

# ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTCP/W/164  
26 de junio de 2001

(01-3199)

**Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre  
Comercio y Política de Competencia**

Original: inglés

## COMUNICACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

A continuación se facilita el texto definitivo de un documento recibido de la Misión Permanente de los Estados Unidos que se distribuyó como copia provisional para la reunión del Grupo de Trabajo de 22-23 de marzo de 2001.

### Gestionar la Ley y la política de competencia: cómo fijar y lograr objetivos políticos con unos recursos limitados

#### **Introducción**

El año pasado, en el ámbito de debate sobre "enfoques para promover la cooperación y la comunicación entre los Miembros, incluso en el campo de la cooperación técnica", los Estados Unidos presentaron un documento que pretendía estimular el examen, por parte del Grupo de Trabajo, de las formas en que los Miembros pueden crear una "cultura de la competencia".<sup>1</sup> En aquel momento nuestra delegación se refirió a varios de los problemas que se plantean a los nuevos organismos antitrust a la hora de concebir y organizar su trabajo en el contexto de unos entornos económicos y jurídicos en los que la legislación antitrust, e incluso los temas de política de competencia en general, son conceptos nuevos y no experimentados.<sup>2</sup> El presente documento desarrolla estos temas. Aunque nos basamos ampliamente en la estructura y la experiencia de los organismos antitrust estadounidenses, lo hacemos también con la esperanza de inducir a la reflexión sobre la forma en que los nuevos organismos antitrust pueden tratar las cuestiones similares. Al igual que sucede en la mayoría de los aspectos de la política de competencia, las prioridades específicas de observancia varían necesariamente con el tiempo, al ir ganando experiencia en los temas de competencia los ciudadanos y gobiernos de los Miembros, y al ir variando las circunstancias económicas a escala nacional y mundial. Esperamos fomentar en esta reunión un intercambio de opiniones productivo sobre algunos aspectos prácticos del establecimiento de prioridades en la aplicación de la legislación antitrust y sobre temas relacionados con la política de competencia actual, garantizando a la vez la coherencia con los principios y objetivos fundamentales de una política de competencia sólida.

---

<sup>1</sup> WT/WGTCP/W/142 (9 de junio de 2000).

<sup>2</sup> *Id.* páginas 14-17.

Los organismos antitrust, al igual que otros organismos gubernamentales, deben establecer prioridades en sus trabajos, con el fin de aprovechar al máximo sus repercusiones en unos marcos concretos que cuentan con recursos limitados -y a veces muy limitados-. Por así decirlo, existen dos grupos de consideraciones muy diferentes que deben tener en cuenta los organismos antitrust. En primer lugar, el organismo debe decidir cómo asignar sus trabajos y recursos entre varios ámbitos de actividad de carácter muy amplio. ¿Deberá hacer hincapié en la sensibilización del público con respecto a los temas relacionados con la competencia, incluida su legislación antitrust? ¿Se centrará en la promoción de la competencia frente a otros organismos gubernamentales?<sup>3</sup> ¿Subrayará las medidas de observancia de la ley y, si es así, qué tipo de medidas (cárteles o fusiones, unos pocos asuntos "importantes" o muchos asuntos de menor envergadura)? O, lo que es más importante, ¿en qué proporciones y dentro de qué límites podrá realizar todos estos trabajos? En segundo lugar, cuando un organismo comienza a aplicar sus leyes, posiblemente se enfrentará a una amplia gama de comportamientos potencialmente anticompetitivos. Deberá decidir entonces la mejor forma de utilizar la parte de sus recursos dedicados a la observancia de la ley, para poder seleccionar razonablemente los asuntos que vaya a investigar y, cuando corresponda, incoar un procedimiento con arreglo a su sistema administrativo o judicial.

Algunos ejemplos nos mostrarán por qué es fundamental, a la vez que ineludible, establecer y volver a establecer prioridades. En 1999, la Ley antitrust de la Argentina fue modificada para proporcionar al organismo antitrust competencias en materia de notificaciones previas a las fusiones y de examen de las fusiones. Las modificaciones han obligado al organismo argentino a dedicar una cantidad significativa de recursos a estas nuevas labores, importantes y complejas, pero los recursos que actualmente se destinan a las fusiones han debido ser desviados de otras labores del organismo. De manera similar, la Ley antitrust de los Países Bajos, de 1997, trajo consigo una oleada inicial de más de 1.000 solicitudes de exención, cuya gestión ha absorbido una gran parte de los recursos del nuevo Organismo de Competencia. Al mismo tiempo, el organismo neerlandés ha tenido que centrarse en su propia organización y la formación de su personal, planificando a la vez para el día -que llegará pronto- en que termine de gestionar las solicitudes de exención y pueda dedicarse a labores de observancia.<sup>4</sup> De manera más general, cada vez se reconoce más el daño que provocan los cárteles, tanto nacionales como internacionales, lo que ha llevado a los organismos antitrust, desde Suecia hasta el Brasil e Irlanda, a conceder la máxima prioridad a la observancia de la legislación contra los cárteles.<sup>5</sup>

Por último, para poder compaginar sus recursos limitados con unas circunstancias jurídicas y económicas cambiantes, la Comisión Europea se ha visto obligada a proponer la modificación de sus normas sustantivas y de procedimiento, que venía aplicando desde hace muchos años, sobre restricciones verticales y autorización de acuerdos privados. Como afirmó el Comisario Mario Monti el año pasado, el sistema de autorización de la Comisión "facilitó el desarrollo de un corpus de normas claras y estructuradas y su aplicación coherente en toda la Comunidad"; pero ahora "se ha

---

<sup>3</sup> Los Estados Unidos, el Canadá y Corea presentaron documentos sobre este tema el año pasado. Véanse los documentos WT/WGTCP/W/153 (Estados Unidos); WT/WGTCP/W/146 (Canadá); y WT/WGTCP/W/144 (Corea).

