rutas de American en Dallas Fort Worth. Dallas es el principal centro en el cual American brinda sus servicios hacia un gran número de ciudades norteamericanas y extranjeras. En varios puntos a mediados de los años noventa, un gran número de aerolíneas ingresó al mercado de Dallas ofreciendo vuelos a determinadas ciudades en competencia con American. Vanguard – una de las aerolíneas competidoras– ofrecía sus servicios de Dallas hacia las ciudades de Kansas, Wichita y Phoenix; Western Pacific, de Dallas hacia Colorado Springs; SunJet, desde Dallas a Long Beach; en cada uno de estos casos los precios ofrecidos por estas empresas eran sustancialmente menores a los ofrecidos por American¹⁹. En tales escenarios y en otros (la denuncia se enfocó en siete destinos ofrecidos desde el mercado de Dallas), una vez que American vio que los menores costos de sus respectivos competidores habían capturado significativamente las cuotas de mercado de viajeros, redujo sus precios para enfrentar la competencia que se le presentaba y en algunos casos incrementó el servicio en orden a la demanda del mercado. En cada una de estas rutas, los competidores de menores costos se vieron forzados a reducir sus servicios llegando al extremo de dejar de brindarlos definitivamente; en muchos casos, ingresando en un estado de insolvencia. Nuevamente, después de la salida de sus competidores, American incrementó sus precios hasta igualarlos a los que había fijado a nivel pre competitivo²⁰.

¹³ *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp. 2d 59, 64-65 (D.D.C. 2000).

¹⁴ *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹⁵ Nota de Traductor: Nótese que la Corte de Apelaciones sostuvo que Microsoft trató de mantener el monopolio de su sistema operativo mas no el de *browsers*.

¹⁶ La Corte de Apelaciones no estuvo convencida de que el Departamento de Justicia hubiera fundamentado adecuadamente su definición de una separación del mercado de *browsers*, lo que debilitó enormemente la denuncia por atadura.

¹⁷ Para una avanzada discusión sobre los términos del acuerdo, revisar: PRIEST, George. "U.S. v. Microsoft: A Legal and Economic Analysis of the Settlement". Washington Legal Foundation-Contemporary Legal Notes No. 41. Marzo 2002.

¹⁸ *U.S. v. Microsoft Corp.*, 2002 WL 31439450, 2002-2 Trade Cases ¶ 73,851 (D.D.C. Nov. 1, 2002).

¹⁹ *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F.Supp.2d 76, 2002-2 Trade Cases ¶ 73,853 (D.D.C., Nov. 1, 2002).

²⁰ *U.S. v. AMR Corp.*, 140 F.Supp. 2d 1141, 1146-1151 (D.Kan. 2001).

²⁰ *Ibid.* pp. 1155-1168.

El Departamento de Justicia presentó dos cuestiones: la primera, señalando que esta práctica constituía una fijación de precios predatorios en violación expresa de la Sección 2 de la Sherman Act; la segunda, señalando que el éxito de American en expulsar a sus competidores del mercado en las siete rutas constituyó una amenaza que limitaba la entrada al mercado de otras aerolíneas más baratas en otras cuarenta rutas. Como señaló el Departamento de Justicia, el tema central era, bajo el estándar de precios predatorios establecido en el caso *Brooke Group*²¹, si American había fijado el precio de sus servicios por debajo del nivel apropiado de sus costos y había previsto una posibilidad realista de recuperar sus pérdidas con el subsecuente precio pre competitivo²². En la moción sumaria del juicio en la Corte de Distrito, la materia fue determinar una comparación entre los precios establecidos por la aerolínea y sus costos de operación.

El control de la evidencia para la moción consistió íntegramente en el testimonio de expertos en costos. El gobierno y American confiaron en el costo interno de las rutas y la medida de ingresos que American empleó para evaluar el rendimiento de la ruta. American confió en la medida denominada "VAUDNC" –*Variable Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*–. Esta medida provee un estimado para una ruta dada de los ingresos por tarifas de una ruta de una red específica de costos de operación (ganancias variables) más el ingreso adicional de los viajes de los pasajeros en la red de las rutas interconectadas al costo *upline* o *downline* de esas rutas. American mostró que, para cada una de las rutas en las cuales fueron comparadas las tarifas de los otros competidores, su medición VAUDNC, arrojó como resultado rendimientos positivos.

Los expertos del Departamento de Justicia, en oposición, evaluaron el rendimiento de la ruta mediante cuatro *tests* distintos. Dos de estos *tests* trataron de medir la utilidad incremental de American que siguió la adopción de los precios que igualaron la competencia. Estos *tests* mostraron, como era de esperarse, que la utilidad incremental de American en las rutas competitivas declinó después que ésta redujo sus precios para enfrentar la competencia. La Corte rechazó sumariamente la pertinencia de estos dos *tests*²³. Los otros dos *tests* sobre medición de utilidad efectuados por el gobierno fueron variaciones de

"FAUDNC", –*Fully Allocated Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*–. Esta medición propuesta difirió de la medición de American por incluir los costos de la "propiedad de las aeronaves, los costos fijos, intereses, capital e impuestos a la renta"²⁴. Así pues, la medida de las ganancias establecida por el Departamento de Justicia dio como resultado un número sustancialmente menor que el de American, obviamente porque en un caso de precios predatorios el gobierno necesitaba mostrar que el precio que la demandada cargaba fue menor que sus costos de operación. Al incluir los costos del sistema y de la red, la medición mostró que American había incurrido en pérdidas en las rutas después de enfrentarse con los competidores que ofrecían precios más baratos. El gobierno señaló que esto era suficiente prueba para demandar por prácticas desarrolladas en cuanto a precios predatorios.

La Corte rechazó el argumento del Departamento de Justicia y concedió sumariamente el juicio a American. La Corte sostuvo que American no estuvo comprometida en la fijación de sus precios por debajo de sus costos, aceptando la medición de American, que incluía los costos variables, aunque no totalmente asignados, mostrando utilidades positivas netas por operar cada una de las rutas. Fue importante para la Corte que "los precios de American solamente se igualaron, pero nunca estuvieron por debajo de las tarifas, (...) de los competidores que ofrecían precios más baratos en las cuatro rutas centrales (...) American respondió como empresa antes que iniciar las reducciones no promocionales de los operadores de costos más bajos"²⁵. El gobierno argumentó que el estándar de *Brooke Group* no incluyó una defensa competitiva de esta naturaleza y que, incluso si tal defensa pudiera sostenerse, ésta no podría usarse porque "American no solamente redujo sus precios, sino que además incrementó el número de vuelos y, por tanto, el número de asientos disponibles en las rutas principales"²⁶. La Corte, sin embargo, rechazó este argumento íntegramente, citando casos en los que se sostuvo que un vendedor no está obligado por el imperio de la ley a "quedarse parado mirando mientras su negocio es destruido"²⁷. La Corte concluyó que no hubo una estrategia significativa de implementación de barreras de entrada en el mercado de Dallas y por ello, la recuperación de las pérdidas ocasionadas por las prácticas predatorias no podría haber sido lograda²⁸.

²¹ *Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed. 168 (1993).

²² Para una declaración de lo señalado por la Corte y un análisis de este estándar ver *U.S. v. AMR Corp.*, 140 F.Supp. 2d 1141, 1195 (D.Kan. 2001).

²³ *Ibid.* pp. 1202-1203.

²⁴ *Ibid.* p. 1174.

²⁵ *Ibid.* pp. 1204, 1207.

²⁶ *Ibid.* p. 1207.

²⁷ *Ibid.* p. 1205, citando a *Knuth v. Erie-Crawford Dairy Coop. Ass'n*, 326 F.Supp. 48, 52-53 (W.D.Pa. 1971).

²⁸ 140 F.Supp.2d pp. 1209-1215.

Así, rechazó la teoría de la amenaza predatoria toda vez que ello no fue probado en los hechos²⁹.

C. El caso contra Visa y Master Card

Visa y Master Card brindan el servicio de pago mediante tarjetas a través de un gran número de bancos y una diversa gama de establecimientos comerciales en los Estados Unidos y en el extranjero. Organizaciones como Visa y Master Card son, en sí mismas, asociaciones sin fines de lucro, formadas cada una por miles de bancos. El principal activo de estas asociaciones es el nombre de la marca, Visa o Master Card. Las organizaciones como Visa y Master Card, así, se parecen de algún modo a las franquicias que brindan y promueven el nombre de las marcas Visa y Master Card³⁰. Los bancos particulares de todo el mundo pueden llegar a ser miembros de estas asociaciones y, como tales, habilitar la licencia del uso de las tarjetas a sus consumidores y autorizar a establecimientos comerciales los cuales pueden comprometerse a aceptar la tarjeta de los clientes de todos los bancos integrantes de la asociación³¹. Así, cada una de estas asociaciones comprende un amplísimo servicio financiero de redes brindando el servicio de tarjetas de crédito y débito, conectando a millones de consumidores particulares con millones de establecimientos comerciales³².

Visa y Master Card poseen un curioso contacto histórico. En sus inicios, las tarjetas de crédito nacionales fueron ofrecidas solamente por corporaciones con fines de lucro, tales como American Express, Diners Club y Carta Blanche. Durante la década de los setenta, las asociaciones Visa y Master Card crecieron mediante el “reclutamiento” de miembros, conformados por bancos norteamericanos. En su aparición, la membresía era exclusiva: Visa prohibió a sus miembros la afiliación a Master Card, aunque permitió una excepción para bancos relativamente pequeños. Después de un inconcluso proceso judicial iniciado por uno de sus miembros desafiando la prohibición y con algunas presiones del Departamento de Justicia, Visa levantó

la prohibición y permitió a sus miembros ser también miembros emisores y adquirentes de Master Card³³. A pesar de las yuxtaposiciones que se presentaban en los grupos de miembros, es ampliamente aceptado (y la Corte lo apoyó) que Visa y Master Card se comprometen en una seria y minuciosa competencia la una contra la otra³⁴ así como contra las redes de American Express y Discover. Tanto Visa como Master Card prohibieron a sus miembros, respectivamente la emisión de tarjetas American Express o Discover³⁵.

El Departamento de Justicia presentó dos demandas contra las asociaciones. Primero, denunció que existía una violación de la Ley *Antitrust* desarrollada por los miembros del Directorio (y otros órganos de gobierno) de las respectivas asociaciones sobre la emisión de tarjetas de las asociaciones competidoras. Aquí, el Departamento de Justicia distinguió al gobierno corporativo de la emisión de las tarjetas. El gobierno reconoció que la llamada “dualidad” en la emisión de tarjetas –un solo banco emitiendo tanto Visa como Master Card– favorecía la competencia. Por el contrario, el gobierno denunció que la dualidad de gobierno – los miembros del Directorio de Visa emitiendo Master Card o viceversa– violaban la Ley *Antitrust*. La segunda denuncia del Departamento sostuvo que tanto Visa como Master Card violaron las normas *Antitrust* de manera separada³⁶ implementando reglas de exclusividad que prohibían a sus respectivos miembros la emisión de tarjetas American Express y Discover.

La Corte de Distrito rechazó la demanda del Estado con respecto a la dualidad de gobierno corporativo, pero sostuvo que las reglas de exclusividad de las asociaciones constituían una violación a la *Sherman Act*. Con respecto a la dualidad de gobierno, la Corte sostuvo que el Departamento de Justicia había fracasado en demostrar la existencia de daños a la competencia por el mero hecho de que los miembros del Directorio de Visa y Master Card emitan las tarjetas de otras asociaciones³⁷. El Estado había denunciado la existencia de varias innovaciones en tarjetas que no habían sido denunciadas porque los miembros del

²⁹ Ibid. p. 1215.

³⁰ Como bien será discutido más adelante, Visa y Master Card también mantienen y administran la red de tarjetas de crédito e invierten para mejorar su capacidad tecnológica. La estructura corporativa de Visa y Master Card es diferente de un típico franquiciante porque éstas son cooperativas, y no compañías independientes del franquiciado.

