

I

COMO REGULAR LOS MONOPOLIOS * (1)

Quienquiera que haya estudiado el monopolio y la regulación del mismo en interés público antes de la guerra y vuelva ahora de nuevo sobre el tema, no dejará de quedar impresionado por el gran progreso efectuado en el conocimiento del problema debido al trabajo de la que se ha conocido hasta ahora, y desde 1948, como la Comisión sobre Monopolios y Prácticas Restrictivas. En la década 1930-40 muchos de nosotros estábamos no sólo preocupados por la falta de protección contra el monopolio, sino también por la desaparición progresiva —debido a las decisiones judiciales— del principio general de que los contratos restrictivos del comercio no tenían fuerza de obligar entre las partes. Estábamos también preocupados por la falta de conocimiento de las prácticas restrictivas existentes y de sus efectos sobre la industria en que tenían lugar y sobre el sistema económico en su conjunto.

Quienquiera que haya leído los once informes de la Comisión debe sentirse infinitamente agradecido a la misma por la perfección de su trabajo y por las investigaciones escrupulosas de todos los efectos, buenos y malos, de los procedimientos empleados por las industrias sometidas a su examen. Se ha dicho que el trabajo

* Traducción del núm. 264, Vol. LXVI, de "The Economic Journal", diciembre de 1956, efectuada por Agustín Cotorruelo Sendagorta.

(1) Esta comunicación y las dos siguientes iniciaron el tratamiento de este tema en la Asamblea General Anual de la "Royal Economic Society", el miércoles, 27 de junio de 1956. Las tres han sido considerablemente resumidas para su publicación.

de la Comisión ha sido lento y que sería necesario el transcurso de una generación para examinar totalmente la industria británica. Tal afirmación puede ser o no cierta. Por lo que a mí respecta, creo que una investigación profunda, escrupulosa e imparcial de un número relativamente pequeño de industrias ha sido más valiosa, al capacitarnos para formar juicios sobre una serie de situaciones y prácticas típicas, que una investigación más rápida y superficial.

Aparte de estas aportaciones a nuestro conocimiento, creo que en los últimos 20 años se ha adelantado bastante en nuestro pensamiento analítico dentro del campo mismo de la economía. Empezando con estudios teóricos del duopolio y del oligopolio, y continuando con los estudios sobre "priceleadership", creo que hemos llegado a comprender más claramente la relación entre la estructura del mercado y la formación de los precios y a pensar en el monopolio no tanto en términos tajantes como en el punto extremo de un continuo. Hemos llegado de forma creciente a reconocer que algo casi similar al precio de monopolio puede surgir en una industria en que, sin ninguna clase de acuerdo, escrito o tácito, las empresas siguen un "price leader" o hacen ciertas suposiciones, no del todo improbables, sobre las acciones de cada una de las demás. Igualmente hemos llegado a reconocer que lo que se entiende por monopolio en sentido formal —un empresario que lanza al mercado una gran parte de la producción total— puede ser un monopolio tan débil que sus precios se desvíen poco, si es que se desvían, de los precios que regirían en condiciones de competencia. Pienso, por ejemplo, en la situación de mercado de un productor, que era en dicho sentido un monopolista, pero que vendía una gran parte de su producción a una gran importante y eficiente instalación de montaje. Sus verdaderos competidores eran, me dijo, los contables encargados del cálculo de los costes de la empresa a la que él vendía; si su precio hubiera subido por encima del coste al que ellos creían podían producir por sí mismos hubieran montado inmediatamente una instalación propia para producir su artículo. El suyo era, tal vez, el caso límite de un monopolista débil, sin poder para impedir la entrada, y totalmente dependiente de las economías de producción en gran escala.

A consecuencia de este desarrollo y perfección en el pensa-

miento económico, yo diría que hemos conseguido destacar más fuertemente la importancia de la estructura del mercado y, en particular, la importancia de la libertad de ingreso en una determinada industria. Hemos llegado también a dar menos importancia al porcentaje de producción de un único productor o asociación de productores —aunque esto puede ser prueba de una estructura particular del mercado— o acuerdos formales, salvo en la medida en que se trate de acuerdos para impedir el ingreso en la industria y para discriminar en favor de un grupo aprobado y limitado, en contra de nuevos productores. Estamos más interesados en los supuestos, de los que los empresarios pueden apenas incluso tener conciencia, relativos a cómo se comportarán sus competidores y a cómo responderán a un cambio en los precios por parte de un productor.

Este interés por la estructura del mercado ha sido, según mis apreciaciones, reforzado por otra línea de pensamiento y de experiencia. Creo se puede afirmar que los que estaban más próximos a la experiencia bélica de control de precios son los más escépticos en cuanto a la posibilidad de ejercer una regulación efectiva directa sobre los precios de monopolio en tiempo de paz. En tiempo de guerra podemos esperar que se impida la explotación flagrante de un estado de escasez. En tiempo de paz es infinitamente más difícil establecer cuáles son los tipos de beneficio razonables, cuáles son los sueldos razonables para los cargos directivos, cuáles son los tipos razonables de amortización de capital, o si la empresa es llevada eficazmente y progresa razonablemente. Los que están al corriente de estas dificultades son los que más desean la creación de un mercado en que la industria establezca por sí misma y en la medida de lo posible los precios deseables.

Destaco esto porque me parece de interés relevante para el tema central que nos ocupa. Según mi opinión, no tenemos ninguna razón doctrinal que afirme que la concentración de poder en unas pocas manos es mala *per se*, aparte de las consecuencias que pueda tener sobre los precios, producción, eficacia y otras pruebas fundamentales. Iria más lejos y diría que hay un creciente escepticismo en cuanto a que la desarticulación de un monopolio más formal y su sustitución por un oligopolio modifique tan fundamentalmente la estructura esencial del mercado que se pueda decir

con seguridad que la última etapa es mejor que la primera. Podemos, efectivamente, renunciar a las economías reales de la producción en gran escala y de la especialización, y crear una situación realmente peor a la primera.

Me pregunto si debería también investigar no sólo en el pensamiento, sino también en la acción reciente —o más bien en las prioridades de acción— el punto de vista de que los monopolios tipo cartel —asociaciones de empresas independientes para mantener los precios o para limitar la entrada— tienen menos ventajas frente a los inconvenientes que puedan presentar que los monopolios consistentes en relaciones más estrechas —monopolios del tipo fusión— que proporcionan economías por la producción en gran escala, por la estandarización y por la especialización. Naturalmente, es totalmente irreal dividir rígidamente los monopolios en estos dos tipos principales. Las investigaciones de la Comisión han proporcionado ejemplos de asociación tipo cartel que, de hecho, conducen a una mayor especialización de las instalaciones individuales y a períodos más largos de producción de lo que probablemente ocurriría si rigiera la competencia imperfecta y los oferentes proporcionaran un sistema completo de bienes y servicios. Pero, en conjunto, creo que debemos vigilar de forma especial las organizaciones tipo cartel. Y creo que vamos teniendo cada vez más conciencia de sus ramificaciones.