<sup>4</sup> Autoridad de Competencia de los Países Bajos, Informe Anual 1999, páginas 5-7. Este Informe observaba que, puesto que se esperaba que los trabajos sobre las peticiones de exención disminuyesen durante el año 2000, el organismo dispondría de recursos para otras actividades, entre ellas la investigación de cárteles ocultos y abusos de posición dominante, especialmente en materia de acceso a las redes. *Id.* página 6.

<sup>5</sup> Véase Ministro Mona Sahlin, *The New Swedish Proposal on Competition Policy* (12 de septiembre de 2000) páginas 6-8. Como explica un documento sobre la página Web de la Autoridad de Competencia de Irlanda, este organismo ha concedido la máxima prioridad a la lucha contra los cárteles [www.irlgov.ie/compauth/immunity](http://www.irlgov.ie/compauth/immunity).

producido una gran transformación del entorno en que se desenvuelve la política de competencia: la Comunidad se ha convertido en un mercado muy integrado..." En consecuencia, "el régimen de autorización [de la UE] que obliga a las empresas a notificar sus acuerdos a la Comisión se ha convertido en un corsé burocrático que ya no facilita la protección eficaz de la competencia. La obligación de tramitar las notificaciones impide a la Comisión centrarse en las restricciones más graves... aquellas infracciones que nunca se notifican y que son las que más perjudican a los consumidores y la economía europea".<sup>6</sup>

Como es lógico, las prioridades de un organismo antitrust no resultan demasiado útiles, ni para el organismo ni para los demás, si no se divulgan y explican ampliamente tanto entre los funcionarios del organismo como entre la población que se ve afectada por ellas. Es más, la exposición y el debate públicos sobre la naturaleza y orientación de las prioridades de un organismo ayudan a garantizar que su misión siga respondiendo a los principios subyacentes de un sistema antitrust sólido. En consecuencia, como ya se ha debatido en reuniones anteriores del Grupo de Trabajo, los funcionarios antitrust en los Estados Unidos y otros lugares explican periódicamente -en discursos, documentos estratégicos, informes anuales, declaraciones ante las asambleas legislativas y otros medios similares- cuáles son sus prioridades y por qué es conveniente cambiar las prioridades existentes.<sup>7</sup> Citaremos sólo tres ejemplos. En primer lugar, el Presidente de la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos, Robert Pitofsky, pronunció un discurso este mes explicando por qué uno de los grandes desafíos para la próxima década será determinar qué políticas permitirán prosperar a la economía de mercado en el contexto de la revolución de la propiedad intelectual, haciendo hincapié en la "Nueva Economía".<sup>8</sup> En segundo lugar, las propuestas estadounidenses, mencionadas más arriba, han ido acompañadas de un amplio proceso de consultas públicas con objeto de modificar su régimen de autorizaciones. Y, en tercer lugar, la Oficina de Competencia del Canadá publicó el año pasado un "*Conformity Continuum Information Bulletin*", que describe en 15 páginas el enfoque general del organismo para la gestión y aplicación de la Ley de competencia del Canadá.<sup>9</sup> Teniendo en cuenta estos distintos ejemplos de transparencia en el establecimiento de las prioridades antitrust, pasemos a un examen más detallado de lo que mejor conocemos -la forma en que los organismos antitrust estadounidenses determinan y fijan sus prioridades para adaptarse a unas circunstancias cambiantes-.

---

<sup>6</sup> Comisión Europea, XXIX Informe sobre la política de competencia 1999 (2000) página 6.

<sup>7</sup> En ocasiones, los organismos antitrust pueden solicitar asesoría de especialistas externos, como hizo el Departamento de Justicia al crear el Comité Consultivo de Políticas de Competencia Internacional (ICPAC) en 1997; el año pasado el ICPAC publicó un informe exhaustivo, [www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm](http://www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm).

<sup>8</sup> Robert Pitofsky, "*Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*" (2 de marzo de 2001), [www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm](http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm). Otros ejemplos recientes de discursos en que se explican las nuevas prioridades en otros contextos son el de John Vickers, Director General de Comercio Justo del Reino Unido, "*Competition Policy and Globalization*" (16 de enero de 2001), [www.oft.gov.uk/html/research/sp-arch/spe01-01.htm](http://www.oft.gov.uk/html/research/sp-arch/spe01-01.htm); y el de A. Douglas Melamed, Ayudante en funciones del Fiscal General de los Estados Unidos, "*Promoting Sound Antitrust Enforcement in the Global Economy*" (19 de octubre de 2000), [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6785.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6785.htm).

<sup>9</sup> [www.strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01768e.html](http://www.strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01768e.html).

## **Establecimiento de prioridades en los organismos antitrust estadounidenses**

El sistema federal antitrust de los Estados Unidos distribuye sus facultades para perseguir las infracciones de manera más amplia que muchos otros regímenes antitrust.<sup>10</sup> Los estatutos y decisiones de los tribunales de los Estados Unidos confieren capacidad jurídica para aplicar las normas antitrust nacionales estadounidenses a los dos organismos federales antitrust, la División Antitrust del Departamento de Justicia y la Comisión Federal del Comercio (Federal Trade Commission - FTC), así como a los fiscales generales estatales y a los particulares, como las empresas y consumidores perjudicados. En este documento nos centraremos en cómo establecen y aplican sus prioridades los dos organismos federales antitrust.