³¹ Tanto los bancos que emiten la tarjeta para los consumidores como los bancos que adquieren la cuenta del establecimiento de venta para la asociación, ganan honorarios calculados como porcentaje de cada transacción de venta, sustrayéndose del precio de venta remitido por el vendedor. Para una discusión más detallada de los mecanismos de compensación de estas asociaciones ver textos y notas previas al presente artículo.

³² Estas características del mercado de pago mediante tarjetas es descrita en *U.S. v. Visa U.S.A., Inc.*, 163 F.Supp.2d pp. 322, 331-334 (S.D.N.Y. 2001). Para una excelente discusión histórica y analítica de ese mercado, ver EVANS, David S. y Richard SCHMALENSEE. “Paying with Plastic: The Digital Revolution in Buying and Borrowing”. 1999.

³³ 163 F.Supp.2d pp. 333-334, 345-346. Master Card aparentemente no impuso una prohibición similar a sus afiliados con respecto a Visa, aunque esto es poco importante para la prohibición de Visa.

³⁴ Ibid. p. 332.

³⁵ Diners Club y Carte Blanche son propiedad de Citibank, el miembro más grande de MasterCard y Visa. Estas tarjetas –las cuales pertenecen a Citibank– son exceptuadas de la prohibición de no exclusividad.

³⁶ No hubo denuncia sobre concertación respecto de este tema.

³⁷ 163 F.Supp.2d p. 328.

Directorio de cada una de las asociaciones se mostraron reuentes en mejorar un producto a costa del otro. La Corte sostuvo que existía una fuerte evidencia que sugería que estas innovaciones propuestas habían sido abandonadas por legítimas razones comerciales. La Corte también anotó que hubo una clara evolución en cada asociación hacia determinados bancos en particular —a menudo escogidos por los miembros del Directorio— con la finalidad de que éstos se dediquen predominantemente a la emisión de sólo una de las dos tarjetas³⁸. Esta evolución efectivamente hizo discutible la denuncia sobre la dualidad de gobierno.

La Corte sostuvo, sin embargo, que la implementación de reglas de exclusividad prohibiendo a sus miembros la emisión de las tarjetas American Express y Discover disminuía el nivel de competencia. El Departamento de Justicia señaló que la red de tarjetas de crédito podía ser analizada como dos mercados separados: (i) un mercado de tarjetas de crédito y débito para todo propósito, por el cual los consumidores relevantes eran individuos usuarios de tarjetas y mercaderías que ellos aceptaban y (ii) un mercado de objetivo general de los servicios de red de tarjetas de crédito y débito³⁹. La Corte encontró que existió un marcado nivel de competencia en el primer mercado, el mercado de objetivo general de tarjetas. Pero ésta encontró que la implementación de normas de exclusividad disminuyó la competencia en el mercado de objetivo general de los servicios de red de tarjetas.

La definición del gobierno de este segundo mercado —el mercado de objetivo general de servicios de red de tarjetas— fue muy importante para la resolución del caso. De acuerdo con los argumentos del gobierno, los bancos miembros de Visa y Master Card, respectivamente, brindaron los servicios de red de tarjetas a través de sus esfuerzos en la promoción de su marca, en los servicios para evitar los fraudes y similares, así como en la emisión de tarjetas para consumidores y adquirentes de mercaderías para recibir dichas tarjetas. Esos servicios, aunque equivalentes a los servicios similares que brindaban las tarjetas de American Express y Discover, son suficientemente distintivos para constituir un mercado distinto⁴⁰. Mediante la prohibición a los bancos miembros de emitir tarjetas de American Express y Discover, éstas son excluidas de tomar ventajas de las tarjetas y adquirir servicios de los bancos miembros de Visa y Master Card. Esta exclusión disminuyó el nivel de competencia de los servicios de red. La Corte aceptó tal argumentación⁴¹. La Corte prohibió a Visa y a Master

Card impedir que sus miembros se unieran a las redes de American Express y Discover⁴².

II. EL FRACASO DE LA APROXIMACIÓN DEL DEPARTAMENTO A LAS REDES

Como ha sido descrito en líneas anteriores, el Departamento de Justicia perdió ampliamente en tres de los casos que inició contra las industrias de redes. En primer lugar, perdió en el proceso sobre atadura —el más importante— contra Microsoft. Además, perdió categóricamente en el proceso sobre precios predatorios iniciado contra American Airlines. Finalmente, perdió en el proceso sobre dualidad de gobierno contra Visa y Master Card. Sin embargo, el Departamento ha tenido éxito (como va a ser discutido, las bases de su defensa son absolutamente débiles) en su demanda sobre acuerdos de exclusividad contra Visa y Master Card y, por supuesto, ha logrado una negociación con Microsoft prohibiéndole algunas de sus prácticas más agresivas. Empero, esta “victoria” sobre Microsoft, seguramente resulta muy corta para la ambición del Departamento de Justicia de reestructurar el mercado de sistemas operativos, así como para su ambición de desintegrar a Microsoft o de someter el desarrollo de Windows al control de las Cortes o del Departamento de Justicia de haberse ganado el caso sobre las cláusulas de atadura. ¿Por qué el Departamento ha tenido un éxito tan diminuto?

Debemos anotar, primero, que los mismos casos y las teorías bajo las cuales éstos fueron sustentados son bastante disparatados. En el caso Microsoft, el gobierno denunció un intento de monopolización del mercado de *browsers*, una ilegal conservación de su monopolio en el mercado de sistemas operativos y una ilegal atadura de su *browser* para el monopolio de su sistema operativo, buscando finalmente desintegrar la empresa. El caso de American Airlines involucró una demanda de precios predatorios. Finalmente, en el caso de Visa y Master Card buscó que las estructuras de gobierno de las asociaciones fueran declaradas ilegales y que las asociaciones habían impuesto ilegalmente requerimientos de acuerdos de exclusividad. Todas estas denuncias no parecen estar conectadas entre sí.

Debemos anotar, además, que estas demandas disparatadas no tuvieron referencias particulares del carácter de red de estas industrias o empresas contra las cuales se iniciaron los procesos. A través de estos casos, no existe una aproximación coherente de la aplicación del Derecho *Antitrust* a las industrias de

³⁸ Ibid. pp. 328-329.

³⁹ Ibid. pp. 337-338.

⁴⁰ Ibid. pp. 338-339.

⁴¹ Ibid. pp. 329-330.

⁴² Ibid. pp. 407-409.

redes. Peor aún, resulta necesario señalar que los enfoques del Departamento en estos tres casos son inconsistentes, incluso inconsistentes internamente dentro de cada caso en particular. En mi opinión, el Departamento de Justicia perdió estos procesos porque éstos fueron iniciados sin ninguna teoría coherente o consistente sobre la operación de las redes o sobre la apropiada aplicación del Derecho *Antitrust* a éstas. El Departamento no tuvo la suficiente habilidad para probar las violaciones de la ley debido a que las prácticas que denunció sirvieron, en su generalidad, para reforzar la competencia y el bienestar económico en sus respectivas industrias de red.

Está más allá del alcance de este artículo presentar una explicación general a la aplicación del Derecho *Antitrust* a las industrias de redes, pero algunos elementos a destacar pueden ser beneficiosos en la evaluación del enfoque del Departamento de Justicia sobre este tema. En términos sencillos, como se ha mencionado, una industria de red es una en la cual –sobre un amplio rango relevante– el beneficio del producto o servicio de la industria para los consumidores se incrementa en la medida que la red se incrementa^{xii}. La pregunta elemental respecto a la competencia, entonces, debe ser cuál es la configuración de la red o qué características del incremento en la operación de la red beneficia a los consumidores. Esta pregunta se parece, pero no es exactamente similar, a una pregunta sobre cómo alcanzar economías de escala. Primero, en un nivel más general, el concepto de la existencia de los beneficios de las redes implica continuamente la expansión de su alcance como presupuesto de la expansión de los beneficios de sus consumidores. Las redes que encajan en esta definición se asemejan a los monopolios naturales, sea por los beneficios de expandir la demanda de los consumidores o por la reducción de los costos promedio de producción, el más común monopolio natural de la era pre-moderna⁴³.

Segundo y con relación a ello, nosotros sabemos, por experiencia, que el monopolio natural no es, o no es un tema cierto, el inevitable punto final de las industrias de redes. Hay muchas industrias de redes en el mundo real que incluyen redes que compiten parcial o integralmente. Por ejemplo, dos de los casos en discusión involucran industrias con redes competitivas. Como se explicará con más detalle líneas abajo, la industria de aerolíneas consiste en un grupo de redes competitivas –las líneas aéreas nacionales– que compiten intensamente sobre un alto volumen de rutas,

pero también separadamente por dominar un específico y menor grupo volumen de rutas. De una manera distinta, en la industria de servicios de crédito, existe una competencia sustancial sobre la emisión de tarjetas y la adquisición de establecimientos comerciales afiliados. Además, hay un nivel de competencia en red entre cuatro redes ampliamente independientes: las dos asociaciones no lucrativas, Visa y Master Card, y los titulares de las redes American Express y Discover. Estos ejemplos sugieren que la competencia entre redes es posible en algunas industrias sea porque los beneficios de la expansión de la red disminuyen sobre cierto rango, por la demanda heterogénea que soporta la competencia entre redes o porque –como en el caso de las tarjetas de crédito– casi no hay costos para los consumidores para participar en varias redes. Sin embargo, con seguridad no hay proposición teórica de que la competencia de redes pueda presentarse en todas las industrias.

Más allá de estos simples puntos con respecto a la estructura de la industria, la pregunta para la aplicación del Derecho *Antitrust* debe ser ¿alguna de las prácticas en cuestión sirve para incrementar el beneficio de la red o no? Las prácticas que pueden aparentar ser anticompetitivas en el contexto de las industrias multifirma o incluso aparentar ser anticompetitivas cuando son adoptadas por un monopolista pueden tomar una dirección completamente distinta cuando el objetivo es expandir el beneficio de los consumidores mediante la expansión de la red. Nuevamente, el estándar más directo debe ser cómo una práctica dada se relaciona con la provisión de beneficios de red a los consumidores. Desafortunadamente, como veremos más adelante, la teoría del Departamento de Justicia en los tres casos bajo discusión fue totalmente ajena a estas consideraciones.

A. Esperando estimular la competencia de la red de sistemas operativos en el caso Microsoft

Vista desde la mejor perspectiva posible, la teoría del Departamento de Justicia en el caso Microsoft buscó emplear el Derecho *Antitrust* para crear la posibilidad de desarrollo de un nuevo sistema operativo o plataforma que generase competencia con la red de Windows. El Departamento de Justicia creyó que el monopolio del sistema operativo de Windows estaba protegido por las llamadas aplicaciones de barreras de entrada incluyendo las miles de aplicaciones preparadas para Windows, pero no para otros sistemas operativos.

^{xii} Nota de Traductor: Un ejemplo claro de una industria de red es el servicio telefónico. Si un solo consumidor posee un teléfono, éste no le servirá de nada en la medida que no podrá comunicarse con nadie. La expansión de la industria favorecerá sus intereses e incrementará sus beneficios. Así pues, dos usuarios con un teléfono cada uno pueden hablar entre ellos. El beneficio es incrementado. Cada usuario adicional favorece los intereses de los anteriores. En la medida que la industria telefónica crece, sus consumidores se benefician más.

⁴³ Para una discusión de las industrias en red, ver WHITE, Lawrence J. "U.S. Public Policy toward Network Industries". 1999.