Personalmente, además, estoy menos interesado por los efectos del monopolio de una gran empresa única que por los de un monopolio tipo cartel, por una segunda razón. En un mundo en que la técnica cambia rápidamente es necesario considerar los efectos de cualquier estructura de mercado, no sólo estáticamente y en el momento actual, sino también en relación con la investigación, la innovación y el progreso. No es difícil demostrar analíticamente que hay casos en que a un monopolista le conviene suprimir las innovaciones o retrasarlas. No tengo ninguna duda de que se pueden encontrar casos en que esto ha sucedido. Por otra parte, si como ocurre con frecuencia, la base del monopolio está en la eficiencia de la producción en gran escala, el monopolista tiene un interés especial en mantener su primacía técnica, siempre que la entrada sea libre. Es también cierto que un monopolista puede tener más ventajas de su propia investigación que un miembro

de una industria regida por la libre competencia, que sabe que su investigación beneficiará a sus competidores tanto como a él. En la vida real creo que en este país es cierto también lo que el Profesor Galbraith ha dicho respecto de los Estados Unidos, en el sentido de que si se buscan ejemplos de innovaciones y de investigación aplicada al mejoramiento de la técnica, de los materiales o de la calidad de productos, se observará que los monopolistas se encuentran a menudo a la cabeza de estos adelantos, y que las industrias en que rige la competencia se encuentran en ciertas ocasiones, aunque no siempre, a la zaga en dichos adelantos. Por otra parte, no sería difícil citar casos de monopolios que parecen abusar de su situación monopolista para conformarse en un estancamiento técnico. Cuando la industria no puede tolerar más de una empresa de dimensión óptima, y más particularmente, cuando hay fabricantes de maquinaria para otras industrias, el problema de su debilitamiento se convierte en muy difícil. Libre importación y dependencia temporal de los suministros extranjeros es una solución no satisfactoria para un país con una balanza de pagos mantenida con dificultades, pero tal vez sea el único remedio.

He dicho que, en mi opinión, la primera y más eficaz defensa contra las consecuencias indeseables de la concentración monopolista es la libertad de ingreso en la industria. Si hay libertad de ingreso, las fuentes del poder monopólico para explotar el mercado son limitadas; están representadas por las economías de las operaciones en mayor escala que puede hacer la nueva empresa entrante, por la buena disposición que puede convertirse fácilmente en mala voluntad si existe una explotación excesiva, por las ventajas, en ciertos casos, de usar recursos intramarginales en vez de marginales; por la oportunidad —que yo convendría, con Mr. Andrews, en admitir que se emplea raras veces porque perjudica las perspectivas a largo plazo de la empresa— de aprovechar la ocasión de explotar el mercado durante el período corto anterior al en que la competencia tenga efectividad. Si el poder monopolista queda limitado en esta medida, ¿qué gravedad implica? Desearía conocer la opinión de los demás sobre esta cuestión. Me doy perfecta cuenta de que se puede demostrar analíticamente que las economías de la producción en gran escala no se agotarán. Creo que en la actualidad conocemos muy poco estadística y

prácticamente en relación con el grado real de las economías de producción en gran escala. Si son grandes, el perjuicio puede ser grande; pero si, como creo, son a menudo relativamente pequeñas, y si la amenaza de nueva competencia o de la expansión de competidores existentes es real, el daño puede ser menor de lo que a veces se supone.

He dicho que la libertad de ingreso es la primera defensa. Creo que el conocimiento público de lo que se hace es la segunda, y casi igualmente efectiva, defensa. Estoy satisfecho de que se exija el registro de todos los acuerdos restrictivos del comercio. Estoy satisfecho de que el Proyecto de Ley contenga una disposición en el sentido de que, con ciertas razonables excepciones, el registro esté abierto a la inspección pública. Está claro, creo, que en cierto número de casos las partes de los acuerdos restrictivos se preguntarán a sí mismos si ciertos caracteres criticables de los acuerdos, que habrán de ser registrados, son realmente deseables, o incluso necesarios, para lograr los fines del acuerdo. Sinceramente confío en que la libertad de inspección pública del registro no se abandonara jamás.

Paso ahora a examinar otras cuestiones mucho más debatidas del presente Proyecto Ley. A consecuencia, en primer lugar, de sus rigurosas investigaciones en diez industrias, y, en segundo término, de la referencia más generalizada a los problemas de la discriminación colectiva, la Comisión, y a través de ella el "Board of Trade", ha adquirido un conocimiento suficiente del funcionamiento de ciertos tipos de acuerdos colectivos como para llegar a una visión general de los efectos de estos acuerdos. Parecía claramente que había llegado el momento de una más extensa y, en cierto modo, más rápida aplicación de sus conclusiones de lo que era posible de haber continuado remitiéndole los casos individuales. La mayoría de la Comisión aconsejó, como ustedes saben, no sólo el registro de los acuerdos, sino también la prohibición general de las prácticas de discriminación colectiva que habían convenido en calificar como indeseables. Sugirieron que era mejor, en conjunto, prohibirlos y establecer un mecanismo para tratar equitativa y rápidamente los casos excepcionales que pudieran estar justificados, en vez de examinar los casos individualmente para prohibirlos solamente después de haber efectuado cada exa-

men individual. Establecieron ciertas bases en virtud de las cuales se podían hacer legítimamente determinadas excepciones. Pero si las interpreto correctamente, estas justificaciones especiales no representaban excepciones surgidas en el curso del trabajo de la Comisión, sino argumentos que se pensó justificarían ciertos casos con que la Comisión no se había tropezado.

El presidente del "Board of Trade" no se ha sentido capaz de aceptar totalmente este criterio. Ha preferido en su Proyecto de Ley disponer lo necesario para el registro, y para que el funcionario encargado del mismo presente los casos que considere débilmente justificados al Tribunal de Prácticas Restrictivas, compuesto de un magistrado del Tribunal Supremo y de otros dos miembros del Tribunal, "cualificados por sus conocimientos o experiencia en la industria, el comercio o los asuntos públicos". El Tribunal, después de examinar el acuerdo, puede ordenar a las partes que no lo pongan en vigor, o que lleguen a otro acuerdo con este mismo fin.

Pienso que hay aquí claramente dos cuestiones principales. Primera, el método propuesto por el nuevo Proyecto de Ley exige el examen de cada uno de los acuerdos antes de prohibirlos. Aunque muchos acuerdos fueran abandonados por las partes, sin esperar a presentarlos al Tribunal, este sistema puede representar una tarea lenta. Queda por ver en qué medida el Tribunal puede establecer precedentes, y en qué medida sus primeras decisiones determinarán el abandono de nuevos acuerdos. Si se considera que cada caso es fundamentalmente un caso individual con caracteres específicos, el ritmo de trabajo de los Tribunales puede no ser mucho mayor del de la Comisión.