### *Marco jurídico*

La Comisión Federal del Comercio es la única responsable de la aplicación de la Ley de la Comisión Federal del Comercio ("FTC Act") y comparte con el Departamento de Justicia la autoridad para la aplicación de la Ley Clayton. La autoridad antitrust de la FTC se deriva del párrafo 1) de la letra a) de la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal del Comercio, que prohíbe los métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten al comercio. Los métodos desleales de competencia incluyen cualquier conducta que infrinja las Leyes Sherman o Clayton, y se amplían aún más abarcando las conductas que infringen el espíritu de dichas Leyes y que constituyen un delito antitrust "incipiente" que, si no se corta de raíz, podría llegar a infringir la Ley Sherman o la Ley Clayton. El organismo es el primer árbitro sobre qué constituye un "método desleal de competencia" y cuenta con amplias facultades para interpretar este mandato, dentro de los parámetros establecidos por los tribunales, caso por caso.<sup>11</sup>

En virtud de la letra b) de la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal del Comercio, la Comisión sólo puede incoar una demanda si tiene "motivos para creer" que se ha infringido la ley<sup>12</sup> y decide que la aplicación de sanciones "sería de interés público".<sup>13</sup> La Ley no cita los factores para determinar dicho "interés público", dejándolo a discreción del organismo. En cada asunto, la Comisión Federal del Comercio evalúa la forma en que la decisión de incoar un procedimiento afectaría al interés público a corto y largo plazo, considerando, entre otras cosas, su importancia para la evolución de la ley, su valor como precedente y lo limitado de los recursos del organismo. Antes de incoar un procedimiento, la FTC debe estar convencida no sólo de que existe una probable infracción de la ley, sino también de que podría ocasionar un perjuicio a la competencia y a los consumidores. El ejercicio de su decisión de incoar un procedimiento implica sopesar los beneficios

---

<sup>10</sup> La mayoría de los Estados de los Estados Unidos cuentan también con leyes antitrust que siguen muy de cerca a las leyes federales antitrust. Las leyes estatales se aplican normalmente a las infracciones que se dan en un Estado en su totalidad. Estas leyes estatales se aplican de manera similar a las leyes federales, a través de las oficinas de los fiscales generales estatales.

<sup>11</sup> Véase *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 495 U.S. 233 (1972); *FTC v. R.F. Keppel & Bros., Inc.*, 291 U.S. 304 (1934).

<sup>12</sup> El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha estimado que las conclusiones de la Comisión Federal del Comercio sobre un "motivo para creer" que se ha infringido la ley es un acto discrecional no sometido a revisión judicial, excepto cuando esté relacionado con la revisión de un mandamiento ordenando el cese de una conducta determinada. Véase *FTC v. Standard Oil Co.*, 449 U.S. 232, 239-43, 246 (1980).

<sup>13</sup> El Reglamento de procedimiento de la Comisión Federal del Comercio establece que "la Comisión actuará únicamente por motivos de interés público y no iniciará una investigación ni tomará medida alguna de otro tipo cuando la presunta infracción de la ley sea simplemente una controversia privada que no vaya a afectar al interés público". 16 C.F.R. § 2.3.

potenciales de prohibir la infracción frente a los costes de incoar un procedimiento de observancia y supervisar el cumplimiento de una orden de la Comisión Federal del Comercio. La Comisión busca asuntos que vayan a suponer los mayores beneficios tangibles para los consumidores con el menor gasto posible de recursos y sin interferir indebidamente con el libre funcionamiento del mercado.<sup>14</sup>

La Comisión Federal del Comercio se creó como organismo independiente con el fin de garantizar su carácter apolítico. Los Comisarios son elegidos por períodos escalonados de siete años, solapándose así con las administraciones presidenciales, y no pueden ser cesados por tomar decisiones impopulares desde el punto de vista político; sólo un máximo de tres de los cinco Comisarios pueden pertenecer al mismo partido político. No obstante, el Presidente de los Estados Unidos nombra al Presidente de la Comisión, que tiene una influencia notable sobre su funcionamiento y orientación. La Comisión ve sus causas ante jueces especializados en derecho administrativo, aunque puede recurrir provisionalmente a los tribunales federales para los asuntos urgentes, como las fusiones. Las decisiones de los tribunales administrativos están sujetas al examen de la Comisión, que actúa más en su calidad de poder adjudicatario que como órgano de investigación y control, y sometidas en última instancia al examen de los tribunales federales.<sup>15</sup>

El Departamento de Justicia es un organismo encargado de la observancia de la ley. Como Departamento del poder ejecutivo, aplica las leyes antitrust a través de procedimientos penales y civiles en los tribunales federales. Es el único con autoridad para actuar contra las infracciones penales federales. El Fiscal General es un funcionario del poder ejecutivo, y en virtud de la Constitución de los Estados Unidos, es responsable en última instancia ante el Presidente que lo ha nombrado (previo consejo y aprobación del Senado de los Estados Unidos). Dentro del Departamento de Justicia, al frente del cual está el Fiscal General, la aplicación de la legislación antitrust compete a la División Antitrust, dirigida por un Ayudante del Fiscal General, nombrado también por el Presidente (previo consejo y aprobación del Senado).

