

CAPÍTULO PRIMERO : LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS

Actualmente en los Estados Unidos existe duplicidad de los órganos para la aplicación de las leyes antitrust – la Federal Trade Commission y la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los EE.UU son los dos órganos de defensa de la competencia, que actúan en estrecha colaboración. El propósito de mantener esta duplicidad es la necesidad de una aplicación efectiva y diferenciada de las normas antitrust en relación con la gravedad de las infracciones: de este modo la Federal Trade Commission está autorizada para emitir órdenes de cese y desestimiento con características de actos administrativos singulares en la aplicación de la Clayton Act y Federal Trade Commission Act, mientras que la Division Antitrust está encargada de la persecución de las violaciones más graves (algunas de las cuales constituyen delitos) en aplicación de la Sherman y Clayton Act, mediante sus potestades de iniciar proceso civil o penal¹. La diferencia en las funciones de los dos órganos y la misión específica de cada uno de ellos determinan la necesidad de determinar el órgano, encargado con la aplicación de la Sherman Act y con la persecución de los actos criminales en la estructura de las instituciones ejecutivas, subordinadas al Presidente de los EE.UU (como se va a estudiar más adelante la intención inicial de los poderes públicos en la época de Roosevelt, fue la creación de un órgano único, integrado en la estructura del Departamento de Justicia), mientras que la Federal Trade Commission es creada como Agencia Independiente, que ocupa un lugar específico respecto a los tres poderes públicos, sin romper el esquema de equilibrio de poderes, sino, al revés, aportando estabilidad en el sistema y cuyas características y lugar en este esquema se van a analizar más adelante.

La duplicidad de las instituciones en el derecho antitrust norteamericano está aceptada unánimemente por la doctrina y la eficacia de esta duplicidad se demuestra con la efectividad de las medidas antimonopolio y pro- competencia en los EE.UU.

¹ En general ver Shenefield, J. y Stelzer, I. “The Antitrust Laws: a Primer”, 2a ed., ed. AEI, Washington, 1998, pp.23- 25; Gellhorn, E. y Kovacic, W. “Antitrust and Economics in a Nutshell”, ed. West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1994; Angland, J (dir.), “Antitrust Law Developments”, ed. ABA, Boston, 1997; Hylton, K. “Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution”, ed. Cambridge University Press, 2003, pp.48- 50; Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, ed. Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970; Seplaki, L. “Antitrust and the Economics of the Market: text, readings, cases”, ed. Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1982.

A.LA FEDERAL TRADE COMMISSION

INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La creación de los primeros órganos de defensa de la competencia empezó en los Estados Unidos con el establecimiento de las independent commissions de los estados federados que fueron al principio unas comisiones parlamentarias ad hoc creadas para regular el sector del ferrocarril²: los problemas sociales que surgieron por los precios elevados del ferrocarril y la corrupción política fueron las principales razones de la creación de estas instituciones.

Una buena introducción a la situación político- económica después de la Guerra Civil de los EE.UU. se puede encontrar en Areeda&Kaplow³: en aquellos tiempos se podía observar una rápida expansión económica, cuyas principales causas han sido la población de los enormes territorios vacíos del Oeste, la construcción de ferrocarriles y nuevas fábricas⁴ que tenían que responder a las necesidades de los granjeros. Como es sabido, el crecimiento rápido de la economía en la mayoría de los casos es seguido por depresiones periódicas, excesos de producción y cambios rápidos en la estructura del mercado.

El descontento de la población por las altas tarifas ferroviarias y los precios altos a los que los fabricantes vendían el equipamiento para las granjas llevó a una presión constante sobre los poderes públicos⁵. Surgieron organizaciones como National Grange cuyo objetivo era defender los intereses de los farmers⁶.

² Una explicación detallada del desarrollo de este sector a finales del siglo XIX se puede encontrar en Neale, A. D. "The Antitrust Laws of the United States of America", 2ed., ed. Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1970, pp.11-12.

³ Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases", 4a ed., ed. Little, Brown & Co., 1988, pp.48-50; ver asimismo Parzitch, K. "A Primer to Antitrust Law and Regulatory Policy", ed. University Press of America, Lanham, 1987, p.30; Shenefield, J. y Stelzer, I. "The Antitrust Laws: a Primer", op.cit., p.10; Navarro Suay, Ma del Carmen "La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos", Revista de derecho mercantil N 253, julio-septiembre 2004.

⁴ Sobre este tema ver Knitner, E. "The Legislation History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes", New York, 1978, p.11; Letwin, W. "Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890", U. Chi. L. Rev. 23, 1956.