Pero la cuestión más importante parece ser el problema del mecanismo y del método para tomar en consideración factores casi imponderables y el llegar a un juicio de lo que constituye el interés público y cómo, en conjunto, viene afectado por cada caso particular. El presidente del "Board of Trade" trató este problema con gran claridad, al abrirse el debate de la segunda lectura:

"Evidentemente no basta con registrar los diversos acuerdos. Es necesario, además, disponer lo necesario para un examen y determinar si debe permitirse o no su vigencia. No conozco ninguna

solución, en ningún país, que excluya esta necesidad de decidir en cada caso individual.

"La primera pregunta que debemos hacernos y contestar es ésta: ¿cómo decidir el asunto? Sólo hay dos posibilidades: o un Tribunal administrativo responsable ante el ministro, o un Tribunal perteneciente al sistema judicial del país. No hay solución intermedia. No es posible imaginar, ni la Cámara tolerar, que ningún cuerpo administrativo decida cuestiones de esta clase sin poseer ni la naturaleza del Tribunal Supremo cuando decide una cuestión sometida a él, ni sin estar sometido a un ministro, responsable a su vez ante el Parlamento. La elección está entre la solución administrativa o la judicial, y existen argumentos poderosos en favor tanto de una como de otra."

El presidente reunió con gran fuerza —espero se me perdone por decir esto— los argumentos contrarios a la vía administrativa y a la decisión por un ministro, con sujeción a debate parlamentario. Más por inferencias que por argumentos se llegó a suponer que el procedimiento judicial debía ser mejor. Aquí es donde yo mismo estoy deseando saber lo que el profesor Montrose va a decirnos. Los que hemos estado interesados por la evolución de los juicios sobre los casos relativos a la obligatoriedad de los contratos restrictivos del comercio podemos estar, quizá sin razón, preocupados en cuanto a si un Tribunal judicial es capaz de realizar la difícil tarea de equilibrar los elementos en conflicto de una situación económica complicada, así como interpretar fielmente argumentos económicos contrapuestos. Quizás el economista pueda estar equivocado en ver un respeto indebido por los aspectos más legales de interés público, especialmente un respeto por la santidad de los contratos, sean o no deseables. Pero creo que debemos esperar a ver en qué medida el profesor Montrose nos puede satisfacer sobre este asunto.

Existe un punto final. He podido omitir algunos pasajes relevantes del Diario de Sesiones, pero encuentro extraordinariamente difícil la comprensión de cómo ha de funcionar el Tribunal. El funcionario encargado del Registro, según yo entiendo, remitirá el acuerdo al Tribunal. Las partes del acuerdo presentarán, indudablemente, después de haberse asesorado, sus argumentos relativos a cómo y por qué el acuerdo servirá el interés público, en los tér-

minos reconocidos en la Cláusula 16 del Proyecto de Ley. ¿Se valdrá el Tribunal de su propio juicio, sin ningún otro asesoramiento sobre la validez de estos argumentos? ¿Tendrá que proporcionar el funcionario encargado del Registro pruebas en contrario? ¿Dispondrá este funcionario de un grupo de economistas experimentados y de expertos en problemas industriales, así como de abogados para este fin? Y si dispone de ellos, ¿no se duplica con ello el grupo de expertos de la mutilada Comisión de Monopolios que, en el futuro, ha de abandonar el campo de las prácticas restrictivas y ha de limitarse a otras formas de monopolio? Encuentro menos dificultades que otros en permitir que el grupo de expertos de la comisión de Monopolios continúe teniendo cierta responsabilidad en este asunto. Hago estas preguntas porque considero que una gran parte del éxito del Tribunal dependerá del tratamiento riguroso e imparcial de los primeros casos que se presentan ante el mismo.

AUSTIN ROBINSON

II

COMO REGULAR LOS MONOPOLIOS

El Parlamento se halla todavía en trance de responder a ciertas cuestiones sobre la reglamentación que se precisa si hemos de poder seguir afirmando que "cuanto mayor sea la rivalidad, tanto mejor, siempre y cuando la competencia se mantenga dentro de ciertas normas". Pero parece razonable suponer que lo que surgirá finalmente será algo muy semejante al estado actual de la ley. Las respuestas dadas por el Parlamento son aproximadamente las siguientes:

1) El único organismo reglamentador competente debería ser el Gobierno, y sólo en casos especiales podía permitirse a algún grupo la elaboración por él mismo de normas que regulen, bien sea su conducta o las condiciones que hayan de reunir los futuros competidores. Las circunstancias especiales previstas en la cláusula 16 de la ley pueden considerarse como semejantes a la "ley de la ventaja" que se encuentra en numerosos juegos. Los tribunales tienen poder para suprimir las reglamentaciones privadas.

2) No hay necesidad por el momento de promulgar normas adicionales a aquellas que han estado en vigor durante algún tiempo, tales como la Trade Marks Act, o a ciertas doctrinas de derecho común sobre cuestiones similares.

3) Por el momento no hace falta promulgar nuevas normas reguladoras del tamaño u otras condiciones de los competidores. Esta es, sin embargo, una decisión provisional. El Gobierno, a través de la Comisión de los Monopolios, ha de considerar si habrá de ser necesaria de vez en cuando la descalificación de ciertas em-

presas debido a sus dimensiones relativamente grandes, o alternativamente, si no han de redactarse normas especiales de conducta para tales competidores; y no se excluye la posibilidad de establecer alguna regla general nueva en fecha posterior.

Para mis propósitos de este artículo, tomaré como definitivas las decisiones del Parlamento, y consideraré los problemas que plantea su puesta en práctica. Estos problemas pueden dividirse en dos amplios grupos; en primer lugar, los relacionados con el Tribunal de Prácticas Restrictivas (Restrictive Practices Court), que tiene obligación de aplicar la "ley de la ventaja", y en segundo lugar, la reformada Comisión de los Monopolios, que tiene la obligación de investigar si se precisa una mayor intervención sobre la concentración de la industria en empresas mayores. Consideraré estos dos aspectos sucesivamente, puesto que los problemas especiales de la Comisión de los Monopolios son adicionales a los que comparte con el Tribunal de Prácticas Restrictivas.

El funcionamiento de la "ley de la ventaja" exige del Tribunal la tarea de contrapesar las ventajas que puedan esgrimirse por las restricciones particulares acogidas a los párrafos *a)* a *g)* de la cláusula 16, con los daños que puedan seguirse para el interés público, que según la ley se presume se deducirán en general de las normas elaboradas por los propios jugadores. El contrapesar implica que las cosas comparadas tienen pesos. Así los tribunales deben poseer alguna idea por adelantado, no sólo de la naturaleza, sino también de la magnitud del daño que se infiere al interés público por las prácticas restrictivas. He empleado la idea de magnitud deliberadamente, porque no quiero indicar que el daño pueda expresarse necesariamente en unidades definidas de medida. Lo que quiero significar es que habrían de ser medibles en el sentido que atribuimos, por ejemplo, a la afirmación de que una regla particular del "cricket" ha mejorado extraordinariamente el juego; o que, por el contrario, alguna modificación de las reglas ha supuesto pocas ventajas en relación con la situación anterior; por lo que podremos afirmar que el efecto de la modificación ha sido grande o pequeño. En resumen, el Tribunal habrá de ser capaz de fijar tanto la naturaleza como la magnitud de los efectos que se han de comparar.

