

**REGLAMENTOS DE PROCOMPETENCIA PARA LA PROCESAMIENTO DE
PROPUESTAS DE COMPROMISO DE LOS AGENTES ECONÓMICOS,
COMENTARIO DEL INSTITUTO ANTIMONOPOLIO GLOBAL, ESCUELA DE
DERECHO ANTONIN SCALIA, UNIVERSIDAD DE GEORGE MASON**

28 de febrero del 2018

Este comentario se presenta en respuesta a la consulta pública de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("Pro-competencia") sobre las regulaciones para el procesamiento de propuestas de compromiso por parte de los agentes económicos en el marco de investigaciones bajo la ley general de Pro-competencia. Agradecemos la oportunidad de comentar y les elogiamos a Pro-competencia por su transparencia. Presentamos este comentario en base a nuestra amplia experiencia y conocimiento en leyes de economía y antimonopolio.¹

COMENTARIOS GENERALES

En general, encomiamos el deseo de Pro-competencia de implementar un programa de asentamiento. Existen varios beneficios asociados con la resolución de casos antimonopolio por consentimiento, que incluyen la reducción de los costos administrativos, la reducción del tiempo para restringir el comportamiento anticompetitivo y la eliminación de la incertidumbre sobre el curso y el resultado de una disposición totalmente controvertida. También encomiamos a Pro-competencia por su propuesta de divulgar los asentamientos para comentarios de terceros antes de la adopción final, una práctica casi universal. Esta divulgación es deseable para asegurar que la agencia considere todas las ramificaciones significativas del conducto en cuestión

¹ El Instituto Antimonopolio Global (GAI), una división de la Escuela de Derecho Antonin Scalia de la Universidad George Mason (Scalia Law), es una plataforma internacional líder en educación e investigación económica que se enfoca en el análisis legal y económico de las principales cuestiones antimonopólicas que enfrentan las agencias de competencia y tribunales en todo el mundo. Profesor Universitario Joshua D. Wright, PhD (economía) es el Director Ejecutivo del GAI y ex Comisario de la Comisión Federal de Comercio de los EEUU. John M. Yun, PhD (economía) es Director de Educación Económica, Profesor Asociado de Derecho en Scalia Law, y ex Adjunto Director Interino Asistente en la Comisión Federal de Comercio, División Antimonopolio, en la Comisión Federal de Comercio de los EEUU. Profesor de derecho Douglas H. Ginsburg es un Magistrado Superior, del Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, presidente de la Junta Internacional de Asesores del GAI, y un ex Asistente del Fiscal General a cargo de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Decano asociado para la investigación y el desarrollo de la facultad y profesor de derecho Bruce H. Kobayashi, PhD (economía), es un destacado académico y director fundador de GAI. Tad Lipsky es el director del Programa de Defensa de la Competencia, Profesor Adjunto de Scalia Law, un ex Asistente Adjunto del Fiscal General por Antimonopolio y ex Director Interino de la Comisión Federal de Comercio de los EEUU de Competencia. GAI agradece sinceramente la asistencia sustancial en la preparación de este Comentario proporcionado por estudiantes de derecho Taylor Alexander, Kristen Harris, Tyler Phelps, Travis Royer y Thomas Rucker.

y la probabilidad de que el alivio propuesto aborde con éxito los objetivos correctivos de la agencia.

Primero, recomendamos que Pro-competencia presta cuidadosa consideración a los beneficios y costos de los decretos de consentimiento. En muchas jurisdicciones, el acuerdo es el modo predominante de disposición final, a diferencia de las resoluciones totalmente controvertidas.² Esto ofrece una tremenda eficiencia para las agencias, ya que pueden perseguir muchos más casos de lo que al contrario sería posible si gastarían escasos recursos de ejecución en procedimientos totalmente disputados. Por lo tanto, los beneficios de la competencia obtenidos a través de la capacidad mejorada de la agencia para desafiar la conducta ilegal se pueden extender de manera más amplia en toda la economía de la jurisdicción.

El uso frecuente de asentamientos, sin embargo, también implica costos potenciales. Por lo tanto, cualquier beneficio de asentamiento se puede superar si, por ejemplo, los asentamientos requieren que la agencia monitoriza y supervise la conducta competitiva de las empresas comerciales durante un período prolongado.³ Además, la dependencia excesiva en los asentamientos puede ser problemática si inhibe el buen desarrollo de la ley. Un aspecto deseable de casos totalmente disputados es que las decisiones se dictan en última instancia de acuerdo con la ley establecida, en lugar de en base de posiciones legales que podrían reflejar un compromiso entre la agencia y las partes.⁴

Es imperativo que la agencia no use los asentamientos para evitar un análisis cuidadoso de las justificaciones económicas de la conducta afectada, y una evaluación de los efectos competitivos de la imposición de medidas de alivio según lo acordado entre las agencias y las partes. De hecho, en la medida de lo posible y viable, recomendamos que Pro-competencia emita una descripción escrita de la evidencia económica relevante en la que Pro-competencia se base cuando se anuncie el acuerdo final. El interés público en la competencia vigorosa siempre debe ser la consideración clave. Además, es importante encontrar el equilibrio adecuado entre el litigio y el asentamiento, teniendo en cuenta las consecuencias de una dependencia excesiva de los

² Ver Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Antitrust Settlements: The Culture of Consent*, in 1 WILLIAM E. KOVACIC: AN ANTITRUST TRIBUTE 177 (Nicolas Charbit et al. eds., 2012); ver también A. Douglas Melamed, *Antitrust: The New Regulation*, 10 ANTITRUST 13 (1995) (describiendo la aplicación de la legislación antimonopolio como teniendo "movido marcadamente a lo largo del continuo del Modelo de Aplicación de la Ley hacia el Modelo Regulatorio").