El Departamento no denunció que Microsoft había adquirido el monopolio del sistema operativo de Windows o que había creado las aplicaciones barreras de entrada por cualquier medio ilegal. Más bien, éste vio el *browser* de Netscape Navigator y el Java de Sun como potenciales competidores para Windows que podían desarrollar el establecimiento de plataformas alternativas para las aplicaciones de su *software*. El Departamento también vio que Microsoft actuó para proteger su monopolio a través del desarrollo de su propio *browser*, a través de sus acciones contra Java y a través del perfeccionamiento continuo de Windows. Todas estas acciones amenazaron el crecimiento de estas nacientes plataformas de Navigator y de Java e implementaron barreras de entrada en las aplicaciones. El Departamento buscó emplear la Sherman Act para limitar a Microsoft y aumentar la posibilidad de crecimiento de las plataformas alternativas a través de cuatro vías:

- 1) Mediante la prohibición a Microsoft de comprometerse en prácticas que generen una desventaja a Navigator y Java (esta fue la imputación sobre el mantenimiento de un monopolio confirmado por la Corte de Apelaciones);
- 2) Mediante la penalización a Microsoft por su éxito en desarrollar su *browser* competitivo, Explorer, el éxito por el cual disminuyeron las expectativas de Navigator (la imputación sobre el intento de monopolización revocado en la apelación);
- 3) Forzar a Microsoft la distribución de su *browser*, Explorer, separadamente de Windows (la imputación por los acuerdos de atadura). La determinación de una atadura ilegal y la necesidad de separar la venta podría reducir el éxito de Explorer en su competencia con Navigator y, simultáneamente, proveer la base legal para limitar judicial y administrativamente el mayor perfeccionamiento de Windows por Microsoft que podría, de otro modo, reforzar el monopolio del sistema operativo (esta imputación, también, fue revocada en apelación); y, finalmente,
- 4) Mediante la división de Microsoft en compañías separadas de sistemas operativos y aplicaciones (también revocada en apelación).

A mi juicio, la dificultad con la teoría del Departamento de Justicia y, simultáneamente, la razón de que fue exitosa en obtener solamente un apoyo parcial en sus denuncias contra Microsoft es que el Departamento

nunca desarrolló, mucho menos articuló, una idea coherente sobre cómo un mercado con competencia de redes de sistemas operativos beneficiaría a los consumidores o por qué, si hubo beneficios sustanciales, la competencia de redes de sistemas operativos no se desarrollaría –como no se había desarrollado– a través de las fuerzas del mero mercado.

Hubo una contradicción central en el caso del Departamento de Justicia. El Departamento admitió que Microsoft había adquirido el monopolio de su sistema operativo en base a sus méritos. No denunció que Microsoft había monopolizado el mercado de sistemas operativos por cualquier medio ilegal. Tampoco denunció que la implementación de barreras de entrada a las aplicaciones fue creada por medios artificialmente ilegales. Aun más, al mismo tiempo, buscó emplear agresivamente las normas *antitrust* para estimular el desarrollo de competencia en las aplicaciones de plataformas limitando a Microsoft en la promoción de su *browser*, mediante la creación de limitaciones sobre la habilidad de Microsoft para agregar nuevas características a Windows y, finalmente, mediante la división en dos compañías.

Una teoría de esta naturaleza es, medularmente, contradictoria y refleja una evaluación insuficiente de los beneficios de la red del sistema operativo Windows. El Departamento no objetó la existencia de razones de mercado que justificaban el dominio histórico de Windows. Existieron antes periodos en los cuales hubo una gran competencia entre los sistemas operativos de *software*, tales como la competencia entre DOS y Macintosh de Apple o la subsiguiente competencia entre Macintosh y la más temprana versión de Windows⁴⁴. Con el transcurso del tiempo, un sistema operativo llegó a ser el dominante, por lo menos para una vasta mayoría de consumidores. Este dominio debe reflejar los vastos beneficios de la red por la estandarización del sistema operativo y el desarrollo de miles de aplicaciones de *software* diseñadas para este sistema. Nuevamente, el fracaso o la inhabilidad del Departamento de Justicia para atribuir al monopolio de Windows de Microsoft actos ilegales o alguna interferencia en el mercado admitió implícitamente los beneficios de la red y, potencialmente, la expansión de los beneficios de la red generados por Windows.

Sin embargo, el Departamento buscó promover la competencia a través del desarrollo de la competencia de plataformas, tales como el *browser* de Navigator o el Java de Sun. Incluso, éste solamente presentó una muy vaga especulación –sin duda porque eso fue todo lo que pudo presentar– sobre cómo operaría el mercado con competencia de plataformas para sistemas

⁴⁴ Anotar que el Departamento exitosamente convenció a la Corte para definir el Mercado relevante como “*Intel-compatible PC operating systems*”: principalmente, Windows, lo cual eliminó por definición la consideración de mucha competencia en los sistemas operativos. 253 F.3d pp. 51-54.

operativos⁴⁵. Como una abstracción, la competencia es preferible al monopolio, pero la abstracción es solamente persuasiva donde la adquisición de un monopolio es de alguna manera artificial. En el contexto de una red, es muy difícil medir o evaluar el ámbito de los beneficios de la red. Donde el monopolio de una red se ha desarrollado naturalmente –por ejemplo, sin alguna interferencia artificial en los procesos del mercado– la conclusión más plausible es que el monopolio se deriva de la extensión de los beneficios de la red.

Como consecuencia de ello, la teoría más básica del Departamento consistió de una muy pequeña y peyorativa caracterización respecto a que la existencia de miles de aplicaciones de *software* para Windows representaban perjudiciales barreras de entrada. De nuevo, conceptualmente, excepto alguna interferencia artificial con el proceso del mercado, la más plausible caracterización es que estas miles de aplicaciones representan los frutos del beneficio de la creación de la red. Por insistir en que la existencia de estos beneficios excluyó a otras empresas de la competencia con Microsoft, el Departamento se auto colocó en una poco atractiva posición de demanda puesto que cualquier cosa que Microsoft hiciera para mejorar la calidad de Windows habría representado una violación a las leyes *antitrust*. Así, el Departamento denunció que los perfeccionamientos de Microsoft en su *browser* Explorer fueron una violación toda vez que esta empresa incrementó las barreras de entrada a sus aplicaciones. Pero esto pone a las normas *antitrust* de cabeza por calificar como una violación a todas las inversiones dirigidas a mejorar un producto para los consumidores. Y fue una mera especulación el afirmar que los consumidores del monopolio de la red se beneficiarían con la existencia de una o más redes competidoras.

La especulativa demanda del Departamento de Justicia en este extremo probó también su debilidad para convencer a la Corte de Apelaciones. La Corte de Apelaciones afirmó que algunas prácticas de Microsoft, tales como su exclusivo acuerdo contractual con manufacturas de PC y otros, así como sus agresivas acciones contra Java fueron violaciones porque éstas no constituyen competencia por méritos⁴⁶. Ésta

rechazó, sin embargo, cualquier otra imputación del Departamento de Justicia porque el Departamento no había analizado suficientemente el tema ni lo había justificado en motivos para encontrar ilegalidad.

Así, la Corte de Apelaciones rechazó la denuncia del Departamento respecto a que Microsoft había intentado ilegalmente monopolizar el mercado de *browsers* concluyendo que sus denuncias fueron duplicadas en la acusación sobre el mantenimiento de un monopolio o fueron injustificadas porque el Departamento no justificó la existencia de un mercado separado del *browser* protegido por las barreras de entrada⁴⁷. Donde el Departamento denunció que el crecimiento de la participación de mercado del *browser* de Microsoft demostraría un intento de monopolizar el mercado de *browsers*, la Corte no estuvo convencida de la existencia de un mercado de *browsers* distinguible, relevando la inhabilidad del Departamento para proporcionar una concepción coherente o convincente de la competencia en el mercado que esperaba estimular.

De manera similar, la Corte de Apelaciones, en primera instancia, rechazó *per se* la demanda del Departamento sobre la ilegalidad de la atadura del *browser* Explorer dentro de Windows sobre la base de lo que era imposible saber *per se* si el perfeccionamiento de un producto complicado tal como un sistema operativo por la adición de nuevas características era o no era beneficioso para los consumidores⁴⁸. La extendida discusión de la Corte sobre cómo la Corte de Distrito en remisión al Tribunal inferior debería evaluar los perfeccionamientos de un producto de esta naturaleza bajo la regla de la razón⁴⁹, como mencioné, condujo al Departamento de Justicia y a 18 Estados a desistirse íntegramente de las demandas por atadura. La Corte de Apelaciones no excluyó al Departamento de la presentación de nuevas pruebas en este punto si éste deseaba iniciar un nuevo proceso. Sin embargo, el Departamento y los Estados, vieron que la demanda no tuvo expectativas de éxito futuro porque ellos estaban inhabilitados para articular una concepción de competencia en las redes de los sistemas operativos o en las plataformas en las cuales era plausible que los consumidores se beneficiaran limitando a la red de sistemas operativos dominantes⁵⁰.

⁴⁵ Hubo una confusión básica en el caso con respecto a la definición de Mercado relevante por la que Microsoft fue acusada de monopolización. La Corte de Apelaciones amparó la denuncia del Departamento de Justicia que decía que Microsoft había mantenido ilegalmente un monopolio sobre el mercado de sistemas operativos el cual fue protegido por la implementación de barreras de entrada a las aplicaciones. Las aplicaciones, sin embargo, que corrían sobre plataformas, no necesariamente sobre sistemas operativos. Las acciones ilegales de Microsoft en el mercado de sistemas operativos fueron para inhibir el desarrollo de las plataformas alternativas. No hubo una clara investigación en el caso sobre la posición de Microsoft en el mercado de plataformas, si es que tal mercado puede ser coherentemente definido.

⁴⁶ Para una mayor discusión de estas características de la opinión de la Corte de Apelaciones ver textos y notas previos al presente artículo.

⁴⁷ 253 F.3d pp. 80-84.

⁴⁸ Ibid. pp. 89-94.

⁴⁹ Ibid. pp. 95-97.

⁵⁰ La Corte de Apelaciones también excluyó al Departamento de Justicia de sus esfuerzos para definir un mercado de *browsers* separado por el cual se condene amparando la denuncia de atadura.

Finalmente, la Corte de Apelaciones rechazó el remedio de separación de Microsoft por exactamente las mismas razones. El remedio de separación del Departamento fue la característica más especulativa de todo el caso. ¿Cuál fue el beneficio que se esperaba de la separación en dos de Microsoft, en una empresa de sistemas operativos y otra de aplicaciones para éstos? ¿Se creyó que las empresas de aplicaciones podían desarrollar su nuevo y competitivo sistema operativo? ¿Perseguirían y promoverían las nuevas empresas de aplicaciones algunos otros sistemas operativos, tales como la alineación con las plataformas Navigator o Java? ¿Las empresas de sistemas operativos esperaban el desarrollo de la competencia de las aplicaciones? Ninguna de estas interrogantes fue respondida; de hecho, éstas ni siquiera fueron seriamente dirigidas en el proceso⁵¹.

La resolución de estos puntos en cuestión dejó como única parte exitosa de la denuncia del Departamento la ilegalidad de varias prácticas de Microsoft, tales como sus acuerdos de exclusividad y sus tácticas contra Java. Nadie ha denunciado que estas varias prácticas fueron siempre de gran importancia para la estrategia comercial de Microsoft o para el éxito de Windows o de su *browser Explorer*⁵². Ello representa una "victoria" del Departamento de Justicia de Clinton, pero sin representar un efecto beneficioso en la industria o en la economía⁵³.

Por el contrario, el enfoque del gobierno en estas prácticas en abstracto representa la pérdida de una gran oportunidad. Las demandas del Departamento de Justicia contra estas prácticas no tienen relación con el contexto de la red. Así, la resolución de estas demandas ha agregado muy poco a nuestra jurisprudencia *antitrust* con respecto al análisis de las redes⁵⁴. El análisis de varias de las prácticas efectuado por la Corte de Apelaciones no implicó su ejecución en el contexto de una red. De acuerdo con la Corte, las prácticas –principalmente, variaciones de acuerdos de exclusividad– son violaciones porque no constituyen competencia por méritos⁵⁵; una regla igualmente aplicable a cualquier monopolista, sea

o no sea una red. Este será un tema interesante en algún caso futuro sobre si las normas de acuerdo de exclusividad deben ser consideradas de manera diferente en el contexto de las redes⁵⁶. Nuevamente, si los consumidores se benefician con la expansión de la red, un acuerdo de exclusividad puede servir para incrementar estos beneficios. Esta pregunta, sin embargo, y virtualmente todas las otras, fue perdida en el fracaso del Departamento para considerar adecuadamente y presentar las implicancias del carácter de red en el mercado de sistemas operativos.