#### *Establecimiento de las prioridades generales en materia de observancia y selección de asuntos concretos*

##### A. Comisión Federal del Comercio (FTC)

La Comisión interpreta y aplica la Ley de la Comisión Federal del Comercio, en primer lugar, mediante el seguimiento y adjudicación de asuntos concretos. La Oficina de Competencia de la Comisión, con la ayuda de su Oficina Económica, desempeña la misión antitrust del organismo investigando las presuntas infracciones y recomendando, cuando corresponda, la adopción de medidas formales para hacer cumplir la ley. Además, la Comisión Federal del Comercio anima a los organismos públicos federales, estatales y locales a utilizar los mecanismos de mercado, con preferencia a las restricciones normativas, facilitando, previa petición, informes o comentarios a los organismos que solicitan su opinión. La Oficina de Planificación Estratégica de la Comisión Federal del Comercio se encarga de coordinar la defensa de los consumidores y de la competencia. El personal de la Comisión fomenta también la observancia voluntaria, emitiendo dictámenes

---

<sup>14</sup> La letra c) de la sección 6 de la Ley de la Comisión Federal del Comercio autoriza a la Comisión "siguiendo instrucciones del Presidente o de cualquiera de las dos Cámaras del Congreso a investigar e informar sobre los hechos relacionados con cualquier presunta infracción de las leyes antitrust por parte de cualquier empresa" pero la Comisión decide independientemente si llevar a cabo tales investigaciones y si incoar acciones basándose en las pruebas encontradas.

<sup>15</sup> Cabe destacar que en cualquier sistema de investigación que confiere amplias facultades al organismo investigador para decidir qué causas deben incoarse y cuando, la revisión judicial (o cualquier mecanismo análogo que implique un examen independiente) desempeña un papel crucial para garantizar que los encausamientos se basan en los principios previstos por la ley y dentro de unos parámetros razonables.

consultivos para los ciudadanos que piden aclaraciones sobre las políticas de aplicación de la Comisión.

La Comisión Federal del Comercio establece sus prioridades en materia de observancia a través del procedimiento presupuestario. Cada año la Comisión elabora una propuesta de presupuesto para su misión antitrust, que se somete a la aprobación del Congreso. La propuesta de presupuesto especifica la asignación de los fondos por sectores del programa, por ejemplo, notificaciones previas a las fusiones, fusiones y empresas mixtas y asuntos no relacionados con las fusiones. Las asignaciones propuestas se basan en el pasado reciente, así como en la previsión de las tendencias futuras de la economía (en su estructura o composición).

La principal limitación práctica a que se enfrenta la Comisión Federal del Comercio para establecer sus prioridades antitrust son las restricciones de recursos impuestas por sus obligaciones estatutarias de examen de fusiones. Los requisitos de notificación previa a la fusión y los estrictos plazos para el examen de las fusiones establecidos por la Ley de Mejora Hart-Scott-Rodino de 1976 (HSR) obligan a la Comisión a dedicar recursos suficientes para cumplir sus obligaciones en virtud de esta Ley. La oleada de fusiones de la década de los 90 triplicó el volumen de trabajo de la Comisión en este respecto durante un período de siete años, y obligó a utilizar recursos destinados a otros sectores. Actualmente, más de dos tercios de los recursos de la Oficina de Competencia se dedican a la observancia de la legislación aplicable a las fusiones.<sup>16</sup>

El tercio restante de los recursos de la Oficina de Competencia se asigna a la observancia de asuntos no relacionados con las fusiones, ámbito que plantea cada vez más preocupaciones, especialmente en aquellos sectores dinámicos de la economía que afectan seriamente a los consumidores, como los acuerdos para la prestación de servicios sanitarios y las prácticas de exclusión por parte de empresas dominantes en las industrias de alta tecnología. Estos recursos se asignan también a actividades no relacionadas con los litigios, como los trabajos analíticos en apoyo del programa de promoción de la competencia de la Comisión, los dictámenes consultivos y la gestión de la correspondencia y las consultas de los ciudadanos.

La promoción de la competencia desempeña también un papel importante en el trabajo del organismo, ya que uno de los objetivos de la Comisión es apoyar una reforma normativa sólida.<sup>17</sup> El personal de la Comisión presenta regularmente observaciones sobre los procedimientos federales y estatales para la desregulación de sectores como el eléctrico. Además, la Comisión ha aplicado medidas de observancia en mercados anteriormente regulados para impedir la aparición de restricciones privadas que anulen los beneficios de la competencia. Así, la Comisión ha luchado

---

<sup>16</sup> A finales del año pasado el Congreso modificó significativamente los requisitos de informe previo a las fusiones establecidos por la Ley HSR, ampliando los requisitos mínimos para las transacciones notificables; los nuevos requisitos de informes entraron en vigor el 1º de febrero de 2001. Pub. L. N° 106-553, 114 Stat. 2762. Las enmiendas a la Ley HSR que afectan a estos requisitos son: aumento del volumen mínimo de transacción a 50 millones de dólares EE.UU., eliminación del límite del límite máximo del 15 por ciento de la transacción; las transacciones valoradas en más de 200 millones de dólares EE.UU. deberán notificarse independientemente del "tamaño de la persona" y los límites máximos en dólares se adaptarán en cada ejercicio fiscal, a partir del correspondiente a 2005, para tener en cuenta los cambios en el producto nacional bruto durante el año precedente.

<sup>17</sup> Como explicábamos en el documento presentado recientemente sobre promoción de la competencia, véase *supra* nota 3, "la Comisión Federal del Comercio considera que su programa de promoción de la competencia consume actualmente alrededor del 1 por ciento de su presupuesto, habiendo bajado de entre 2 a 5 por ciento a finales de los ochenta. ... Esta reducción refleja no sólo las restricciones presupuestarias, sino también el éxito del programa en sus primeros años al detectar las limitaciones más obvias y omnipresentes a la competencia". *Id.* página 8.

contra las conductas anticompetitivas en las industrias desreguladas o en proceso de desregulación, como el gas natural, la electricidad, la televisión por cable y los servicios profesionales.