⁵ En palabras de Bevis, H. "Procedure in the Interstate Commerce Commission- a Study in Administrative Law", 1 U. Cin. L. Rev. 241 (1927), las mutaciones industriales, financieras, geográficas y sociales han

En la situación descrita era lógico que los poderes públicos reaccionaran a los cambios creando normas e instituciones y estas instituciones- las comisiones independientes- surgieron en principio a nivel estatal.

Las funciones de dichas comisiones se limitaban a obtener información, supervisar la seguridad de los ferrocarriles y emitir informes⁷. La explicación de la actividad limitada de estos órganos se puede encontrar en la creencia en las fuerzas del mercado y su buen funcionamiento por sí mismo⁸.

La siguiente fase de establecimiento de instituciones fue la creación de comisiones parlamentarias permanentes con las siguientes características:

- elección de los miembros por el Gobernador con la aprobación del Parlamento,
- mandato de sus miembros entre 2 y 6 años; la renovación de los mandatos se hacía por partes,
- en algunos casos se exigía que estuviesen compuestas por representantes de los partidos políticos existentes para evitar que la Comisión estuviera controlada por el partido al que pertenecía el Gobernador,
- las comisiones no respondían ante el Gobernador sino ante el Parlamento del estado federado (porque se consideraban agentes del órgano legislativo)⁹.

Las elevadas tarifas ferroviarias, la discriminación y la necesidad de establecer restricciones sobre las prácticas abusivas de las compañías en el sector a nivel federal llevaron a la intervención del Congreso y a la creación en 1887, (después del detallado informe del Cullom Committee), de la Interstate Commerce Commission¹⁰ (Interstate

encargado el gobierno con una cantidad de deberes impropios. Así el mismo se veía obligado decidir sobre problemas, que hasta aquel entonces no habían surgido con tal intensidad en ninguna otra parte del mundo y tenía que reaccionar con medidas adecuadas e innovativas.

⁶ Para la influencia del movimiento agrario sobre la aprobación de las leyes antitrust estatales se puede leer el artículo "Antitrust before the Sherman Act", Boudreaux, D., DiLorenzo, T. y Parker, St. en McChesney, F. & Shughart III, W. "The Causes and Consequences of Antitrust", ed. Univ. of Chicago Press, 1995, pp. 255- 270, asimismo Kovaicic, W. "Public Choice and Origins of Antitrust" en la misma obra, p. 250; Knitner, E. "The Legislation History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes", op.cit., p. 7.

⁷ Moreno Molina, A. M., "La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica", ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 103.

⁸ Hoy las manifestaciones de la misma convicción se pueden leer en las obras de los economistas y juristas de Chicago y Post- Chicago. Sobre la aceptación de la competencia como causa principal del desarrollo económico de los EE.UU. véase Anderson, S. "Federal Trade Commission – What Is It and What Does It Do?" 4 S. D. L. Rev. 117(1959).

⁹ Salvador Martínez, María, "Las Autoridades Independientes", ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 107.

¹⁰ Gellhorn, E. "Antitrust Law and Economics in a Nutshell", ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981, pp. 16-18; el artículo de Bevis, H. "Procedure...", op.cit.

Commission Act, 24 Stat. 379) que fue el modelo de la posterior Federal Trade Commission. Su régimen era parecido al de las comisiones de los estados federados:

- estaba compuesta por 5 comisarios de los cuales no más de 3 podían pertenecer a un mismo partido político, nombrados por el Presidente con el visto bueno del Senado,
- su mandato era de 5 años,
- causas tasadas de cese por el Presidente (ineficiencia, abandono del servicio o conducta delictiva en el ejercicio del cargo¹¹ – Sec. 13 Interstate Commission Act, 25 Stat. 379),
- la Interstate Commerce Commission respondía ante el Parlamento.

Se trataba de una agencia creada por el Parlamento, que le otorgaba las competencias para cumplir sus funciones dentro del Poder Ejecutivo pero al margen de la organización administrativa dependiente del Presidente¹². En la primera regulación de la Interstate Commerce Commission se preveía la posibilidad de supervisión y control por parte del Department of Interior que era el encargado de aprobar sus gastos, recibir informes de la Interstate Commerce Commission y darles traslado al Parlamento. Más tarde se introdujeron cambios para evitar cualquier vía de influencia del Presidente sobre la Interstate Commerce Commission y los informes se enviaban directamente al Congreso. De este modo se creó un órgano, que tenía cierta independencia respecto al Presidente y actuaba en amplia discrecionalidad, contando con la ventaja de un procedimiento administrativo más flexible que el proceso judicial para poder realizar las importantes tareas de regulación del comercio.

La Interstate Commerce Commission estaba facultada para recibir quejas, investigarlas y, en su caso, acudir a los tribunales, mantenía informado al Gobierno y proponía las normas necesarias al Parlamento. En principio, las órdenes dictadas por la ICC no tenían efecto vinculante y los juzgados podían emplear las observaciones de la agencia solo en relación con un determinado juicio. Pero sus competencias se fueron ampliando, ya que se le atribuyeron competencias ejecutivas¹³ y cuasijudiciales¹⁴.