B. Enlodando la competencia de la red en el caso Visa/Master Card

El caso Visa/Master Card proporcionó un interesante contraste con Microsoft. El caso Microsoft fue iniciado contra una empresa que el Departamento de Justicia denunció como poseedora de un monopolio de la red. El Departamento buscó introducir la competencia dentro de la industria mediante la estimulación o protección de potenciales redes que podían competir con la red dominante. En el caso Visa/Master Card, por el contrario, dos demandas fueron presentadas contra asociaciones en una industria en la cual existía una competencia sustancial en la emisión y adquisición y en todos los niveles comerciales de la red. Una de las demandas del Departamento puede ser caracterizada como un intento para agudizar la competencia –la demanda sobre prácticas anticompetitivas por miembros del Directorio de una de las asociaciones por emitir tarjetas de otras– a través del control del gobierno corporativo daña la competencia, lo que parece poco probable y finalmente no fue persuasivo. En la segunda demanda, sin embargo –la demanda por prácticas anticompetitivas contra Visa y Master Card por prohibir a sus miembros la emisión de las tarjetas de American Express y Discover– aparece personificada la ambición de fusionar la competencia de la red sobre algunos rangos por obligar a las asociaciones Visa y Master Card

⁵¹ El Departamento de Justicia permitió (¿o se promovió?) que la Corte Distrital procediera a dictar la orden de separación con solamente escuchar el más mínimo de sus argumentos, por supuesto, fue desesperadamente enfermizo y, finalmente, fatal. Ver *Ibid.* pp. 101-103.

⁵² AOL/Netscape y Sun están separadamente persiguiendo acciones privadas sobre competencia con Microsoft, necesariamente interponiendo denuncias. Pero los casos parecen ser débiles y probablemente serán transados en términos modestos.

⁵³ Bob Crandall ha mostrado recientemente que los constreñimientos impuestos sobre Microsoft en el acuerdo con el Departamento de Justicia son totalmente extensivos en comparación a los remedios en otros casos de monopolización. CRANDALL, Robert W. "The Proposed Microsoft Decree and Past Antitrust Remedies: A Systematic Comparison". Washington Legal Foundation, *Critical Legal Issues* No. 112. Noviembre 2002. Sin embargo, subsisten áreas de desacuerdo acerca de cuán dañino será el remedio para la operación de Microsoft, lo que es una pregunta completamente distinta a si el remedio proveerá algún beneficio a los consumidores o a la sociedad. No se presenta un beneficio social de simplemente dañar a Microsoft.

⁵⁴ Hay, talvez, dos excepciones. La primera, la discusión en la Corte de Apelaciones volcó la denuncia por atadura, explicando las dificultades de evaluar en un caso *antitrust* qué componentes del *software* son socialmente apropiados, 253 *F.3d* pp. 84-97, es una importante adición a la jurisprudencia sobre atadura, en particular porque el más reciente pronunciamiento de la Corte Suprema sobre acuerdos de atadura *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 *U.S.* 2, 104 *S.Ct.* 1551, 80 *L.Ed.2d* 2 (1984), está totalmente desfasado. Menos útil, sin embargo, es la discusión de la Corte de Apelaciones y la aparente aceptación de la caracterización del Departamento sobre los beneficios de la red de Windows como resultado de las denominadas barreras a la entrada de las aplicaciones, 253 *F.3d* pp. 54-56. Aunque la Corte declaró que no necesitó ser resuelto si las miles de aplicaciones de Windows constituían una barrera de entrada, apoyó alguna versión de este concepto. *Ibid.* p. 56. Este extremo sostenido por la Corte es de cualquier manera altamente inteligente y es probablemente una contribución a la conclusión sobre el futuro entendimiento de los beneficios de la red.

⁵⁵ 253 *F.3d* pp. 50, 52, 56, 59, 62.

⁵⁶ El caso Microsoft no es probablemente útil en este análisis porque nunca fue claro en el litigio si el mercado de Navigator y Java fueron excluidos. Tampoco lo fue en los operadores de sistemas y la Corte de Apelaciones rechazó la definición de mercados de *browsers* separados.

La segunda forma de competencia es en la adquisición de establecimientos comerciales que aceptarán las tarjetas. Aquí, nuevamente, los respectivos miembros de las asociaciones compiten contra cada uno de los otros para adquirir un establecimiento comercial particular. American Express y Discover también adquieren establecimientos comerciales para sus redes. Hay competencia sobre la magnitud de los descuentos comerciales: en 1999, los vendedores de American Express descontaron 2.73%; los de Discover, 1.5%; y los de Visa y Master Card en promedio, 2%⁶⁴. Dentro de las asociaciones Visa y Master Card, la magnitud del descuento comercial es determinada por la cuota de intercambio. Así, la cuota de intercambio es una herramienta competitiva entre las asociaciones – comprometiendo al banco a emitir más tarjetas Visa que Master Card, por ejemplo– y un determinante del descuento comercial definitivo. La adquisición de los establecimientos comerciales necesita no ser exclusiva –muchos establecimientos comerciales aceptan las tarjetas de Visa, Master Card y American Express– aunque ciertamente las redes podrían buscar exclusividad haciendo una oferta suficientemente atractiva al establecimiento comercial. Por ejemplo, Costco ha ingresado a un acuerdo para aceptar solamente las tarjetas de crédito y débito de American Express y no aquellas de Visa, Master Card o Discover⁶⁵.

La tercera forma de competencia es entre las mismas redes, por el nivel de la marca de la red donde cada una de las redes por separado promociona los beneficios de sus redes en función de las ganancias del consumidor y de los establecimientos comerciales así como la dedicación de los bancos miembros. Las últimas promociones, tales como “Hay cosas que el dinero no puede comprar; para todo lo demás, existe Master Card” o la de Visa “Está en todas las partes donde tú quieras estar” o su “...y ellos no toman American Express” son ilustrativas del alto nivel de competencia entre las redes. Hay también una importante competencia tecnológica a nivel de red para facilitar los procesos de demanda para las ventajas de los consumidores y de los establecimientos comerciales.

¿Mediante qué vías el Departamento de Justicia encontró la estructura o práctica de esta industria anticompetitiva? Primero, el Departamento demandó que esto era una violación a la Sherman Act por las dos asociaciones, al permitir a los miembros de sus

respectivos Directorios (u otros órganos de gobierno) la emisión de tarjetas de otras asociaciones. Esta es una demanda evidentemente absurda. El Departamento no argumentó que esto fue una violación porque un solo banco era un miembro de ambas asociaciones con autoridad para emitir tarjetas o adquirir la membresía de los establecimientos comerciales para ambas asociaciones. En su lugar, la demanda señaló que las leyes *antitrust* eran violadas cuando pocos bancos que sirven a uno o a otro Directorio emiten tarjetas de asociaciones competidoras.

No obstante lo inusual de la demanda, existe un atisbo de una teoría. La intención principal del Departamento de Justicia parece haber sido que, aunque hubo una sustancial competencia entre Visa y Master Card como redes⁶⁶, existiría más competencia entre ellas si los miembros de los Directorios de las dos asociaciones estuvieran seriamente dedicados a su respectiva asociación, en lugar de estar financieramente en conflicto por ser miembros de ambas.

Debemos dar algún crédito al Departamento por considerar la intención de incrementar la competencia entre redes en una industria que sostiene tal competencia. El problema con la concepción del Departamento aquí, sin embargo, es que esto carece de un entusiasmo, incompleto e inconsistente, con la realidad competitiva de la industria. Primero, el gobierno no parece haber tomado seriamente la teoría del gobierno corporativo. Este no persiguió un remedio riguroso: no buscó requerir a los miembros del Directorio despojarse ellos mismos de los tenedores de tarjetas de otras asociaciones⁶⁷; esto fue sólo lo que preguntó la Corte (en 2001) para emitir una orden requiriendo a los miembros del Directorio a cambiar sus clientes de manera que, en 2003, el 80% del total del volumen de operaciones en dólares de las tarjetas de los bancos fue transado en la red en la que éstos eran directores⁶⁸. Segundo, si confió seriamente en el incremento de la competencia entre las redes de Visa y Master Card y, al mismo tiempo, creyó que la membresía dual limitaba las fuerzas competitivas, debería haber litigado sobre si la membresía dual debería haber sido prohibida en su totalidad, requiriendo a los bancos la elección entre las membresías de las redes de Visa o Master Card. Una demanda de esta naturaleza, sin embargo, habría desafiado a la realidad competitiva⁶⁹. Nuevamente,

⁶⁴ 163 *F.Supp.2d* p. 333. A comienzos de los noventa, American Express fue forzada a reducir sus descuentos comerciales por el descuento de los vendedores minoristas. *Ibid.* p. 76.

⁶⁵ Costco anteriormente tuvo un acuerdo de exclusividad con las tarjetas de Discover.

⁶⁶ Ver TANN. *Op. cit.*

⁶⁷ La venta del total de portafolios de tarjetas de un banco a otro es un común. EVANS y SCHMALENSEE. *Op. cit.* p. 220.

⁶⁸ Durante el juicio, el gobierno cambió su pedido, presentando una solicitud para una prohibición prospectiva de la emisión dual por los miembros del Directorio. 163 *F.Supp.2d* p. 328.

⁶⁹ Esto también habría socavado la segunda demanda del Departamento, que acusó de prácticas anticompetitivas a Visa y Master Card por prohibir a sus miembros la emisión de las tarjetas de American Express y Discover.

como nosotros conocemos por las múltiples solicitudes de tarjetas que recibimos, existe una sustancial competencia entre emisores de tarjetas dentro y entre las dos asociaciones a pesar de la membresía dual. Tal vez por esta razón, el Departamento reconoció que la dualidad en la emisión –bancos emisores de ambas tarjetas– incrementó, y no redujo, la competencia a nivel de los consumidores y también reconoció que Visa y Master Card compitieron fuertemente una contra la otra⁷⁰. Estas concesiones debilitaron intensamente la demanda sobre los problemas de gobierno corporativo.

Finalmente (como prueba de las críticas) el Departamento fue poco hábil para proporcionar cualquier evidencia convincente para sostener que el gobierno dual fue anticompetitivo. La Corte declaró que el Departamento había fracasado en proporcionar cualquier ejemplo creíble de disminución en la competencia entre Visa y Master Card porque su estructura de gobierno y posteriormente que las fuerzas del mercado fueron liderando algunos gobiernos de los bancos para especializarse en las tarjetas de una sola red, haciendo lo propuesto por el gobierno un remedio innecesario⁷¹.

La segunda demanda del Departamento de Justicia en el caso señaló que hubo una violación del Derecho *Antitrust* por parte de Visa y Master Card por separado, al prohibir a sus bancos miembros la emisión de tarjetas de los competidores de las redes de American Express y Discover. Como mencioné, la Corte de Distrito aceptó el argumento, un tema ahora en apelación. El Departamento tuvo éxito en esta demanda de exclusividad, a mi juicio, no por los méritos de su análisis competitivo, sino principalmente por convencer a la Corte a aceptar su definición de mercado en la industria de tarjetas de crédito. El fallo es insostenible y es altamente probable que sea revocado en apelación.