Aunque la Comisión no se centra en sectores concretos, sí dirige sus recursos limitados a aquellos segmentos de la economía que representan un gasto elevado para los consumidores, como la atención sanitaria, los productos farmacéuticos, otros servicios profesionales, la alimentación, la energía y determinadas industrias de alta tecnología como los ordenadores y la programación de vídeos. En los últimos años la Oficina de la Competencia ha venido dedicando cada vez más recursos a la observancia en las industrias de alta tecnología. La Comisión también ha desempeñado un papel importante para mantener la competencia en la industria de defensa, en la que el "consumidor" es esencialmente el Gobierno de los Estados Unidos.

Volviendo al proceso de selección de asuntos, la Comisión se basa en distintas fuentes de información para decidir la forma óptima de asignar los recursos. Entre ellas pueden citarse las quejas de los consumidores, proveedores o competidores sobre prácticas presuntamente anticompetitivas. El personal de la Oficina de Competencia examina estas quejas y, cuando están dentro de su jurisdicción, puede iniciar una investigación. Muchas veces son los propios miembros del personal quienes, al examinar en la prensa general y comercial las noticias sobre fusiones, acuerdos de distribución y otras conductas o acuerdos pertinentes, ponen en marcha una investigación, que también puede surgir de otros asuntos, investigaciones y proyectos de la Oficina. El programa de notificaciones previas a las fusiones es, por supuesto, la fuente principal de investigaciones en materia de fusiones. En general, la decisión de seleccionar un asunto depende en parte de si ello potenciará los objetivos políticos de la Comisión. Estos objetivos se inspiran, entre otras cosas, en las opiniones y la información recolectada gracias al seguimiento de la evolución empresarial y económica en la prensa, la celebración de seminarios y la participación en conferencias. La interacción informal entre colegas ayuda, a su vez, a divulgar los nuevos conocimientos por toda la Comisión.

La Comisión Federal del Comercio ha establecido procedimientos concebidos para garantizar que los asuntos seleccionados son sólidos desde el punto de vista jurídico y económico y suponen la utilización más productiva posible de los recursos limitados del organismo. Las investigaciones sobre fusiones y las que no son sobre fusiones siguen procedimientos similares, aunque independientes, para la incoación y la revisión de los asuntos. En las investigaciones no relacionadas con fusiones, el jefe de la división correspondiente aprueba la puesta en marcha de una investigación inicial, generalmente basada en la solicitud de un abogado miembro del personal y un memorándum que explica brevemente la investigación propuesta. Se nombra a un economista para ayudar en la investigación. Si la investigación preliminar aporta pruebas de una infracción verosímil de la ley y un perjuicio a la competencia, el personal enviará un resumen de sus conclusiones, el fundamento jurídico y una solicitud al Comité de Evaluación de la Oficina de la Competencia para pasar a una investigación plena, más profunda y detallada. En este punto, el personal puede solicitar también autorización para un apercibimiento, o solicitudes de investigación civil, lo que impone a las partes la obligación jurídica de facilitar los documentos, testimonios o información que les solicite el personal para la investigación. No obstante, estas medidas deben ser autorizadas previamente por la Comisión.

El Comité de Evaluación está compuesto por los Directores de las Oficinas de Competencia y Economía y sus subdirectores principales, y normalmente está presidido por el Director de la Oficina de Competencia. El Comité considera los distintos análisis y, si existen opiniones diferentes, las distintas recomendaciones del personal de investigación de la Oficina de Competencia, la División de Política y Evaluación de la Oficina de Competencia y la Oficina de Economía. La Oficina de Economía presenta el análisis económico y su opinión sobre las ventajas económicas y las repercusiones de otras medidas alternativas. La decisión de comprometer recursos adicionales para la investigación corresponde al Director de la Oficina de Competencia.

Debido especialmente al aumento del volumen de trabajo sobre fusiones en la Oficina de Competencia, hay que ser selectivos a la hora de decidir la forma de utilizar los recursos no destinados a investigaciones sobre fusiones. La Oficina supervisa los avances de las investigaciones e intenta decidir lo más pronto posible si vale la pena seguir con una investigación o es preferible centrarse en otros temas. La decisión de asignar recursos es un elemento importante y sofisticado del proceso de establecimiento de prioridades. La cantidad de recursos comprometidos varía en cada asunto y en cada fase del proceso de aplicación dentro de un mismo asunto. Algunos de los factores clave que considera la Oficina antes de emprender una investigación son: i) la probabilidad de descubrir una infracción; ii) las repercusiones sobre los consumidores; iii) el valor disuasorio y como precedente del asunto; y iv) cómo beneficiará ello a los consumidores. Pero la Comisión Federal del Comercio no sólo se ocupa de los "grandes" asuntos; también trata, por ejemplo, asuntos relacionados con los servicios sanitarios en mercados relativamente pequeños en los que los efectos de la infracción pueden ser reducidos en una escala relativa pero importantes para los consumidores afectados o por su valor disuasorio. Al recomendar la interposición de una denuncia, la Oficina sopesa también los riesgos inherentes al litigio, como el nivel de recursos que deberán comprometerse y la probabilidad de éxito.

Algunas veces la Comisión Federal del Comercio incoa asuntos no sólo por sus efectos inmediatos sobre el mercado, sino también porque son casos que pueden ayudar a aclarar la ley.<sup>18</sup> Por ejemplo, la Comisión ha aplicado conceptos claros de la ley sobre empresas mixtas a nuevos acuerdos entre profesionales sanitarios, facilitando orientación en ámbitos como la invitación a una confabulación y el establecimiento de normas, en los que la jurisprudencia es relativamente limitada.<sup>19</sup> En ambos tipos de asuntos, el valor de las medidas de observancia supera al del asunto concreto, ya que aclara la ley y ofrece orientación a la comunidad empresarial.