La naturaleza de los alegatos que puede presentar una asocia-

ción comercial se exponen explícitamente en la ley (párrafos a) a g) de la cláusula 16). El problema del Tribunal, por lo que se refiere a este lado de la balanza, es simplemente conocer la probabilidad de que se sigan los efectos pretendidos si se da curso a la petición de la asociación comercial. Esto es ya difícil, pero la dificultad aumenta si se tiene en cuenta que se desconoce el criterio sobre la magnitud y los efectos, que han conducido al Parlamento a establecer la presunción general de que las prácticas restrictivas se oponen normalmente al interés público. Ni creo que el Tribunal pueda formarse una idea clara de estos efectos, a partir de las fuentes que pueda consultar. Esto no es sólo verdad por lo que se refiere a los debates parlamentarios, incluyendo la exposición de motivos del Gobierno al introducir la legislación. Se encuentra mayor claridad en los informes de las Comisiones de los Monopolios y de las Prácticas Restrictivas, pero creo que el Tribunal hallará dificultades en extraer de los mismos cualquier cuerpo coherente de doctrina, ni tampoco de los escritos técnicos de los economistas profesionales. En todas estas fuentes doctrinales, tales valoraciones se hallan demasiado implícitas o se presentan en la forma de un catálogo (frecuentemente un catálogo hipotético) sin ningún intento apreciable de ordenar los pesos relativos de las diferentes cuestiones en el catálogo. Efectuaré, pues, algunas sugerencias referentes a la dirección que el Tribunal debe contemplar para resolver estas dificultades.

Consideremos primero el interés público, un término que por razones obvias no se halla definido en la legislación. Me parece que la definición más natural del interés público es aquello en que el público está interesado; y desde la guerra el público se halla interesado fundamentalmente en dos aspectos del funcionamiento de la economía de mercado. El primero es hasta qué punto empresas eficaces e ineficaces de bajos y de elevados costos coexisten en las diferentes industrias. El segundo es la tasa, a la cual la eficacia —ahora normalmente identificada con la productividad— aumenta con el tiempo.

Sugiero, por consiguiente, que el interés público radica en el logro de una dispersión mínima de la eficacia dentro de cada industria, compatible con el progreso económico.

Si este criterio se acepta, la consecuencia inmediata es que la

prueba que recaería sobre la Asociación es demostrar que sus normas no tienden a aumentar la dispersión de los costes o a retardar el progreso, mientras que, por otra parte, los peligros bajo los títulos reconocidos en la cláusula 16 y que tratan de eliminar, son auténticos. Es decir, que la presunción general del Tribunal debería ser que las prácticas restrictivas tienden efectivamente a impedir la eliminación de los ineptos y a frenar el progreso. La responsabilidad de probar que esta presunción es errónea en cada caso particular, corresponde a aquellos que desean se les permita elaborar normas privadas.

Tal presunción puede considerarse como razonable sólo si es posible decir en principio qué clase de prueba convencería al Tribunal de que en un caso particular las prácticas bajo consideración no impedirían notoriamente el logro de la dispersión mínima o del progreso máximo. Si esta cuestión no puede responderse, la ley de la ventaja es simplemente una forma vacía y los párrafos a) a g) de la cláusula 16 son pura redundancia. Sólo puede satisfacerse esta razonable exigencia si nosotros —y los Tribunales— están dispuestos a efectuar algunas hipótesis sobre el mecanismo básico de la economía de mercado. Sugiero que han de satisfacerse tres condiciones para poder disfrutar de una dispersión “razonable” de la eficacia, además del progreso:

1) Las empresas eficaces deben poder crecer a expensas de las menos eficaces.

2) La empresa individual debe ser capaz de experimentar nuevas técnicas o productos hasta un grado, limitado sólo por sus propios recursos financieros.

3) Debe haber algún obstáculo en el sistema que impida que cualquier adelanto de una empresa sea imitado inmediatamente con una efectividad total por las demás empresas de la industria.

Ofrezco estas tres consideraciones como la esencia de lo que realmente significa una economía competidora, y las dos primeras son las más importantes para nuestra finalidad presente.

De acuerdo con lo anterior, es posible concebir la clase de defensa mediante la cual una asociación comercial podría convencer al Tribunal que las normas de aquélla no aumentan la dispersión o frenan el progreso. La defensa se dividiría en dos partes: 1.º Una demostración de que las normas no actúan, en principio,

en esta dirección, es decir, que no operan necesariamente en ese sentido. 2.º Una prueba empírica de que efectivamente no ha ocurrido así. ¿Qué clase de prueba empírica podría ofrecerse por la empresa? Sobre la primera cuestión, es decir, la libertad de las empresas eficaces para crecer a expensas de las que lo son menos, la prueba más relevante es la de que han tenido lugar cambios a lo largo del tiempo en las dimensiones relativas de las empresas. Con otras palabras, consideraría como una condición necesaria para que funcione la industria de forma consistente con el interés público, que las dimensiones relativas de las empresas cambien a lo largo del tiempo, pues es contrario a la idea de progreso el que las eficacias relativas permaneciesen constantes durante un período considerable de tiempo. Tal prueba debería ser complementada mediante aquella en que se manifestase la cuantía de nuevas empresas que han entrado en la industria durante el período en cuestión. Porque algunas veces las empresas desaparecen, y es necesario, por consiguiente, si se ha de prevenir el oligopolio, que nazcan nuevas empresas. La prueba empírica de la libertad de las empresas para experimentar nuevas técnicas y productos, debería efectuarse bajo la forma de un catálogo técnico que describiese los adelantos significativos, demostrando a qué causa se deben.

La capacidad del Tribunal para apreciar y valorar tales pruebas depende, por supuesto, de la disponibilidad de un conjunto de datos comparables para otras industrias. Esta es una tarea a la cual se deberían dedicar los economistas, y no es ciertamente un tópico el decir que si los Tribunales siguen el camino que he sugerido, las empresas considerarán que es ventajoso para ellas el ofrecer facilidades, y quizás ayuda financiera, para los economistas que inicien tales trabajos.

El otro aspecto de la tarea del Tribunal es decidir sobre la probabilidad de las reclamaciones de las asociaciones comerciales que sostienen que las cuestiones descritas en los párrafos a) a g) son efectivamente peligrosos claros e importantes. Todo lo que diré sobre este punto es que los Tribunales deberían establecer la hipótesis de la continuación del empleo total, cuando valoren dichas probabilidades. La mayor parte de los argumentos que las asociaciones comerciales han expuesto hasta el presente en defensa de sus acuerdos, se basan fundamentalmente en apelaciones a ex-

periencias históricas que serán irrelevantes en una era de empleo total (argumento de la capacidad excesiva).