El Departamento señaló que la industria de tarjetas de crédito consiste en dos mercados separados: primero, un mercado para créditos generales y cargos en el pago de las tarjetas, por ejemplo, el mercado en el cual hubo competencia sobre los consumidores y los establecimientos comerciales; y, segundo, un mercado

separado al cual el Departamento denominó “de objetivo general de crédito y cargo por el servicio de la tarjeta de la red”⁷². Este mercado comprende la competencia entre las redes, que son, los varios bancos, y las dos firmas propietarias, American Express y Discover, los cuales proveen el servicio de emisión de tarjetas y la adquisición de membresías de establecimientos comerciales. El gobierno demandó y la Corte aceptó que los miembros de los bancos de Visa y Master Card poseen una única habilidad en la emisión de tarjetas por sus relaciones con los propietarios de los depósitos y/o⁷³ su experiencia en la emisión de las tarjetas Visa y Master Card. Ellos poseen un *expertise* equivalente en la adquisición de establecimientos comerciales basado en su historial⁷⁴. Dado este *expertise* dual, las órdenes de Visa y Master Card que prohíben a sus bancos miembros emitir tarjetas de las redes competidoras tienen el efecto de excluir del mercado la emisión y los servicios de adquisición de American Express y Discover⁷⁵.

No obstante este éxito con la Corte, ésta es una proposición altamente peculiar que no puede ser defendida como una materia de análisis del Derecho *Antitrust*. La proposición posee alguna plausibilidad superficial por dos razones: primero Visa y Master Card son asociaciones de bancos, lo que permitió al Departamento de Justicia dirigir su atención a la separación de un banco miembro de la misma asociación; y, segundo, porque la Corte aceptó un método de análisis de competencia innecesario para el caso. Ver cómo el Departamento explotó la organización de Visa y Master Card como asociaciones supone una estructura corporativa ligeramente diferente en la industria. Imagine que Visa y Master Card no eran asociaciones de bancos, sino propietarias de empresas como American Express y Discover, donde los bancos eran divisiones o ramas de la empresa matriz. Ello supuso que un cambio en la organización corporativa no tendría efectos en el análisis de la competencia entre los cuatro sistemas de tarjetas de crédito a nivel de la red⁷⁶. Pero con este ligero cambio en la forma de organización, la definición del mercado aceptada por la Corte y la

⁷⁰ El Departamento pareció haber reconocido este punto porque la Corte explícitamente lo encontró como punto sin necesidad de discusión. *Ibid.* p. 332.

⁷¹ *Ibid.* pp. 329-329.

⁷² *Ibid.* p. 335.

⁷³ Algunos de los más importantes miembros de Visa y Master Card son los llamados bancos “monolíneas”, empresas con estatuto bancario, pero que existen para emitir tarjetas y no para aceptar los tradicionales depósitos. Ver EVANS y SCHMALENSEE. *Op. cit.* pp. 12-13

⁷⁴ *163 F.Supp.2d* pp. 385-388.

⁷⁵ *Ibid.* pp. 406-407. Hubo una confusión adicional en la opinión de la Corte relacionada a la definición del mercado. La Corte inicialmente definió el mercado de los servicios de la red como consistente de las contribuciones por las coberturas de las organizaciones, Visa y Master Card, para sus respectivas redes, tales como la promoción de la marca, el proceso de transacciones y la popularidad. *Ibid.* pp. 338-339. En su discusión de la violación, sin embargo, los servicios de la red que la Corte encontró que la exclusión de American Express y Discover fue en las actividades individuales de cada banco en la emisión y adquisición de establecimientos comerciales. *Ibid.* pp. 379, 382-399. Esta es una confusión importante porque Visa y Master Card, como empresas, no operaban ellas mismas en el nivel de emisión o adquisición, solamente sus miembros lo hacían. Los miembros de Visa o Master Card individualmente no poseen poder de mercado en la emisión o en la adquisición lo que socava totalmente el análisis efectuado por la Corte.

⁷⁶ En esta hipótesis, la competencia por los consumidores y establecimientos comerciales puede ser disminuida si la empresa matriz restringe la competencia entre sus divisiones, sugiriendo las ventajas de la forma de la asociación.

demanda sobre exclusividad se convierte en ridícula. El mercado “de objetivo general de los servicios de tarjetas de la red” comprende a los mismos competidores. De acuerdo con el Departamento de Justicia y con la Corte, este “mercado” está compuesto por los bancos –los competidores de American Express y Discover– los cuales poseen el *expertise* que American Express y Discover quieren compartir. La demanda básica del Departamento aquí es que Visa y Master Card están excluyendo del mercado a American Express y Discover al no permitirles competir por el acceso a los activos o componentes de Visa y Master Card. Esto es equivalente a una demanda de un fabricante que es excluido de un mercado porque sus fabricantes competidores se niegan a permitir al fabricante demandante usar las plantas de las fábricas competidoras.

¿Cómo llegó la Corte a adoptar tal razonamiento? La Corte aceptó la aproximación del Departamento de Justicia para el análisis de competencia en los casos de la regla de la razón consistente en cuatro pasos distintos: primero, definir el mercado relevante; segundo, determinar si las empresas demandadas poseían poder de mercado en esos mercados; tercero, determinar si las demandadas habían restringido la competencia en los mercados; cuarto, considerar cualquier defensa pro-competitiva. Así, la Corte, primero, aceptó la definición de dos mercados separados propuesta por el Departamento. En segundo lugar, la Corte encontró que Visa y Master Card poseían poder de mercado en ambos mercados. Visa y Master Card desafiaron la definición y el poder de mercado encontrando en el primer mercado, el mercado de objetivo general de las tarjetas, razonamientos que indicaban que el mercado debería ser definido incluyendo a los cheques, al dinero en efectivo y a las tarjetas de débito los cuales habrían reducido enormemente la cuota de mercado de Visa y Master Card. La Corte rechazó su argumento⁷⁷, pero la búsqueda fue importante porque la Corte reconoció la competencia sustancial por los consumidores en la emisión de las tarjetas en lugar de la posesión del poder de mercado. La objeción de los demandados sobre la definición del mercado de los servicios de las tarjetas de la red no parece haber tenido ninguna acogida en la Corte⁷⁸. Ellos pudieron haber sostenido fehacientemente que no poseían poder de mercado en ese mercado; ellos eran el mercado. La Corte entonces encontró restricciones y desestimó las defensas pro-competitivas.

Estos cuatro pasos del análisis de la regla de la razón han llegado a ser una caldera blindada, aunque esto sea totalmente innecesario y configure un diseño patológico para un caso de esta naturaleza. Su postura significa

que el caso estuvo encausado considerablemente una vez que la definición del Departamento fue aceptada. En el fondo, el problema con respecto a las provisiones de exclusividad relacionó la competencia entre las cuatro redes. La pregunta principal fue ¿la competencia entre esas redes será mayor o menor si se permite a American Express y a Discover cerrar acuerdos con los bancos miembros de Visa y Master Card para emitir tarjetas de American Express o Discover? Para analizar esta pregunta, no se necesita la definición del mercado o la medida del poder de mercado.

En periodos iniciales, la definición del mercado y la medida del poder de mercado fueron utilizados solamente en los casos de fusiones. Allí la última pregunta siempre es si la fusión de dos empresas competidoras en el mismo mercado incrementará el poder de mercado para levantar sospechas de un precio oligopólico. Obviamente, es necesario para tal evaluación definir el mercado relevante y también es necesario para medir el poder de mercado porque la decisión de permitir o no permitir la fusión está hecha sobre la base de algunas intuiciones de la relación entre el poder de mercado (tamaño) y las prácticas oligopólicas.

La definición de mercado y el análisis de medición del poder de mercado fueron introducidos en la Sección 1 de la Sherman Act en los casos de la regla de la razón, no porque esto fuera necesario para el análisis de competencia o de las prácticas en cuestión, sino como una profiláctica contra las condenas judiciales infundadas de las prácticas pro-competitivas en el mercado. Mi profesor Ronald Coase solía destacar que la mayoría de las normas *antitrust* habían sido desarrolladas por economistas y abogados quienes, sobre la observación de prácticas industriales que ellos no entendían, concluyeron que éstas eran anticompetitivas (esto fue antes de los ochentas). La contribución de la definición de mercado y poder de mercado en los casos de la regla de la razón ha sido desestimada en las demandas donde no hay una demostración de que el demandado posea poder de mercado, un fin útil, aunque lo logró a través de medios muy crudos. La última pregunta es ¿cómo la práctica afecta la competencia?

En este caso, la demanda sobre que American Express y Discover han sido excluidos del mercado de emisión de tarjetas y en la adquisición de servicios de establecimientos comerciales es insostenible. Primero, American Express ejecuta su propio sistema de emisión y su propia adquisición de servicios de establecimientos comerciales. La misma Corte, reconoció que American Express fue el emisor más importante en el país⁷⁹.

⁷⁷ Ibid. pp. 335-338.

⁷⁸ Ver la ausencia de discusión de un argumento rebatible. Ibid. pp. 338-339. Note, nuevamente, la confusión de la Corte sobre el contenido del mercado de servicios de la red.

Además, aunque la Corte no hizo referencia a este punto, los miembros de Visa y American Express, en los últimos años, han contratado con establecimientos comerciales de terceras empresas independientes⁸⁰. Así, mientras es seguramente cierto que las reglas de exclusividad niegan a American Express y a Discover el libre acceso a los bancos miembros –“sus competidores”– en la emisión y adquisición del *expertise*, no hay una demanda plausible sobre las reglas de negativa de acceso a la emisión o a la adquisición de servicios.

Segundo, aquí no hay una exclusión real en el sentido de la existencia de algunos obstáculos artificiales que impiden a American Express y Discover obtener los servicios de bancos que poseen emisión o adquisición de servicios. Aun si uno aceptara la dudosa definición de mercado constituida por los miembros de las asociaciones competidoras, American Express y Discover no son negadas al acceso a ellos. Ciertamente es que, una vez que un banco se enlista como miembro de Visa o Master Card, el acceso a American Express y a Discover es negado. Pero no existe una negativa de acceso antes que el banco se enliste como miembro. American Express y Discover no están impedidas de convencer al banco de abandonar las redes de Visa o Master Card para unirse a las redes competidoras de American Express y Discover.

En su discusión sobre la demanda de exclusión, la Corte dio varios ejemplos de bancos que habían sido abordados por American Express o Discover, reclamando que ellos desearon emitir tarjetas de American Express o Discover, pero declinaron una vez que apreciaron que sus contratos con Visa y Master Card serían resueltos por la violación de las cláusulas de exclusividad. Por ejemplo, la Corte encontró como evidencia de la exclusión, la negativa de Bank One a unirse a la red de American Express: “Bank One reconoció, sin embargo, que cualquier acuerdo de emisión de tarjetas con American Express resultaría en los inaceptables altos costos que el banco incurriría (Visa y Master Card) en su membresía de la asociación”⁸¹. Pero este no es un ejemplo de exclusión

como una violación al Derecho *Antitrust*; esta es “exclusión” porque genera una desventaja competitiva. Entre la oferta de Visa y Master Card y la oferta de American Express, Bank One escogió Visa y Master Card. El rechazo a American Express es el resultado de la competencia por méritos. Esto es antitético con el objetivo básico del Derecho *Antitrust* demanda que cuando una institución escoge unirse a una u otra red competidora, la red rechazada ha sido ilegalmente excluida por los servicios de la institución.

Las reglas de exclusividad en las estipulaciones de Visa y Master Card son, en esencia, deberes de confianza que obligan a los bancos miembros a ser fieles y a promocionar la red de la cual éstos son miembros mientras toman ventajas de los servicios de su red. Como lo mencioné, Visa y Master Card son principalmente caparazones de negocio que sirven para administrar y promover sus respectivas redes. Al respecto, ellos se parecen a los franquiciantes como organizaciones que desarrollan y promueven una franquicia, pero no proporcionan sustanciales servicios de franquicia ellos mismos⁸². Los deberes de fidelidad son muy comunes en los contratos de franquicia; de hecho, estos deberes se encuentran por todas partes. Por ejemplo, la franquicia de Burger King exige que su franquiciado, durante la vigencia de la franquicia “no puede ser propietario, operador o tener cualquier interés en alguna marca nacional o regional de comida rápida de hamburguesas”⁸³. De manera similar MAACO, la franquicia de pinturas para auto, estipula en sus contratos de franquicia: “No dedicarán su tiempo completo ni energía a operar el Centro. No se desviarán en cualquier negocio o en cualquier consumidor de algún competidor...”⁸⁴. Los contratos de franquicia de Merle Norman Cosmetic estipulan “No podrán vender cualquier mercadería que MNC ha determinado como inconsistente con la imagen de Merle Norman Studios o que pueda confundir al público con su origen o calidad o que permita a otras marcas estar sobre su nombre o sobre la reputación de MNC”⁸⁵. De hecho, de los 150 contratos de franquicia disponibles en la agencia de franquicias⁸⁶,

⁷⁹ Ibid. p. 333. La Corte ignoró este punto en la discusión de exclusividad. Es apropiada la comparación de American Express con los bancos miembros individuales, en vez de compararla con toda la asociación, porque son los bancos miembros los que poseen el *expertise* de la emisión y adquisición. El Departamento de Justicia aceptó que la medición del poder de mercado de Visa y Master Card en el agregado, pero el *expertise* que fue sostenido, ha sido excluido es poseído a nivel individual de los bancos.