³ Ver Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, *Costs and Benefits of Antitrust Consents*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series No. 16-42, (Oct. 27, 2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2860174.

⁴ Ver Ginsburg & Wright, *supra* nota 2, en 178.

decretos de consentimiento en los casos antimonopolio.⁵ Por ejemplo, el uso excesivo de asentamientos puede debilitar el efecto disuasorio de la aplicación convencional, dependiendo de los recursos que la agencia pueda obtener a través de una resolución de consentimiento.

Segundo, recomendamos que las condiciones propuestas para presentar una propuesta de compromiso, como se describe en el Capítulo II, Artículo 3, tomen en cuenta que un elemento crítico de las negociaciones exitosas de asentamiento es la flexibilidad. Por lo tanto, límites de tiempo o condiciones predeterminadas no deben restringir la disposición de Pro-competencia a considerar una propuesta de solución. De hecho, el asentamiento puede ser apropiado y eficiente para todas las partes independientemente de la etapa de un procedimiento. Por lo tanto, recomendamos eliminar completamente el Capítulo II, Artículo 3, numeral 2, que requiere que una propuesta de acuerdo "se presente antes de que la Dirección Ejecutiva notifique a las partes de la investigación y presente la formulación de argumentos sobre la evidencia presentada." También recomendamos eliminar el lenguaje en el Capítulo III, Sección I, Artículo 5, que establece "y antes de que la Dirección Ejecutiva notifique a las partes de la investigación para la formulación de denuncias sobre la evidencia presentada."

También recomendamos que las condiciones para la elegibilidad de acuerdo se consideren relevantes para el alivio requerido, en lugar de establecerse como una prohibición completa para iniciar negociaciones de asentamiento. La limitación en el Capítulo II, Artículo 3, numeral 1, que prohíbe a un agente económico que haya sido previamente sancionado por Pro-competencia por conducta similar a la investigada entrar en una propuesta de compromiso, sugiere que la solución con partes que hayan cometido infracciones anteriores será menos eficiente que un caso completamente disputado. Sin embargo, aunque un comportamiento competitivo previo – incluso violaciones muy graves – puede garantizar condiciones más estrictas en un acuerdo posterior, no necesariamente altera la conveniencia o la eficiencia de negociar un acuerdo en tales casos. Por lo tanto, recomendamos eliminar el Capítulo II, Artículo 3, numeral 1 en su totalidad.

En el Capítulo III, la propuesta proporciona una serie de requisitos detallados y pasos de procedimiento como parte de la consideración de cualquier acuerdo. De nuevo, alentamos a Pro-competencia que adopte un enfoque muy flexible para la consideración de los asentamientos. Debe especificar cuidadosamente sus objetivos correctivos principales, solicitar a las partes cualquier información relevante que proponen en el acuerdo y, de lo contrario, tratar de facilitar y simplificar el proceso de

⁵ Ver Wright & Ginsburg, *supra* nota 3.

llegar a un acuerdo. Los elementos clave para negociar un acuerdo son: (1) la capacidad de la agencia de especificar su punto de vista sobre las razones específicas del comportamiento del demandado – por qué la agencia lo considera anticompetitivo e ilegal – y los objetivos clave que un acuerdo debe abordar, y (2) la capacidad de las partes para persuadir a la agencia de que el acuerdo propuesto aborda las inquietudes de la agencia y por lo demás tiene el interés de mantener y/o restablecer la competencia. Las partes deben estar dispuestas a proporcionar a la agencia cualquier información razonablemente considerada relevante para estas preguntas. Además, dada la estructura de la agencia, con autoridad y discreción significativas presentadas al Director Ejecutivo, parece probable que el Director Ejecutivo pueda contar con una comunicación frecuente y directa con el demandado y la Junta Directiva para identificar y anticipar preguntas sobre el acuerdo, y para asegurar además que el proceso de llegar a un acuerdo final sea eficiente y expedito. En consecuencia, les instamos a la agencia a emplear la máxima flexibilidad en el tratamiento de las propuestas de asentimiento, hasta el momento en que el acuerdo entre el Director Ejecutivo y las partes se presente a la Junta y/o al público para recibir comentarios antes de la aprobación final.

Tercero, recomendamos que en cualquier acuerdo, Pro-competencia especifique el deseado efecto preclusivo. Por ejemplo, la agencia debe indicar si un acuerdo puede ser utilizado por los que no son partes para establecer presunciones de conducta ilegal en otros procedimientos que involucran a las partes de arreglo. Esto elimina una posible fuente de disputas futuras entre la agencia, las partes que se instalan y terceros que pueden verse afectados por las disposiciones del acuerdo una vez que se ha convertido en definitivo – posiblemente en una fecha futura cuando sea más difícil discernir el efecto deseado del acuerdo. Además, la agencia debe tener en cuenta que la reducción de la transparencia y la previsibilidad inherente a los decretos de consentimiento crea incertidumbre para terceros y puede ultimadamente enfriar el comportamiento pro-competitivo en detrimento de los consumidores.

Finalmente, en la Sección II, Artículo 10, numeral 4, la propuesta se refiere a “medidas complementarias,” sin proporcionar una guía para el significado del término. Recomendamos que la agencia aclare su definición de “medidas complementarias” para permitir que las partes proporcionen comentarios.

CONCLUSIÓN

Agradecemos la oportunidad de comentar y estaríamos encantados de responder a cualquier pregunta que Pro-competencia pueda tener o de ayudar a Pro-competencia de cualquier otra manera apropiada.