Cuando el origen de la investigación es una queja presentada por una parte privada, la Oficina de la Competencia considerará también si el interés público en el tema es tal que justifica la utilización de recursos gubernamentales, en vez de dejar que la parte privada siga adelante con el asunto, y si la compensación que podría obtener la parte privada sería suficiente para justificar el interés de la Comisión Federal del Comercio en el asunto.

La selección de asuntos y los procedimientos de examen relativos a fusiones son esencialmente similares a los de las investigaciones en asuntos distintos a las fusiones, aunque están más racionalizados debido a las limitaciones temporales que impone la Ley HSR. Los juristas de la Oficina de Notificación Previa a las Fusiones de la FTC examinan los archivos de la Ley HSR y preparan resúmenes analíticos que incluyen recomendaciones para poder finalizar las transacciones a su debido tiempo, sin plantear problemas de competencia (en la gran mayoría de los asuntos) o recomiendan una investigación más amplia por parte del personal de las divisiones sobre litigios en materia de fusiones. El procedimiento de apertura de una investigación inicial es el mismo que en los asuntos no relacionados con fusiones. No obstante, la decisión de pasar de una investigación inicial a una investigación plena, incluida la autorización de enviar nuevas solicitudes a las partes y de recurrir al proceso obligatorio<sup>20</sup>, se toma tras un examen del Comité de Examen de Fusiones de la Oficina de

---

<sup>18</sup> Incluso cuando ya se ha resuelto un asunto, la Comisión explica públicamente los hechos y el fundamento jurídico de sus análisis, para ayudar al público a presentar observaciones sobre los acuerdos logrados.

<sup>19</sup> *Urological Stone Surgeons and Parkside Kidney Stone Centers*, Dkt. C-3791, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 24, 367; *Mesa County Physicians Independent Practice Ass'n, Inc.*, Dkt. 9284, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 24, 266; *Stone Container*, Dkt. C-3815, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 24, 390; *Dell Computer Corp.*, Dkt. C-3658, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 24, 054.

<sup>20</sup> Al igual que en los asuntos no relacionados con fusiones, la Comisión debe autorizar el recurso al proceso obligatorio.



Competencia, que tiene la misma composición que el Comité de Evaluación. Al terminar la investigación plena, el Director de la Oficina vuelve a consultar al personal de la Oficina y a la Oficina Económica si se recomienda alguna medida de observancia. El Director ofrece también a las partes en la transacción la posibilidad de presentar sus argumentos en apoyo de la fusión.

A continuación el asunto se presenta a la Comisión, que toma la decisión definitiva en nombre del organismo. El asunto se asigna a uno de los cinco Comisarios, que se encarga de recomendar las medidas que deba tomar la Comisión. Normalmente el personal y las partes se reúnen con los Comisarios para explicar sus análisis y recomendaciones, y la Comisión decide por mayoría. Si uno de los comisarios no está de acuerdo con la decisión de la mayoría, puede hacer una declaración aparte explicando su postura; la mayoría también puede presentar una declaración explicativa similar.

Los factores que tiene en cuenta la Oficina de la Competencia para decidir si debe iniciar una investigación plena o recomendar una medida de observancia son iguales a los considerados cuando no se trata de fusiones. Las Directrices sobre fusiones horizontales de 1992 del Departamento de Justicia y la Comisión Federal del Comercio fijan las normas sobre infracciones legales.

Tanto en las fusiones como en los asuntos no relacionados con fusiones, la mayoría de los problemas de competencia se resuelven a través de acuerdos, como se ha indicado anteriormente. En cada una de ellas, la decisión de la Oficina de Competencia de recomendar un acuerdo o un litigio se basa en la evaluación del tipo de compensación necesaria para impedir el perjuicio real o potencial para la competencia, así como los riesgos y costes del litigio frente al acuerdo. Un ejemplo en el caso de las fusiones es *Staples Inc./Office Depot Inc.*, en el que las partes propusieron una venta de filiales solamente en las zonas geográficas en las que la fusión sólo dejaría un gran almacén, pero no en las que el número de competidores se había reducido de tres a dos. La Oficina instó a la Comisión a rechazar el acuerdo, ya que era inadecuado para restaurar plenamente el nivel de competencia que existía antes de la fusión. La Comisión se mostró de acuerdo, y autorizó al personal a pedir un desagravio por mandato judicial, que fue concedido por el tribunal del distrito federal.

#### B. El Departamento de Justicia

Como órgano encargado de la aplicación de la ley, el Departamento de Justicia cuenta con amplias facultades para establecer prioridades y determinar qué investigaciones deben iniciarse y proseguirse. La decisión del Departamento de Justicia de no investigar una denuncia o no incoar un procedimiento no puede recurrirse<sup>21</sup>; los procedimientos se resuelven, como es lógico, en los tribunales federales. (El concepto de amplias facultades para decidir incoar o no un procedimiento es un concepto familiar en los países que se rigen por el Derecho consuetudinario. En el Canadá, por ejemplo, el Fiscal General del Canadá (normalmente a instancias del Estado) cuenta con amplias facultades para decidir, basándose en el interés público, qué procedimientos deben incoarse; así es una decisión que compete únicamente al Fiscal General y sus asesores.<sup>22</sup>) En el ejercicio fiscal de 2000, el 45 por ciento de los recursos totales de la División Antitrust se dedicaron a observancia en

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, los Estados Unidos v. Armstrong, 517 U.S. 456, 464 (1996); Manual de la Fiscalía de los Estados Unidos § 9-27.000 (1997), y asuntos citados en el mismo.