⁸⁰ EVANS y SCHMALENSSE. Op. cit. p. 134. De hecho, aunque la Corte no se dirigió a estos hechos, muchas terceras partes adquirieron servicios de establecimientos comerciales de todas las redes. Así, el fallo de exclusividad en la adquisición de servicios llega a ser menos sostenible.

⁸¹ 163 F.Supp.2d p. 385. La Corte da muchos otros ejemplos de este mismo punto: “Advanta no creyó que podía abandonar a Visa y Master Card para emitir las tarjetas de American Express”. Ibid. p. 384; “Aunque First USA hubiera querido emitir las tarjetas de Discover, no lo habría hecho por miedo a perder la licencia de emitir tarjetas de Visa y Master Card”. Ibid. p. 387.

⁸² Ellos son diferentes de las franquicias, por supuesto, porque ellos administran las operaciones de las redes, intercambian cuotas para maximizar el éxito de las redes, ver EVANS, David. “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets”. AEL-Brookings Joint Center Publication pp. 2-13, invierten fuertemente en la implementación de la red con capacidad tecnológica, y son cooperativas, no corporaciones separadas.

⁸³ Información obtenida de FRANData, NBC Franchise Services (un contrato de franquicia *collection agency*). p. 7 (2002).

⁸⁴ Ibid. p. 1.

⁸⁵ Ibid. p. 6.

⁸⁶ Ibid.

142 contienen estipulaciones sobre deberes de fidelidad de esta naturaleza. Estas cláusulas de fidelidad parecen ser adoptadas universalmente: 1) por empresas en industrias que son altamente competitivas –tales como las de comida rápida: Burger King, McDonald's, Blimpie, Hardee's, Chick-Fil-A, Taco Bell, Domino's Pizza, Church's Fried Chicken, Wendy's, Pizza Hut, y Long John Silver⁸⁷ –así como 2) por empresas muy distintas de las industrias que no pueden ser tomadas como poseedoras de poder de mercado en ninguna magnitud –tales como Curves for Women (centro de estética); Red, Hot and Blue Bar-B-Que; Wicks 'n' Sticks (regalos y sorpresas); Great Clips (cuidado de cabello); Togo's Eatery (tienda de sandwich); Stanley Steemer (limpieza de alfombras)⁸⁸, entre muchas otras; y proporcionan una fuerte evidencia de que estas cláusulas sirven para incrementar la competencia de la franquicia.

Y existen razones intuitivas para entender su función económica. Las cláusulas sobre deberes de fidelidad sirven para alinear los incentivos del franquiciado con aquellos de todos los otros franquiciados y más estrechamente con aquellos del franquiciante. Todas las partes deben dedicar sus energías a incrementar el atractivo del producto o servicio franquiciado, y no aquel de los competidores. Estas cláusulas son necesarias en contextos particulares –tales como las franquicias– donde existe una separación entre el propietario de la empresa y el administrador del negocio, el franquiciante, desde las empresas franquiciadas, provee el producto o servicio. Contrariamente a una empresa particular con múltiples ramas, un franquiciante no puede por otro lado compeler la independencia de sus franquiciados para servir a los fines del proyecto de la franquicia. Esta es la razón por la que tales provisiones se encuentran en todas partes y en diversos contextos comerciales. Interesantemente, pero no sorpresivamente –un hecho aparentemente desconocido por la Corte– los contratos de franquicia del servicio de viajes de American Express estipulan: “Tú no puedes ser miembro en asociaciones con cualquier organización o consorcio que compita con negocios de viajes de American Express o programas representativos”⁸⁹.

No hay razones para pensar que la industria de tarjetas de crédito es sustancialmente diferente en este aspecto. Tal como en una típica franquicia, los bancos miembros de Visa y Master Card son independientes de los otros así como de las mismas organizaciones Visa y Master Card, excepto como miembros individuales. Por tal

razón, como en el contexto de la franquicia, los incentivos en conflicto probablemente generan que uno u otro banco pueda actuar buscando sus beneficios y en detrimento de otros bancos miembros o de las organizaciones Visa y Master Card. Las restricciones de fidelidad de Visa y Master Card sirven para restringir este conflicto y para alinear los incentivos de los bancos miembros con aquellos de los otros miembros y de toda la organización. Al respecto, estas disposiciones maximizan la competencia con las redes de American Express y Discover.

Es una pregunta interesante por qué, si dichas disposiciones mejoran la competencia, Visa y Master Card no las invocan entre ellas, es decir, por qué se les permite a los bancos llegar a ser miembros de ambas asociaciones. La respuesta es histórica. Como expliqué líneas arriba, en su origen, Visa implementó una cláusula con un deber de fidelidad prohibiendo a sus miembros la unión con la red de Master Card. Como mencioné, un miembro cuestionó tal prohibición; no recibiendo apoyo del Departamento de Justicia, Visa lo descartó⁹⁰. La dualidad tanto en la emisión como en el gobierno continuó y, como ha sido discutido, la sustancial competencia entre las asociaciones siguió. Esto mantiene la interesante pregunta de si la competencia puede ser aún implementada si las asociaciones Visa y Master Card volvieron a ser exclusivas nuevamente, aunque éste no fue un problema que el Departamento llevó a la Corte.

El remedio que el Departamento buscó, sin embargo, no fue solicitar que los bancos de Visa y Master Card puedan emitir tarjetas de American Express y Discover. Por el remedio del Departamento, y por el remedio adoptado por la Corte, American Express y Discover pudieron seleccionar con cual banco miembro querían asociarse. Ello sugiere exactamente que el problema por el que las prescripciones de lealtad fueron diseñadas para enfrentar: el supuesto de American Express seleccionando uno o algunos de los bancos con los cuales afiliarse excluyendo otros bancos miembros dañando tanto a aquellos bancos con los que no se afiliaba como a las organizaciones de Visa y Master Card. La experiencia de un banco miembro de Visa o de Master Card no genera frutos simplemente por los esfuerzos del banco, sino por los esfuerzos de la totalidad de la red, que incluye a otros bancos miembros y también a la organización. De permitir la afiliación a American Express o a Discover, éstas tendrían la oportunidad de acceder a tales beneficios sin tener que hacer inversión alguna para recibirlos.

⁸⁷ FRANdata. pp. 3, 6, 7, 10, 12, 14, 20, 30, 34.

⁸⁸ Ibid. pp. 1, 2, 5, 14, 20, 22.

⁸⁹ Ibid. p. 19.

⁹⁰ Ver textos y notas previas al presente artículo.

¿Qué intentó conseguir el Departamento de Justicia? Nuevamente, el Departamento descuidó el contexto de la red en la industria. Las cláusulas de deberes de lealtad incrementaron la competencia entre redes –la competencia entre Visa y Master Card contra American Express y Discover. Esta es la razón por la cual la decisión de la Corte de Distrito que calificó tales cláusulas como práctica ilegal podría no ser confirmada en la apelación. Lo establecido sobre una definición del mercado y la evaluación de los beneficios competitivos relativos de las restricciones de fidelidad no son sostenibles. ¿Es remotamente plausible concluir que las cláusulas sobre deberes de fidelidad en los contratos de franquicia descritos líneas arriba violan las disposiciones de la Sherman Act? ¿Podemos imaginar procesos bajo el ámbito de la Sherman Act por denuncias a Blimpie o Wicks'n' Sticks o Red, Hot and Blue Bar-B-Que porque éstos requieren en sus franquicias fidelidad a su marca?

C. Ignorando la red en el caso American Airlines

El tercero de los casos representativos contra las empresas pertenecientes a una industria de red que inició el Departamento de Justicia de Clinton fue el de American Airlines⁹¹. Aquí, el Departamento perdió el caso no porque tuviera una inadecuada concepción de la competencia de red ni tampoco por su teoría que fue internamente inconsistente, sino porque éste ignoró el carácter de red de la totalidad de la industria aérea. El Departamento contextualizó el caso como un simple problema de precios predatorios: American tuvo un nivel de tarifas estable, cuando otras empresas más pequeñas entraron a competir en varias rutas con tarifas sustancialmente menores, American redujo sus tarifas, eliminó a los competidores; luego American incrementó sus tarifas, fin del caso. Para el Departamento, esta práctica fue predatoria; los consumidores fueron dañados por el retorno de tarifas más altas y por la amenaza que la práctica estableció para impedir a las otras empresas entrar a competir con American en otras rutas.

Sin embargo, el punto débil de la teoría del gobierno fue que la conducta de precios natural en una industria de red, tal como la industria de aerolíneas, debe ser analizada de forma distinta de los estándares de los precios predatorios. La teoría del gobierno ignoró totalmente la existencia de la red de rutas de American Airlines en contraste de las limitadas rutas entre determinadas ciudades que ofrecían las pequeñas empresas competidoras. El fracaso de considerar el contexto de red de las prácticas de American generó la derrota del Gobierno en la Corte de Distrito y

probablemente generará un futuro fracaso en la instancia apelatoria. En efecto, si el contexto de precio competitivo es considerado entre aquellas aerolíneas que operan redes y aquellas que no (las que cobraban tarifas más bajas), entonces el caso nunca debió haberse ni siquiera iniciado.

Como en todo caso de precios predatorios, el gobierno hizo frente a dos dificultades probatorias: primero, probar que dada una práctica de precios, los retornos ganados por la empresa demandada fueron menores que sus costos de operación; y, segundo, establecer un motivo racional de la empresa demandada para aceptar pérdidas por precios de esta manera: mostrando que la empresa predatoria estaba habilitada para recuperar tales pérdidas después de que las empresas competidoras salieran del mercado⁹². La Corte de Distrito señaló que el Gobierno había fracasado en establecer ambos puntos, rechazando la medición de costos y ganancias del Gobierno y no encontrando evidencia que soporte la potencial recuperación. El Gobierno necesariamente falló aquí – la consecuencia de su descuido en considerar el carácter de red de la industria– por la diferencia entre sus estimados de costos y ganancias y los estimados propuestos por American que consideraron íntegramente los costos de operación de American y los costos de mantenimiento de la red.

Nuevamente, esto es útil para esbozar la naturaleza de la competencia en la industria aérea. Desde que se implementaron las políticas generales de desregulación de las aerolíneas, gran parte del mercado aéreo en los Estados Unidos ha evolucionado sus rutas desde el centro de todo su sistema⁹³. Varias aerolíneas nacionales han establecido rutas en ciudades que generan un tráfico sustancial o son de otra manera centralmente localizadas. El tráfico hacia o desde las más grandes ciudades –por ejemplo Nueva York o Los Ángeles– es suficiente para mantener rutas para más de una línea aérea. Las rutas, entonces, proveen servicios conectando juntas un número de grandes y pequeñas ciudades a través de una serie de grandes y pequeñas capacidades de radio. La práctica básica para el sistema es que, aunque puede ser solamente un pequeño número de pasajeros el que en cualquier momento desea viajar entre dos ciudades al final del radio de alcance, éstos pueden ser unidos en la ruta con pasajeros de otras ciudades dentro del radio para poder mantener una mayor frecuencia del servicio en las ciudades dentro del radio más pequeñas. Existe una sustancial competencia entre las aerolíneas aéreas por

⁹¹ *United States v. AMR Corp.*, 140 F.Supp.2d 1141 (D.Kan. 2001).