Me ocuparé a continuación de dos problemas de la Comisión de Monopolios. Se desprende de la forma en que he definido el interés público, que adopto una definición de industria más bien tecnológica que por la clase de producto, y es en términos de tal industria como definiría el monopolio. La típica situación monopolista es aquella en la cual una industria, así definida, contiene una empresa muy grande y un conjunto de pequeñas empresas, y si definimos así el monopolio, los dos criterios descritos más arriba en relación con el interés público siguen siendo válidos.

El peligro de los monopolios es que las simples dimensiones de la empresa harán desaparecer del monopolista (la mayor empresa de la industria) su temor a las pérdidas, originando en las demás empresas de la industria el sentimiento de que existen por la simple tolerancia de la monopolista. Si esto sucede, la esperanza de beneficios de estas últimas desaparece en gran parte, y su temor a las pérdidas no es estimulante, puesto que pueden hacer poco o nada para impedirlo. Debido a esto, el problema del monopolio surge, no tanto de lo que el monopolista realiza, sino de lo que podría hacer: Los efectos se producen meramente por su tamaño, independientemente de sus acciones.

No veo, por consiguiente, solución a este problema fuera de la disolución coactiva de las grandes empresas, y muchos de nosotros sentirán serios reparos contra tal forma de acción. Mencionaré solamente dos. En primer lugar, una empresa es una entidad mucho más orgánica que una asociación comercial, y esto se halla quizás en la raíz de nuestra falta de inclinación instintiva para proceder quirúrgicamente. Esto, como digo, es primordialmente una cuestión de instinto. La segunda razón es mucho más explícita. El empleo total, la eficacia y el progreso en este país se basan en nuestra capacidad de vender suficientes exportaciones para seguir viviendo, y nuestras industrias exportadoras lo hacen en competencia con aquellas de otros países en los que las grandes empresas (no siempre monopolistas en sus respectivas naciones) son también corrientes. Si el tamaño otorga capacidad de lucha, deberemos preservarlo. Toda acción económica supone riesgo; pero no podemos correr el riesgo de dañar nuestra capacidad de exportación a causa de la

disolución forzosa de las grandes empresas, aunque ello sea para restaurar el mecanismo de mercado dentro de este país. Por consiguiente, deberemos vivir con la esperanza de que la batalla en el exterior sustituirá a las presiones internas que se relajan cuando se alcanza una situación de monopolio.

J. DOWNIE

III

COMO REGULAR LOS MONOPOLIOS

Un jurista al que se le ha hecho el honor de solicitarle que hable a los economistas, no puede menos de recordar algunas discusiones sobre las relaciones generales entre el Derecho y la Economía. Las palabras "Derecho" y "Economía" son, desde luego, ambiguas: para hablar de un aspecto de los múltiples posibles, ambas se refieren igualmente a las actividades de los hombres que forman parte de la escena social, legisladores y jueces, compradores y vendedores, y también a las reflexiones de los estudiosos; se refieren a procesos sociales y a disciplinas académicas. Stammler se refirió a los procesos sociales, cuando dijo que el Derecho era la forma, y la Economía el contenido de la vida social. Al decir esto, proclamaba, en cuanto al Derecho concierne, que era totalitario, que ningún aspecto de la vida social quedaba fuera de la regulación del Derecho. Para interpretar correctamente este pensamiento es necesario desenmascarar otras de las ambigüedades del término "Derecho". Incluso en contextos jurídicos puede referirse a generalizaciones descriptivas de la conducta humana. En este sentido, decir que ningún aspecto de la vida social queda al margen de la regulación del Derecho, es simplemente expresar una hipótesis heurística sociológica de que la investigación revelará normas en todos los aspectos de la conducta humana. Pero el pensamiento de Stammler fué más lejos. Su creencia fué que la totalidad de la vida social se hallaba sometida a una regulación planificada: la ideología

del "laissez-faire" fué un plan para dejar algunos aspectos de la conducta humana fuera de la intervención estatal. La justicia, el ideal del Derecho, abarca la totalidad de la vida, por lo que no había inconsistencia lógica en la regulación completa de la vida por el Derecho; pero la justicia no ignoraba la necesidad de libre desarrollo de la personalidad humana.

Berolzheimer, escribiendo también al comienzo del siglo, vió al Derecho y a la Economía como dos socios. Sin embargo, pensaba en las disciplinas académicas: lamentaba la aparición de las últimas ciencias sociales que no poseían la precisión de las antiguas, el Derecho y la Economía, ya que entre ambas cubrían la totalidad de la sociedad. No comparto estas pretensiones intelectuales; me percaté de la gran vaguedad e inexactitud del Derecho. Pero el pensamiento que yace detrás de la afirmación de Berolzheimer, de que los abogados y los economistas deberían conocer sus respectivos trabajos, me parece importante. El economista posee la técnica del experto en la materia, pero las proposiciones económicas pueden exponerse para ser comprendidas e incluso criticadas por los juristas. No hay misterios matemáticos o médicos, legales o económicos: existen sólo dificultades, físicas, emocionales, intelectuales. Existen, como el Everest, para ser superadas.

Esta introducción me ha conducido a un problema que podría quizás considerarse mejor dentro del marco de una exposición ordenada de las diversas cuestiones concernientes con la regulación legal de los monopolios. Una cuestión general es la de la idoneidad de un juez jurista para participar en la administración de un esquema de regulación de las actividades de las empresas. Por supuesto, que las actividades mercantiles están ya sujetas de muchas formas a regulación legal a través de los Tribunales de Justicia; pero existe la creencia de que actualmente tales leyes son como preceptos dirigidos prescribiendo las penas en circunstancias detalladas: "fórmulas matemáticas, cuya esencia es su forma". Las funciones del juez con tales normas son limitadas. Penetra en la verdad sobre los "hechos" alegados por las partes; entonces, como ha afirmado el Tribunal Supremo, infiere la significación de las normas "tomando las palabras y un diccionario"; y, finalmente, adopta su decisión por un proceso cuasilógico, que consiste en ver si los hechos encajan dentro de las normas o no. Su tarea se re-

duce a apreciar si se observan en la averiguación de los hechos las normas sobre la prueba y el procedimiento, y si se aplican correctamente las normas substantivas relevantes. No juega ningún papel en la formulación de las normas, no tiene poder discrecional que permita la intrusión de doctrinas sociales, económicas o políticas, o prejuicios humanos. Representa la justicia imparcial con un moderno artilingo eléctrico que trata con fórmulas matemáticas. La cuestión es si un jurista podría desempeñar otras funciones. El Tribunal de Prácticas Restrictivas, por ejemplo, tal como se conforma en la presente ley, tiene que determinar si "considerando las condiciones que realmente prevalecen... la desaparición de la restricción ocasionaría con toda probabilidad un serio y persistente efecto adverso sobre el nivel general de empleo en un área en la que se halle situada una proporción importante de la industria a la que se refiere el acuerdo". Asimismo tiene que determinar si "una restricción no es inazonable teniendo en cuenta la comparación entre las circunstancias del caso y cualquier perjuicio al público... que con toda probabilidad puede derivarse de la puesta en práctica de dicha restricción". Tales normas no contienen "fórmulas matemáticas", sino que implican la consideración de teorías económicas, así como predicciones económicas e incluso políticas. Los abogados, dicen algunos críticos, no tienen la capacidad de administrar tales normas: los jueces, dicen otros, no deberían profanar las fuentes puras con tales cuestiones. Analizaré la experiencia americana de la regulación legal de los monopolios para abordar estos problemas.