<sup>22</sup> Éste ha sido también el punto de vista adoptado desde hace mucho tiempo en el Reino Unido. En 1925, el entonces Fiscal General de Inglaterra explicaba: "Entiendo que ésta es la obligación del Fiscal General. Debe negarse rotundamente a recibir órdenes del Primer Ministro, el Gabinete o cualquier otra instancia. Su primer deber es que no se acuse a nadie con todo el peso de la ley a menos que el Fiscal General ... considere que existen causas fundamentadas. No deberá recibir órdenes de nadie." J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* 215 (1964).

materia de fusiones, el 23 por ciento a observancia en asuntos civiles no relacionados con las fusiones y el 32 por ciento a asuntos penales.

La misión de la División Antitrust es "la promoción y el mantenimiento de la competencia en la economía americana".<sup>23</sup> Sus funciones y objetivos primarios son: i) aplicación general, penal y civil, de las leyes federales antitrust y de otras leyes relativas a la protección de la competencia; ii) intervención y participación ante los órganos administrativos que funcionan, total o parcialmente, con arreglo a las leyes en los procedimientos que deben tener en cuenta las leyes antitrust o las políticas de competencia<sup>24</sup>; y iii) defensa de las políticas favorables a la competencia ante otras instancias gubernamentales.<sup>25</sup> Dentro de estas líneas generales, el Departamento de Justicia no cuenta con una práctica formal para el establecimiento de prioridades. Está sometido, como es lógico, a la supervisión del Congreso, que es el que le asigna los fondos y puede pedirle que examine determinados sectores o actividades.

En los últimos años el Departamento de Justicia ha establecido, como prioridades generales, investigar e incoar procedimientos contra los cárteles internacionales, clarificar la doctrina antitrust para su aplicación a las industrias de alta tecnología en la red, garantizar una competencia real en aquellas industrias anteriormente reguladas que están pasando a un modelo competitivo y responder a los desafíos que plantea la aplicación de la legislación antitrust en una economía globalizada. El Departamento de Justicia tiene la obligación de contribuir a la evolución continua de la doctrina antitrust y de velar por su coherencia, de forma que sea aplicable a las tendencias económicas y las prácticas industriales modernas. Puesto que la doctrina antitrust en los Estados Unidos es elaborada primordialmente por los tribunales, uno de los factores que considera el Departamento de Justicia a la hora de decidir incoar un procedimiento es el avance del derecho jurisprudencial. Lo mismo puede decirse respecto a las decisiones de presentar informes de *amicus curiae* al Tribunal Supremo o a otros asuntos en los que el Gobierno Federal no es parte, pero que pueden plantear cuestiones jurídicas importantes.

Además de estas consideraciones en materia de doctrina y precedentes, el Departamento de Justicia considera también el volumen de comercio afectado y el número de consumidores y empresas interesadas a la hora de decidir si debe incoar un procedimiento. En los Estados Unidos, cada uno de los 50 gobiernos estatales puede solicitar la aplicación de las leyes federales antitrust siempre que una infracción cause un perjuicio al Estado o a sus ciudadanos y, como ya se ha indicado, casi todos los Estados disponen de su propia legislación antitrust que puede aplicarse en los tribunales estatales. Por otra parte, como también se ha mencionado ya, los particulares pueden hacer valer sus derechos en virtud de la legislación antitrust, por lo que, incluso si los organismos federales o estatales deciden no actuar, las partes pueden seguir buscando una solución jurídica.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Manual de la División Antitrust, I-14.

<sup>24</sup> Ya tratamos este aspecto de la labor del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal del Comercio en un documento presentado a este Grupo de Trabajo. "Repercusiones de las prácticas normativas, los monopolios de Estado y los derechos exclusivos sobre la competencia y el comercio internacional", WT/WGTCP/W/83 (27 de julio de 1998).

<sup>25</sup> Manual de la División Antitrust, párrafo I-15. Véase 28 C.F.R. §§ 0.40, 0.41.

<sup>26</sup> En el período 1996-2000 se iniciaron 3.400 asuntos antitrust en los tribunales federales de distrito estadounidenses; la gran mayoría de estos asuntos fue iniciado por particulares.

Otro factor importante que debe considerarse es el valor disuasorio frente a los comportamientos anticompetitivos de un asunto concreto en cualquier sector industrial o en cualquier región. No se aplica un análisis formal de costes/beneficios a la decisión de investigar o incoar un procedimiento, pero los procedimientos internos -establecidos en el Manual de la División Antitrust- garantizan que, en distintos momentos del proceso de decisión<sup>27</sup>, los altos funcionarios del Departamento de Justicia evaluarán un memorándum de recomendación elaborado por el personal, que incluirá un examen detallado de cualquier análisis económico necesario. El memorándum incluirá también una explicación detallada de la asignación de personal propuesta, las necesidades de apoyo informático, de espacio y otras consideraciones logísticas, junto con un plan detallado que determine las solicitudes específicas, las personas involucradas, las fechas importantes y los resultados esperados.

El Departamento de Justicia aplica la legislación antitrust a través de demandas interpuestas ante los tribunales federales. Uno de los factores cruciales para decidir incoar un procedimiento es la necesidad de convencer a un juez federal (y normalmente a un jurado en procedimientos penales) de que se ha cometido una infracción; en los procedimientos penales, el Departamento de Justicia debe demostrarlo por encima de cualquier duda razonable, mientras que en los procedimientos civiles (relacionados o no con una fusión), el Departamento de Justicia debe demostrar que hay una gran probabilidad de la existencia de infracción. Existen normas especiales respecto a las pruebas para obtener compensaciones temporales o preliminares en las fusiones y otros procedimientos civiles.<sup>28</sup> Como es lógico, la calidad de las pruebas (incluida la credibilidad de los testigos) y la complejidad del asunto tienen gran importancia.