⁹² Este es el estándar establecido en *Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed. 168 (1993).

⁹³ Conversaciones con Michel E. Levine han incrementado vastamente mi entendimiento de esta industria. Ver LEVINE, Michel. "Airline Competition in Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy and Public Policy". En: *Yale Journal of Regulation* No. 4. 1987. p. 393.

la mayoría de ciudades dentro del radio en sus redes, aunque el nivel de competencia entre las aerolíneas nacionales en rutas proveen escalas en ciudades más pequeñas –por ejemplo, una aerolínea puede ofrecer vuelos frecuentes; otra, ofrece mucho menos frecuencia. Sin embargo, algunas de las ciudades pequeñas que cuentan con porcentaje relativamente pequeño del total del tráfico son conectadas solamente por uno o dos centros de la red. Además de esta competencia de las redes por las rutas con tráfico denso, la mayoría de las aerolíneas nacionales también enfrentan la competencia de empresas con costos más baratos que operan algunos vuelos en rutas con tráfico elevado y otros vuelos entre dos ciudades específicas⁹⁴.

La moderna industria aérea, así, puede ser considerada como contexto de un grupo de redes competidoras que incluye además un grupo de aerolíneas que no pertenecen a ninguna red pero que también compiten en un mercado de mayor tráfico. Cada una de las aerolíneas nacionales se especializa en proporcionar servicios sobre un grupo específico de ciudades, colocando sus centros en aquellas ciudades que generen un tráfico mayor o estén mejor localizadas para efectuar la conexión con otras ciudades haciendo de su sistema uno más amplio⁹⁵. Existe una competencia sustancial entre esas redes sobre rutas de ciudades que abarcan un gran porcentaje del total del mercado donde el centro de las redes se ubica; pero menos competencia sobre otras rutas importantes para mantener la red aérea⁹⁶. Los operadores de menores costos⁹⁷ proveen el servicio en viajes restringiéndose a vuelos entre dos ciudades intentando ofrecer el servicio con cuidado. Tienen rutas de dos ciudades.

Como se describió anteriormente, el gobierno presentó dos demandas contra American: primero, que las prácticas de American para enfrentar las tarifas de los

operadores de menores costos e incrementar su capacidad en siete rutas fueron predatorias; segundo, que la estrategia para enfrentarse en las siete rutas estableció un precedente que había desbaratado los planes de entrada de los operadores de menores costos en otras cuarenta rutas. El caso fue resuelto en un juicio sumario. Tanto el Departamento de Justicia como American presentaron reportes elaborados por expertos que relacionaron los costos y las ganancias de las siete rutas. El Departamento de Justicia, usando una medición interna americana denominada FAUDNC – *Fully Allocated Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*– pretendió demostrar que las ganancias generadas por las tarifas de American comparadas con sus costos eran negativas en esas rutas. American presentó una medición de costos alternativa denominada VAUDNC –*Variable Earnings plus Upline/Downline Contribution Net of Costs*– que de hecho fue la medida apropiada; ésta mostró ganancias netas positivas para cada una de las rutas⁹⁸. El resultado del caso, por tanto, se dirigió a determinar cuál era la medición correcta para evaluar si American había desarrollado una práctica predatoria con sus precios, si la medición de costos planteada por el gobierno o la planteada por American.

De acuerdo con la Corte, la principal diferencia entre estas dos mediciones era que la medición del gobierno incluía una distribución de los costos de la red: los gastos de operación generales incurridos en la gestión de la aerolínea, particularmente uno referido al centro y radio de la red, no habían sido manejados (...) para operar o no operar un vuelo particular o una ruta. Ejemplos de este tipo de gastos en los que American incurrió incluían al despacho, a las oficinas de venta de pasajes, ciertas estaciones de gastos, una parte de los pagos a los pilotos y otros costos laborales, ciertos gastos de mantenimiento, la academia de pilotos de

⁹⁴ Como ejemplo de la competencia en el sistema, en octubre de 2002, los vuelos disponibles de tres aeropuertos de Nueva York (La Guardia, Kennedy y Newark) con destino a Los Ángeles fueron los siguientes: las empresas nacionales dominaban el servicio: American ofrecía 14 vuelos sin escala; United, 13; y Continental, 12. Hubo menos servicio por otras empresas nacionales: Delta ofreció 6 vuelos sin escala; Northwest, 1. Varias de las empresas con bajos costos ofrecían servicios sin escala; America West ofreció 3 vuelos, Spirit, 2; National, 2; Trans States, 1; y Trans Air, 1. Hubo aparte un servicio sin escala desde Nueva York hacia los cercanos aeropuertos de Long Beach y Ontario: American ofreció 2 vuelos a Long Beach y 1 a Ontario; la empresa de menores costos, Jet Blue, ofreció 6 vuelos a Long Beach y 1 a Ontario. Asimismo, Continental ofreció 3 vuelos sin escala de Nueva York a Orange County; American, Delta y United sólo 1. American también ofreció 40 vuelos conectados desde Nueva York hacia Los Ángeles a través de sus centros de operación en Dallas y Chicago. Datos extraídos de "North American Executive Flight Guide". Octubre 2002. pp. 413-414, 451.

⁹⁵ Por ejemplo, la Corte en el caso de American Airlines señaló que, en el tercer cuarto del año 2000, American ofreció servicios sin escala desde su centro en Dallas hacia 79 ciudades de destino con 467 vuelos diarios y 40 destinos adicionales con 237 vuelos diarios a través de su línea afiliada American Eagle. *U.S. v. AMR Corp.*, 140 F.Supp. 2d 1141, 1147 (D.Kan. 2001). En octubre de 2002, American voló sin escala a 82 ciudades de Estados Unidos, a 19 ciudades en Sudamérica y el Caribe y a otras 13 ciudades internacionales. Dato derivado de "North American Executive Flight Guide". Octubre 2002. pp. 158-171.

⁹⁶ Por ejemplo, un pasajero que desea viajar de Portland-Maine hacia Saint Louis-Missouri puede obtener razonablemente una frecuencia (de 2 a 5 salidas por día) de servicio con escala por parte de cada una de las seis redes de aerolíneas más importantes a través de varias ciudades conectadas: American, a través de Boston, Chicago, Cincinnati, o Nueva York; Continental, a través de Albany o Nueva York; Delta, a través de Atlanta o Cincinnati; Northwest, a través de Detroit; United, a través de Chicago; y US Air, a través de Detroit, Philadelphia, Pittsburgh o Washington. A diferencia de estos vuelos, los operadores de costos bajos proveen competencia segmentada. Así, Southwest ofrece el servicio entre Chicago, Detroit y Washington a Saint Louis. Tomado de "North American Executive Flight Guide". Diciembre 2002. Este ejemplo fue sugerido por Michael Levine.

⁹⁷ Southwest es un operador de costos bajos, pero ha establecido un importante centro en Baltimore que de alguna manera es comparable con los centros de las aerolíneas nacionales. Por ejemplo, Southwest no incurre en costos para facilitar conexiones a sus pasajeros; los pasajeros pueden hacer conexiones a un precio menor pero mucho menos conveniente que aquellas conexiones que son proporcionadas por las aerolíneas de redes. Podemos calificar a Southwest como un operador que funciona en una casi-red.

⁹⁸ 140 F.Supp.2d pp. 1202-1203.

American, el mantenimiento del simulador de vuelos, las inversiones gerenciales y otros sistemas computarizados, y ventas y publicidad⁹⁹.

La Corte aceptó que el estándar para evaluar si los precios establecidos por una empresa eran o no predatorios estaba determinado en caso éstos estuvieran por debajo del promedio de sus costos variables y encontró que la medición de ganancias de American, en lugar de la del gobierno, era más estrictamente aproximada al costo variable estándar. La Corte también sostuvo que la intención por la cual American compitió con los operadores de menores costos no debería ser penalizada. La Corte enfatizó que American sólo había enfrentado las tarifas más bajas¹⁰⁰. El gobierno demandó que, además, American había incrementado su capacidad en esas rutas, pero la Corte no creyó que tal incremento de capacidad debiera ser considerado como una violación al Derecho *Antitrust*¹⁰¹. La Corte desestimó sumariamente la teoría de la amenaza competitiva del gobierno¹⁰².

¿Qué hacer con el caso del Departamento de Justicia? La práctica de American de enfrentar las tarifas de los operadores de costos más bajos hasta que éstos salieran del mercado tiene de alguna manera la apariencia de las prácticas clásicas de precios predatorios. Sin embargo, la semejanza desaparece cuando es considerado el carácter de red de la industria. Como muchas otras redes, la red de líneas aéreas requiere tanto de una sustancial inversión inicial como de continuas inversiones y gastos de operación comunes en las redes para atender su mantenimiento. Estos costos no pueden ser específicamente atribuidos o imputados a la provisión del servicio sobre cualquier ruta particular de la red. Las redes de líneas aéreas tienen dos formas de restringir su capacidad. En un nivel más bajo, cuando un avión es destinado a una ruta en un momento particular, la aerolínea tiene sustanciales incentivos para llenar los asientos toda vez que cualquier asiento vacío representa una pérdida en la ganancia marginal¹⁰³. Esta coacción explica la plétora de tarifas promocionales, especialmente las tarifas de último minuto, ahora disponibles en Internet.

La segunda restricción de capacidad está relacionada con la operación de la red como un todo. La línea aérea deseará definir su red así que, sobre la carrera, ésta

genera suficientes viajes agregados para mantener la integridad del sistema. Así, ésta puede determinar a qué ciudades puede ampliar sus vuelos y el número y tamaño de sus vuelos por aquellos radios que generarán el tráfico suficiente para mantener la red.

La línea aérea debe incluir en su tarifa el agregado de su estructura distribuyendo los costos comunes de la red, por supuesto, incrementado los costos de operación de sus vuelos en cada radio. Ya que los pasajeros con distintos itinerarios son acomodados en cada vuelo dentro del radio, incluso la mayoría de los costos incrementales no pueden ser estrictamente atribuidos a una ruta específica de dos ciudades. Estos costos comunes de las redes fueron incluidos en la medición FAUDNC del gobierno, la cual incorporó el 97% o 98% del total de costos de American, pero no fueron incluidos en la medición VAUDNC de American, la cual incorporó sólo el 72% del total de costos¹⁰⁴. La Corte presentó otra descripción de esa diferencia. La medición FAUDNC incluyó "gastos fijos para el mantenimiento de las facilidades de American (...) incluyendo renta, sistemas de cómputo, comunicaciones y facilidades esenciales (...) [y] limpieza exterior". Además, los gastos de American relacionados a su sistema consistían en un amplio rango de actividades que requería la operación de una gran compañía aérea tal como sus centros de operaciones y su radio. Ello incluía gastos gerenciales, de supervisión y de tipo administrativo asociados con el espacio de sus aviones de carga... así como con el servicio de atención al cliente. Además, esta categoría incluye funciones tales como oficinas de marketing y ventas, capacidad de planeamiento, comunicaciones corporativas, gastos y producción gerenciales, operación de los vuelos y seguridad, diseño de las cabinas y organización de su tripulación. La publicidad para los pasajeros es también parte de esta categoría¹⁰⁵.

La Corte creyó que American distribuyó estos costos comunes de la red arbitrariamente sobre rutas¹⁰⁶, pero esto es altamente improbable. Uno imaginaria que la determinación de las tarifas de American podría representar algún esfuerzo para lograr una restricción de la competencia, sin embargo, los precios Ramsey con el componente de la red distribuyen los costos como una manera de minimizar el declive de la curva de su demanda¹⁰⁷.

⁹⁹ *Ibid.* p. 1176.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 1207.

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² *Ibid.* pp. 1215-1218.