En 1890 la ley Sherman Act prohibió en términos generales las prácticas restrictivas y monopolísticas del comercio. La ley había de hacerse observar mediante el procedimiento oriminal de los Tribunales. Se dejó a los Tribunales la determinación de las formas de conducta, que consideraban violaciones de la ley, y una de sus creaciones más notables fué la aplicación de la llamada "Regla de la razón". No se consideraba ilegal una simple restricción del comercio; tenía que ser irrazonable teniendo en cuenta el resultado de la comparación del interés de las partes y del público. La ley Clayton Act y la ley Federal Trade Commission de 1914 prohibieron métodos incorrectos de competencia y establecieron una comisión encargada de la tarea de exigirles el cumplimiento de la ley;

sujeta, sin embargo, como otros Tribunales administrativos, a la revisión judicial por los Tribunales ordinarios. Aquellas leyes y la más reciente, Robinson-Patman, de 1936, contenían algunas cláusulas específicas, tales como una prohibición de la discriminación de precios cuando el efecto fuera fundamentalmente disminuir la competencia o tender a la formación de un monopolio, y la prohibición del pago de una comisión, corretaje, bonificación o descuento, "excepto por servicios prestados". El Tribunal Supremo llegó, sin embargo, por medio de su "interpretación" de la prohibición general de los "métodos incorrectos de competencia" a la conclusión de que el acuerdo sobre la fijación de precios es ilegal *per se*; y fué también la autoridad otorgada por la aprobación del Tribunal Supremo y no cualquier disposición específica de la legislación la que dió poderes a la Comisión para ordenar a un "combinado" a deshacerse de algunas de sus unidades. En el caso de la cadena de salas de espectáculos Sabine, el Tribunal Supremo, al aprobar una orden por la que dicha Compañía debía vender 50 de sus 148 cinematógrafos (aunque no poseía más de dos cinematógrafos en una ciudad y sólo uno en las poblaciones más pequeñas), afirmó:

"La exigencia de la desposesión... no constituye una nueva pena que añadir a las que el Congreso ha establecido en las leyes antimonopolistas. Como la restitución (un remedio empleado por los Tribunales en los casos civiles, como cuando el dinero se ha pagado por error), simplemente priva al demandado de los beneficios de su conducta injusta. Es un remedio equitativo ideado en interés público para deshacer lo que se podía haber evitado si los demandados no hubiesen desbordado al Gobierno en su proyecto ilegal".

También, como resultado de la "interpretación", el Tribunal Supremo ha sostenido hasta ahora que "el simple tamaño no es una ofensa bajo la ley Sherman", y que el control del 98 por 100 de la refinación del azúcar y el 90 por 100 de la producción de maquinaria de calzado no eran monopolios ilegales.

La administración de las leyes antimonopolísticas no se han sustraído a la crítica. Un escritor, abogado, ha dicho:

"Nuestros Tribunales no estaban especializados en los complicados problemas de la lucha antimonopolista... La administración de la regla de la razón por nuestros Tribunales

ha demostrado ser un fracaso completo. La conservación de nuestro orden económico, basado en la libre competencia mediante el proceso judicial de exclusión e inclusión, arroja una carga sobre nuestros jueces que se halla en completa contradicción con su especialización exclusivamente legal y va mucho más lejos que el tradicional litigio de Derecho Común entre particulares.”

Mis investigaciones, que confieso son limitadas, no han descubierto, sin embargo, ninguna crítica de la legislación americana antimonopolista, basada en la existencia de dudas sobre su imparcialidad. Se ha criticado, en cambio, que los Tribunales se hayan adherido demasiado al Derecho Común. “En el Derecho Común”, dice Callman, “la regla de la razón implicaba un equilibrio de los intereses privados entre las partes aplicado a un convenio de restricción del comercio, y este concepto fué, sin mayor refinamiento, incorporado a la sección primera de la ley Sherman, que fué promulgada en interés público”. Esta es, sin embargo, una curiosa interpretación del Derecho Común. El juicio clásico es el de Lord Macnaughton en el caso *Maxim-Nordenfeldt*; la conocida sentencia dice:

“Las restricciones al comercio pueden estar justificadas... Si la restricción es razonable, es decir, en relación con los intereses de las partes concernientes y en relación con los intereses del público, tan justa y prudente que permita la protección adecuada de la parte en cuyo favor se ha efectuado, al mismo tiempo que no es, en modo alguno, perjudicial para el público.”

No solamente estiman los juristas de los EE. UU. que la administración de las leyes antimonopolistas por los Tribunales constituyen una misión propia de la función judicial, sino que algunos consideran la participación de los Tribunales en las cuestiones sociales como un procedimiento democrático. Así, J. Douglas ha escrito acerca del Tribunal Supremo:

“El Tribunal se integró en el proceso dinámico de la historia. No vivió al margen de la turbulencia de los tiempos.

Formó parte de la vida de la comunidad: Recogió de ella las actitudes dominantes y los sentimientos del momento y marchó con el ímpetu de la era... Nosotros también debemos ser componentes dinámicos de la historia si nuestras instituciones han de ser fuerzas directivas vitales en el transcurso de nuestra época."

Pero Douglas insistió, como Holmes, en que los jueces no deberían permitir que sus ideologías se tradujeran en el derecho. "El problema de las sentencias constitucionales... consiste en que se mantenga al poder del Estado independiente de las teorías económicas y sociales que pueda mantener cualquier grupo de jueces".

La afirmación de que los Tribunales de juristas no poseen la técnica adecuada para tratar las cuestiones económicas ha tenido general aceptación en los EE. UU., y se ha restringido la jurisdicción de los Tribunales ordinarios a revisar las sentencias de los Tribunales administrativos, los cuales cuentan, sin embargo, con juristas entre su personal. Muchos sostienen que las sentencias de estos Tribunales deberían aceptarse en todas las cuestiones de hecho. En el caso del "Instituto del Cemento" el Tribunal Supremo afirmó que la Comisión del Comercio Federal (Federal Trade Commission) era el organismo idóneo para tratar las cuestiones derivadas de las leyes antimonopolistas: "Estamos persuadidos de que el largo y profundo examen efectuado por la Comisión de las cuestiones que ha decidido, le ha dotado con la experiencia que precisamente necesita para el cumplimiento de sus deberes estatuidos por la ley." Pero la política de tratar a los Tribunales administrativos de esta forma se ha calificado recientemente como "fertilidad judicial". Frankfurter, J. ha afirmado en relación con el Tribunal de Relaciones Laborales Nacionales: "Si yo fuera un juez de distrito, quizás diría que esto me parece otra historia increíble; pero estos individuos, Paul Herzog y los demás, conocen la naturaleza humana, yo no." La tradicional dicotomía de abandonar las cuestiones de hecho a los Jurados y Comisiones y reservar las cuestiones de derecho a los jueces, se halla sometida a severas críticas. El lenguaje de "hecho" y de "derecho" se considera desde hace mucho tiempo como ambiguo. Tratados por el ácido de la lógica, los llamados "hechos" se disuelven frecuente-

mente en procesos de valoración en los que se hallan implicados teorías de muchas clases. Esto es lo que dijo el Tribunal Supremo hace dos meses en relación con el concepto más comúnmente empleado en la actualidad, de Derecho Común:

“Debe tenerse en cuenta que la negligencia no puede establecerse mediante una prueba precisa y directa, tal como la empleada para demostrar que un trozo de terreno mide o no un acre. Los agrimensores pueden medir un acre. Pero medir la negligencia es diferente. Las determinaciones de la negligencia no lo son, en el más estricto sentido de la palabra... Las cuestiones de negligencia precisan del ejercicio del sentido común, así como de buen juicio bajo las circunstancias que se presenten en cada caso particular.”

La naturaleza del proceso judicial ha sido objeto de estudio cuidadoso en los EE. UU.; Douglas, J., quien, yendo más lejos que su predecesor Holmes, J., ha afirmado: “Las decisiones judiciales que sientan jurisprudencia, se basan no sólo en la lógica y en la historia. Las posibilidades de elección debidas al carácter general de una constitución se refieren a la política.” Pero no sólo las estipulaciones constitucionales contienen ese tipo de proposiciones generales que, como Holmes afirmó, no deciden los casos concretos. Las disposiciones legales, bien establecidas por los Tribunales, o por las legislaturas, frecuentemente adoptan la forma de principios generales y amplios. Su aplicación requiere procesos de valoración, así como de reglamentación, que se llevan a cabo más sabia y eficazmente cuando se comprende totalmente el propósito de la ley. Hace dos mil años dijo Celsus: “Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem.” Los juristas deberían estar compenetrados con las políticas de las leyes; y cuando las leyes se refieren a cuestiones económicas, es vital para los juristas que conozcan las teorías y políticas económicas.

La cuestión a discutir es qué problemas surgen cuando se utilizan los Tribunales para la regulación de las prácticas monopolistas. He aquí algunos de dichos problemas. ¿Qué valores se pretenden realizar mediante el aparato gubernamental de los Tribunales? ¿Cuál ha de ser el carácter de las regulaciones establecidas

para el mantenimiento de las normas? ¿Cuáles son los méritos de la flexibilidad y de la rigidez? ¿Es un Tribunal un organismo eficaz para la averiguación de los hechos relevantes para la investigación de una acusación de monopolio? ¿Hasta qué punto serán aptos los Tribunales para la aplicación de las normas a los hechos, ya que esto implica la evaluación de los hechos a la luz de las políticas económicas determinantes de las normas? ¿En qué medida los remedios legales normales son apropiados para el funcionamiento de la intervención económica? ¿Pueden los Tribunales implantar o administrar remedios más apropiados para la regulación de los monopolios?

Es claro que las políticas implicadas en la regulación legal de los monopolios no son puramente económicas. Bentham enseñó que todas las leyes eran un mal, puesto que constituían una limitación a la libertad. Podría existir, sin embargo, una ley buena, pero para averiguar cuándo es así, habría que comparar el daño evitado por el establecimiento de la ley, con el inherente a su implantación. Ahora bien; si ha de alcanzarse un beneficio social mediante la intervención estatal, el cálculo se hace más complejo. La acción estatal directa puede ser más eficaz para el logro de un fin económico particular, que el empleo de leyes generales y su administración a través de Tribunales. Pero la economía aplicada es economía política. Existen importantes intereses sociales que han de mantenerse gracias a las garantías procesales de los Tribunales, lo que ha de compararse con los intereses que existen en la regulación del monopolio. Desgraciadamente, el cálculo feliz de la comparación de los males, o de la perecuación de los intereses, no puede solucionarse mediante las matemáticas. El mecanismo de enjuiciamiento está todavía por ser investigado totalmente. Yo aquí sólo sugiero que existe el problema. Lo que someto a consideración es que las políticas, distintas de aquella del "Imperio de la Ley" (rule of law) implicadas en la regulación del monopolio, no son exclusivamente económicas. La justicia política demanda la regulación del poder económico con el fin de mantenerlo dentro de los límites tolerables en una democracia. La justicia económica, o empleando una expresión más antigua, el *justum pretium*, exige la regulación que trata de preservar la competencia a

fin de asegurar precios justos a los consumidores y a los productores.

La relación entre el poder económico y el poder político se estudia en muchas disciplinas. Se ha establecido tradicionalmente en la ciencia jurídica la distinción entre *imperium* y *dominium*. Su validez se ha discutido siempre. Fué Austin, y no Marx, quien afirmó que podía haber solamente derechos frente a personas, no sobre las cosas. Cuando la ley Sherman se aprobó, se pensó iba dirigida contra los imperios industriales. A principios de siglo, sin embargo, en cierto número de casos, de los cuales fué uno el de la United States Steel, el Tribunal Supremo sostuvo que el mero tamaño de la empresa, si no va acompañado de prácticas desleales, no constituía una infracción de la legislación. Pero hacia 1948, la opinión del Tribunal Supremo había cambiado. En el caso de la Columbia Steel, el Tribunal Supremo autorizó la expansión de la sociedad United States Steel mediante la adquisición de la Consolidated Steel. La mayoría, de cinco contra cuatro, tuvo en cuenta el tamaño, pero afirmó que había de compensarse con la necesidad de la expansión de la industria. La minoría, sin embargo, formuló la doctrina de que los males del monopolio pueden radicar exclusivamente en las dimensiones de la empresa, que guarde estrecha relación con los factores económicos.

“La condenación de las empresas de grandes dimensiones demuestra que el tamaño de las mismas puede convertirse en una amenaza, tanto industrial como social. Puede convertirse en una amenaza industrial porque origina fuertes desigualdades entre los competidores existentes o potenciales. Puede constituir una amenaza social a causa de su influencia sobre los precios. El poder sobre los precios en la industria del acero es una palanca importante de nuestra economía. Porque el precio del acero determina el precio de otros cientos de artículos. Nuestro nivel de precios determina en gran medida el que nos encontremos en un período de prosperidad o depresión, de abundancia o de escasez.”

La referida amenaza social puede catalogarse como económica. El Tribunal, sin embargo, continuó diciendo:

“En último término, las dimensiones de la industria del acero es la amenaza del poder de un conjunto de individuos sobre nuestra economía... Todo poder tiende en sí mismo a convertirse en gobierno. El poder que controla la economía debería hallarse en las manos de representantes elegidos por el pueblo, y no en las de una oligarquía industrial. El poder industrial debería descentralizarse. Debería dispersarse entre muchos, de forma que las fortunas de la gente no dependiesen del antojo o el capricho, los prejuicios políticos o la estabilidad emocional de unos pocos hombres que se han honrado a sí mismos. El hecho de que no son hombres viciosos, sino respetables y con mentalidad social, es irrelevante.”