Al igual que la Comisión Federal del Comercio, el Departamento de Justicia no se centra en sectores concretos, aunque puede responder a los acontecimientos económicos -consolidaciones y otras actividades potencialmente anticompetitivas en los sectores recién desregulados, por ejemplo-. Los trabajos de defensa de la competencia frente a otros organismos gubernamentales se realizan, normalmente, tras un análisis informal de costes/beneficios que valora la probabilidad y la importancia de un resultado favorable, comparándolas con los costes de las medidas necesarias.

Las normas generales que sigue el Departamento de Justicia a la hora de decidir incoar un procedimiento penal, incluidas las medidas de investigación, se recogen en los Principios de Procedimiento Federal incorporados al Manual de la Fiscalía de los Estados Unidos (*US Attorneys' Manual*), que es un documento público. Los Principios de Procedimiento Federal explican que el Departamento de Justicia tiene amplias competencias para decidir la incoación de procedimientos penales, así como cuándo y cómo, incluidos los procedimientos antitrust. Por ejemplo, la sección 9-27.220 afirma que, aun cuando existen pruebas suficientes de que se ha producido una infracción federal, el Gobierno podrá decidir no incoar un procedimiento debido a que: i) dicho procedimiento no beneficiará a un interés federal sustancial<sup>29</sup>; ii) la persona que va ser demandada ya ha sido demandada bajo otra jurisdicción; o iii) existe una alternativa no-penal adecuada.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Algunos de esos momentos serían la decisión de iniciar un procedimiento obligatorio -como una solicitud de investigación civil, segunda petición en una investigación en virtud de la Ley HSR o apercibimiento del Gran Jurado- y la decisión de entablar un pleito, finalizar una investigación o llegar a un acuerdo.

<sup>28</sup> Estos temas se exponen con más detalle en el capítulo IV del Manual de la División Antitrust, disponible en la página Web de la División.

<sup>29</sup> En la § 9-27.230, se especifica que el "interés federal sustancial" incluye, *inter alia*, "las prioridades de observancia de la legislación federal" y "la naturaleza y gravedad de la infracción".

<sup>30</sup> Como advierten los Principios de Procedimiento Federal (§ 9-27.001): "La forma en que los fiscales federales ejercen su autoridad decisoria tiene implicaciones de gran alcance, tanto en términos de justicia y eficacia en observancia de las leyes como en términos de sus consecuencias para los ciudadanos. La decisión de

Cuando existe una conducta que presuntamente cumple las normas establecidas por el Departamento de Justicia para incoar un procedimiento penal, la decisión de iniciar una investigación dependerá de tres cuestiones. En primer lugar, si la presunción o sospecha de infracción penal es lo bastante creíble o verosímil para exigir una investigación penal. Se trata de un tema de discreción procesal y se basa en la experiencia de los funcionarios que deben autorizarla. La segunda cuestión es si se trata de un asunto "significativo". Esto se decide mediante un análisis flexible de cada caso que considera varios factores, como el volumen de comercio afectado, la zona geográfica, el potencial de expansión de la investigación desde una zona o industria concreta a otras zonas o industrias, los efectos disuasorios y el impacto de la investigación y/o el procedimiento, el grado de culpabilidad de las personas implicadas (por ejemplo, la duración de la confabulación, el volumen de sobrecarga, los posibles actos de coacción o disciplina de cártel, y factores similares) y si existe un fraude al Gobierno Federal. La tercera cuestión -qué recursos serán necesarios para la investigación y el procedimiento- se plantea en todos los asuntos, pero sólo afecta a la decisión de actuar si se trata de asuntos de menor importancia. El Departamento de Justicia se compromete a incoar procedimientos contra todos los asuntos antitrust de importancia.

## **Conclusión**

Los organismos dedicados a la observancia de la legislación antitrust cuentan con recursos limitados que les imponen un límite práctico al número de investigaciones y procedimientos que pueden poner en marcha e incoar. Al decidir la forma de asignar sus escasos recursos, la Comisión Federal del Comercio y el Departamento de Justicia dedican el grueso de su personal y sus recursos financieros a las fusiones, los asuntos civiles no relacionados con fusiones y (en el caso del Departamento de Justicia) asuntos penales. Al ir evolucionando la economía estadounidense, van evolucionando también las prioridades antitrust, y nuestros funcionarios se encargan de indicar, clara y públicamente, los nuevos cambios. Hemos observado en reuniones anteriores de este Grupo de Trabajo que la decisión de un Miembro de promulgar una ley antitrust es sólo el principio de un proceso continuo de resolución de temas jurídicos y económicos complejos, teniendo en cuenta los cambios que se producen en los mercados nacionales y regionales y en el mercado mundial. Aunque comprendemos que los objetivos políticos específicos, las prioridades de observancia y las limitaciones presupuestarias pueden variar significativamente entre los Miembros de la OMC, por libre elección o por necesidad, esperamos que este documento ayude en los debates del Grupo y ayude a otros Miembros -especialmente a los que están empezando a estudiar la manera de abordar los temas antitrust-.

---

incoar un procedimiento supone una valoración política de que los intereses fundamentales de la sociedad requieren la aplicación de la legislación penal a un conjunto concreto de circunstancias -reconociendo tanto que es necesario proceder contra las infracciones graves de las leyes federales como que dichos procedimientos tienen consecuencias importantes para los acusados ... sean o no declarados culpables en última instancia."