¹⁰³ Obviamente, se puede ajustar el tamaño de los aviones que son destinados a una ruta y el número de vuelos por día, el sometimiento de la capacidad de la red fue discutido anteriormente. Una vez que la aerolínea ha destinado el vuelo, ésta tiene todos los incentivos para llenar el avión mediante precios agresivos.

¹⁰⁴ 140 *F.Supp.2d* pp. 1174, 1176

¹⁰⁵ *Ibid.* pp. 1176-77.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 1176.

¹⁰⁷ Para una interesante discusión de este problema y de los efectos del bienestar general de la distribución de costos en un sistema de servicios complejos ver LEVINE, Michael. "Price Discrimination Without Market Power". En: *Journal Law of Regulation* No. 19. 2002. p. 1

La práctica de precios de American en respuesta a los operadores de costos más bajos, así, debe ser vista desde una perspectiva diferente. American respondió a las tarifas más baratas cambiando la recuperación de sus costos comunes de red para otras rutas lejanas de las rutas en las cuales ésta fue restringida de recobrarlas debido a la competencia de los operadores de costos más bajos. Ello se hizo en orden a mantener el suficiente volumen de pasajeros y contribuir a los costos comunes de mantenimiento de su más amplia red. Como ha sido mencionado, la Corte encontró que, dejando de lado los costos generales de la red, las ganancias netas de American en las rutas competitivas arrojaban como resultado un rendimiento positivo¹⁰⁸. Después de que los operadores de costos menores salieron del mercado, American redistribuyó los costos generales de su red tal como habían estado distribuidos en un momento previo al inicio de la competencia.

Existen varias inferencias disponibles de esta historia con el propósito de evaluar los efectos del bienestar social. Primero, aparece como principal diferencia entre las tarifas pre-competitivas de American y las tarifas de los operadores de costos menores el costo general de la red en el que tiene que incurrir American, costo en el que precisamente no incurren los operadores de costos menores toda vez que éstos no proveen sus servicios a través de una red¹⁰⁹. La red de American provee valor a sus consumidores, sin embargo, como queda reflejado en el hecho que, a tarifas equivalentes los consumidores prefieren volar en la red de American, en lugar de quedarse con las aerolíneas de menor costo, que salieron del mercado. Esta historia también sugiere que, antes que American también reduzca sus tarifas, los operadores de costos menores fueron esencialmente unos *free riders* de la red de American. Sus consumidores fueron tomando ventaja de las menores tarifas que ellos ofrecían aprovechando los radios de la red de American, y fueron usando la red de American para el resto de sus viajes. Con tarifas equivalentes, tales consumidores prefirieron concentrar sus viajes en la red de aerolíneas que podía satisfacer más sus necesidades de viaje. De otra manera, los consumidores habrían sido indiferentes entre American y los operadores de costos menores después que American bajó sus tarifas. Tarifas bajas en una ruta entre dos ciudades específicas pueden solamente mantenerse en competencia con una red si existen suficientes viajes entre estas ciudades no relacionados al acceso a la red de American. El incremento de la capacidad de American fue una respuesta al incremento del tráfico

por las tarifas más bajas y no precisamente por un ánimo predatorio, tal como la Corte lo sostuvo. El hecho que American subiera sus tarifas nuevamente después del fracaso de los operadores de costos menores representa solamente una redistribución de los costos generales de la red en esas rutas, totalmente apropiada ya que la existencia de la red beneficia a todas las rutas en el sistema.

Como mencioné, la Corte hizo énfasis en que American había solamente enfrentado, sin ánimo predatorio, las tarifas de los operadores de menores costos. Si nosotros creemos que existen beneficios al consumidor de la reducción de las tarifas para el mantenimiento de la red, ¿hay razón alguna para limitar esa reducción que solamente enfrentó tarifas más bajas, como opuesto a simplemente recortar las tarifas? Si uno está totalmente seguro de la existencia de beneficios positivos provenientes de la existencia de la red, los precios más bajos forzarían a los operadores de menores costos a salir más rápido del mercado, y eso puede ser beneficioso¹¹⁰. Una regla legal que restrinja a las empresas de redes a solamente enfrentar tarifas, sin embargo, puede ser útil en el establecimiento de un *test* de mercado para determinar el valor de la red para los consumidores. Con tarifas iguales, los pasajeros cambiaron a los operadores de menores costos por American en suficiente volumen para generar que los primeros se vayan del mercado. Este cambio, nuevamente, demuestra la existencia de beneficios para los consumidores de la red de American. Si American tuvo que reducir las tarifas de los operadores de menores costos, el beneficio puro de la red no hubiera sido tan evidente.

Nuevamente, por ignorar que las prácticas de American fueron desarrolladas en el contexto de una red, el Departamento de Justicia hizo un mal diagnóstico de los efectos en el bienestar de los consumidores generados por las tarifas competidoras de Dallas en su integridad. El mal diagnóstico generó que la posición del Departamento fuera desesperadamente impráctica. Si bien es verdad, como un tema de doctrina, que no existe defensa de equiparar la competencia en los casos de la Sección 2, la defensa de equiparar a la competencia es defendible bajo el mero sentido común. Como la Corte preguntó, ¿no es natural esperar que una empresa enfrente un nuevo competidor a través de su precio? El cargo por amenaza competitiva presentado por el Departamento fue igualmente impráctico. Esta dificultad de ver qué fue añadido en

¹⁰⁸ 140 F.Supp.2d p. 1175.

¹⁰⁹ Michael E. Levine me informó que los operadores de costos más bajos tienen menores costos laborales por la ausencia de sindicalización. Así, American debe lograr otras eficiencias en su operación para estar habilitada a enfrentar las tarifas y obtener un rendimiento positivo.

¹¹⁰ Este punto es similar a la política de prohibición de entrada en redes reguladas.

¹¹¹ La demanda del Departamento sobre la estructura del gobierno corporativo de Visa y Master Card fue insignificante.

el caso para sostener que las prácticas ilegales de American en las rutas de Dallas constituían una amenaza que restringía la entrada a otras rutas. Si el Departamento hubiera tenido éxito en probar la ilegalidad con respecto a las prácticas de Dallas, American hubiera sido forzado a detenerlas. Cualquier amenaza futura desaparecería. Pareciera que la ambición de la teoría de la amenaza competitiva del Departamento fue proporcionar una causa privada de acción para los operadores de menores costos los cuales nunca entraron en competencia con American, este fue el objetivo fuertemente defendido por el Departamento.

III. CONCLUSIÓN: EL EXPEDIENTE DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE CLINTON REVISADO

Las demandas en estos tres casos contra empresas de redes por el Departamento de Justicia de Clinton, por supuesto, requirió la inversión de importantes recursos del estado e implicó importantes gastos en defensa por parte de las empresas demandadas. Es lamentable que hayan sido muy pocos los aspectos positivos mostrados por este esfuerzo. Los fracasos se derivan, a mi juicio, de una inadecuada consideración del Departamento sobre los beneficios prácticos de la operación de las respectivas redes.

En el caso Microsoft, el Departamento hizo frente a una red de sistema operativo y reconoció que había alcanzado el estatus de un monopolio natural, sin basarse en prácticas de restricciones artificiales. A pesar de que resultaba claro que el monopolio se generó a partir de la estandarización generada por los beneficios de la red, el Departamento solicitó una reestructuración de la empresa para estimular el desarrollo de plataformas competidoras. En el caso Visa/Master Card, el Departamento hizo frente a una industria caracterizada por una agresiva competencia entre cuatro redes generales y entre miles de bancos dentro de dos de ellas. Contrariamente a sus objetivos en el caso Microsoft, el Departamento solicitó eliminar las divisiones entre las redes competidoras para permitir a American Express y Discover una elección dentro de las redes de Visa y Master Card¹¹¹. Finalmente, en el caso American Airlines, el Departamento por lo visto descuidó el contexto de red de la industria de aerolíneas por completo para su propio daño ya que las bases sobre las cuales la Corte desestimó su demanda fueron sustentadas en

la necesidad de American de incurrir en costos para mantener su red.

En la década pasada, se ha desarrollado una importante literatura sobre la economía de las industrias en red¹¹². Sin embargo, gran parte de esta literatura se ha focalizado en la mayoría de nuevos tópicos de la red tales como "tipping", "first-mover effects", "lock-in", y similares. Estos tópicos son de sustancial interés académico, pero son esencialmente esotéricos y no tratan con entendimiento práctico cómo las redes son organizadas y cómo éstas operan. A la fecha, la literatura sobre industrias de redes tanto en economía como en derecho ha fallado en desarrollar bases prácticas importantes para entender qué intervenciones legales servirán para incrementar los beneficios de los consumidores proporcionados por la red¹¹³.

Los tres casos iniciados en contra de empresas en red por el Departamento de Justicia de Clinton no han significado tampoco ningún avance en este entendimiento práctico. En efecto, creo que la ambición del Departamento en cada uno de estos casos fue contraproducente. En el caso Microsoft, el Departamento solicitó remedios que reestructurarían la industria para imponer alguna forma de competencia en un contexto que parecía ser un monopolio natural de sistemas operativos. En Visa/Master Card, el remedio del Departamento habría disminuido la competencia de la red por dejar participar a American Express dentro de las redes de Visa y Master Card o por permitir a American Express o a Discover eliminar porciones de las asociaciones para su propia ventaja. Finalmente, en American Airlines, el remedio del Departamento – impedir a American redistribuir los costos de mantenimiento de su red– hubiera conducido a la erosión de la red.

A la fecha, estos esfuerzos han sido por lo general desbaratados por las Cortes, aunque, hasta este momento, dos de los Estados litigantes han interpuesto recursos de apelación contra Microsoft que buscan resultados mayores a los pocos rigurosos remedios de conducta impuestos en el acuerdo tomado con el Departamento de Justicia¹¹⁴, y con respecto a la fusión selectiva de American Express con Visa y Master Card ésta todavía puede ser revocada en la apelación. Las bases sobre las cuales las Cortes respectivas detuvieron las mal dirigidas demandas del Departamento, lamentablemente, no se sustentaron en el entendimiento de la operación de las redes, sino en

¹¹² Ver por ejemplo KATZ, Michael L. y Carl SHAPIRO. "Systems Competition and Network Effects". En: J. Econ. Persp. No. 8. 1994. p. 93; ECONOMIDES, Nicholas. "The Economics of Networks" En: Int.J.Ind.Organ. No. 14. 1996. p. 673.

¹¹³ Para un útil inicio en este punto ver WHITE, Lawrence J. "U.S. Public Policy toward Network Industries". 1999.

¹¹⁴ Aunque, en mi opinión, con muy poca probabilidad de éxito.

una combinación de intuición y precaución judicial. La Corte de Apelaciones del Circuito de Washington en el caso Microsoft intuyó que era una dificultad conocer el *know how* para configurar un producto de información tal como un sistema operativo y advirtió los problemas de condenar el diseño del producto por la doctrina de la atadura. Con una admirable moderación judicial, ésta exigió al Departamento probar el beneficio de los consumidores antes de dictar una orden para la separación de Microsoft. Enmarcado en este desafío –desafío que debió haber dirigido antes de presentar la demanda– el Departamento de desistió de su demanda. La Corte de Distrito en el caso American Airlines también intuyó que la conducta de precios de American había sido implementada para enfrentar las tarifas de los operadores de menores costos y que estuvo relacionada con los costos de

mantenimiento de su red y desestimó la demanda del Departamento. La Corte en el caso Visa/Master Card, por el contrario, desde mi punto de vista se distrajo en una inútil definición del mercado relevante, ignoró la intuición que hubiera seguido al observar una alta competencia en la industria de tarjetas de crédito. Nuevamente, espero que esa regla sea revocada.

El Departamento de Justicia de Clinton fracasó en estos casos y limitó la contribución en la formación de una jurisprudencia *antitrust* que evalúe más cuidadosamente el funcionamiento de las industrias de redes. Si nuestra economía es dominada por las redes, nosotros necesitamos un entendimiento más sólido del que existe actualmente sobre cómo las normas del Derecho *Antitrust* pueden ser empleadas para incrementar los beneficios que genera la red a los consumidores.