Tampoco tomó en cuenta esta opinión el poder que ejercen los directores de un gran complejo industrial sobre sus empleados. El derecho a despedir a los trabajadores sobrepasa el ámbito de la ley civil, para convertirse en un problema de derecho público relativo a la movilidad de la población cuando se hayan implicado miles y cientos de miles de individuos.

La política de regular el monopolio a fin de que se formen precios justos tiene por finalidad el lograr una regulación “natural” de los precios, frente a la fijación estatal de los mismos. Se supone que la competencia en el mercado asegurará un precio justo. Estas fuerzas “naturales” pueden, sin embargo, eliminar la competencia. Los competidores no compiten a fin de preservar la competencia. Las políticas empresariales de reducción de los precios son competencia; pero pueden eliminar la competencia. Se ha sugerido que puesto que la política de regulación de monopolios pretende el logro, en interés nacional, de precios justos y eficacia productiva, la intervención podría ser más directa. En lugar de basarse sobre la competencia para favorecer los intereses nacionales, es suficiente controlar las unidades económicas. Los esquemas que se derivan de tales criterios exigirían prácticas administrativas diferentes de aquellas que tratan de combatir los monopolios únicamente mediante el mantenimiento de la competencia. El economista es quizás el especialista que ha de analizar los méritos de la maquinaria que se monte para la supresión de las

prácticas restrictivas; pero ¿podrá valorar el resultado y las consecuencias de que el poder económico se convierta en un poder político?

Me doy perfecta cuenta de lo inadecuado de mi estudio de la política para regular el monopolio. Sin embargo, creo necesario que abogados y juristas se detengan a considerar tales políticas para que comprendan las leyes más importantes. No creo que sea posible establecer normas que han de aplicarse de una forma lógica, sin consideración a las políticas que yacen tras ellas. Aludiré, sin embargo, en relación con esta cuestión a un asunto especial. El decano de la Harvard School of Public Administration ha afirmado que los jueces analizan las cuestiones desde el punto de vista de las prácticas restrictivas, mientras que los economistas, que se ocupan del problema de los monopolios, lo han analizado desde el punto de vista de la regulación de los mercados. La razón de ello es que los abogados se preocupan de obtener pruebas que tuviesen fuerza ante los tribunales, y es más fácil establecer normas utilizables que prohíban tipos especiales de prácticas restrictivas que lograr pruebas de que se ha ejercitado una influencia poderosa sobre el mercado. No puedo aceptar esta tesis. Las prácticas restrictivas son el medio mediante el cual se obtiene el control de los mercados. No nos hallamos ante un conflicto entre abogados y economistas, sino otro más viejo dentro del Derecho, que aparece en todas sus ramas, entre la certeza y la discrecionalidad. Una serie de fórmulas rígidas que prohíban prácticas particulares podrán dar lugar a la aparición de otras prácticas para controlar el mercado que escapen a la acción de la ley, puesto que no infringen dichas fórmulas, mientras que otras que no afectan al mercado se condenan. Unas normas demasiado flexibles podrán, por otra parte, hacer difícil la labor judicial, puesto que permiten adoptar decisiones diversas. Pero esto no es peculiar de las leyes antimonopolistas. Se ha dicho que nuestra cultura de dos mil años yace entre los preceptos normalistas y las normas liberales.

Los estudios evaluatorios de los diversos métodos de averiguar los hechos son escasos. Tales estudios deben empezar con la necesidad de distinguir entre varios casos de los llamados "hechos"; y tanto el derecho inglés como otros muchos sistemas legales conocen al respecto más de un método. No debe suponerse que el

procedimiento de un juicio, con sus normas para establecer las pruebas es el único legal. El Tribunal Supremo afirmó, en el caso del Instituto del Cemento, que los organismos administrativos, como la "Federal Trade Commission" nunca se han hallado limitadas por normas rígidas en cuanto a las pruebas. Y, por supuesto, ciertas normas que excluyen algunas pruebas en los procedimientos criminales no son aplicables al caso que nos ocupa. Sin embargo, no debe suponerse que las diversas normas inglesas respecto a las pruebas carecen de valor. El problema de la selección de las mismas por el Tribunal de las Prácticas Restrictivas sigue en pie.

Una de las cuestiones se refiere a las pruebas aportadas por los economistas. ¿Hasta qué punto han de admitirse aquéllas, basadas en lo que piensa la opinión pública sobre las condiciones generales de una industria? ¿Qué dicen las opiniones de los economistas sobre la probable causa y efecto, así como las tendencias y los objetivos? ¿Qué decisión adoptará un tribunal cuando los economistas se hallen en desacuerdo? ¿Debería un Tribunal que cuenta con especialistas como asesores, aceptar la valoración de dichos asesores en relación con las pruebas?

Otro problema relacionado con el análisis de los hechos surge como consecuencia del gran volumen de este tipo de procesos. Las investigaciones en el caso del Instituto del Cemento, pueden compararse al juicio de Núremberg. Fueron precisos tres años para estudiar la documentación formada por cuarenta y nueve mil páginas de testimonio oral y cincuenta mil páginas de otros documentos. Se ha afirmado que la recogida y análisis es *el problema* en los casos antimonopolistas. Se ha sostenido que sólo los economistas podrán destilar los aspectos esenciales de los hechos y descubrir sus implicaciones. ¿No es razonable, sin embargo, pensar que los abogados también han demostrado cierta competencia en el manejo de grandes masas de hechos complejos?

Queda la cuestión de la neutralidad y eficacia de los remedios que pueden lograrse mediante la intervención de los tribunales en la regulación de los monopolios. Me limitaré a una observación. Se considera principalmente que la función básica del Derecho es la regulación social de la conducta humana. Así, la principal finalidad de la legislación para regular el monopolio será emplean-

do el lenguaje de los tribunales que intervinieron en el caso del Instituto del Cemento: "No castigar a los violadores por la conducta pasada, sino impedir prácticas específicas para el futuro."

Una de las grandes ventajas de una institución como la "Federal Trade Commission" es que dispone de medios para supervisar el cumplimiento de sus órdenes y para asegurarse de que las prácticas concuerdan con tales órdenes. Otra gran ventaja es que disponen de funcionarios que pueden investigar prácticas criminales y llevar los casos cuando sea preciso ante los tribunales. La experiencia del siglo XIX en Inglaterra demostró el valor de los inspectores si la legislación ha de ser verdaderamente efectiva. La ausencia de una "policía comercial" es una de las razones por las cuales muchas de las normas de la legislación comercial son letra muerta. Una conclusión se desprende de esta discusión, y es que la legislación de las prácticas restrictivas del comercio será probablemente más efectiva si los tribunales disponen regularmente de un servicio de inspectores.

J. L. MONTROSE