¹¹ Salvador Martínez, M. "Las Autoridades Independientes", op.cit, p. 110.

¹² Pierce, R, Shapiro, S. y Verkuil, P. "Administrative Law and Process", ed. Little, Brown & Co., New York, 1999, p. 29.

¹³ Ver Bevis, H. "Procedure...", op.cit.; Salvador Martínez, M. "Las Autoridades Independientes", op.cit, p.93; las facultades de la ICC en los años después de su creación están analizadas detalladamente por

Además la Interstate Commerce Commission decidía la política pública a seguir en el comercio. Con la Hepburn Amendment de 1906 la Interstate Commerce Commission fue dotada con la potestad de fijar tarifas¹⁵, que se considera por parte de la doctrina norteamericana una potestad cuasi legislativa. Más tarde, en 1910 con la Ley Mann-Elkins (36 Stat. 539) se creó un tribunal especial en materia de comercio¹⁶.

Se puede resumir que, en un ambiente político y económico, caracterizado con rápidas transformaciones, era imprescindible crear un órgano que pueda responder a estos cambios y, tratándose de una medida innovativa, el Congreso ha ampliado las facultades de este órgano paulatinamente, respondiendo a las crecientes necesidades de un equilibrio político –económico. Se creó la primera agencia reguladora independiente, que se caracterizaba principalmente con el “aislamiento” de los tres poderes públicos, quedando en el esquema del Ejecutivo - un fenómeno que se puede observar asimismo en el caso de la posterior Federal Trade Commission (FTC). Además, se le atribuyeron una serie de facultades, propias de los demás poderes públicos y estas facultades se han venido ampliando poco a poco, como se va a observar asimismo en el caso de la FTC.

De este modo, como alternativa de la regulación de la competencia por parte del mismo mercado se introdujo un control público sobre la competencia.

Hasta aquí se han expuesto en breve las características más importantes de la Interstate Commerce Commission con el propósito de poner énfasis en el modelo de la estructura, organización y régimen de la posteriormente creada Federal Trade Commission.

Ralston, J. “The Interstate Commerce Commission”, 12 Am. Law 297(1904); sobre la atribución de poderes ejecutivos, legislativos y judiciales a la ICC ver asimismo Schwartz, B. “Administrative Law”, ed. Little, Brown & Co., Toronto, 1991, pp.28-29.

¹⁴ Como señala Bernstein, M., cit. por Moreno Molina, Ángel Manuel, “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 109: “la razón principal para la creación de las Comisiones Independientes ha sido la restricción de ciertas prácticas abusivas de las empresas privadas. El aparato administrativo empleado por las Comisiones se empleó en la consideración casuística de problemas y asuntos separados, de un modo que se aproximaba muy de cerca al comportamiento de un juez y de un jurado... la regulación se forjó sobre un molde judicial y los comisarios se consideraban como jueces administrativos” – Bernstein, M. “Testimony before the Antitrust Subcommittee of The House Judiciary Commission of Monopoly Problems in regulated industries”, 1956.

“Les podía exigir información, investigar, prohibir, resolver, aplicar, impetrar el auxilio judicial, imponer multas, etc...” - Moreno Molina, Ángel Manuel, “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 106.

¹⁵ En este contexto- Bikle, H. “Power of the ICC to Prescribe Minimum Rates”, 36 Harv. Law Rev.5 (1922-1923).

I. GÉNESIS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION Y ANÁLISIS DE LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST.

La Federal Trade Commission es la primera institución de defensa de la competencia.

Como señalan Breyer y Stewart “el principio de mercados libres e iguales, no restringidos por el poder público... fue un principio fundamental en la América post-revolucionaria”.¹⁷

A pesar de esto a finales del s. XIX y principios del s. XX (como se ha expuesto anteriormente) surge la necesidad de la primera regulación de los mercados y esta intervención de los poderes públicos es cada vez más eficaz por la necesidad de establecer un control efectivo sobre el creciente poder de los trusts. La expansión industrial llevó a la creación de una enorme cantidad de agentes de mercado y algunas

¹⁶ Moreno Molina, A. M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, op. cit., p. 111.

¹⁷ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, 3ª Edición, ed. Little Brown and Co., Boston, 1992, p.143; en esta época se han expresado en favor de la *laissez faire* varios economistas contemporáneos: la tesis más citada es de J. B. Clark (1887), cit. por Demsetz, H. “La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos”, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p.25 y por Neale, A. “The Antitrust Laws of United States...”, op.cit., p.13, según la cual “Las asociaciones tienen sus raíces en la naturaleza de la industria social y son normales en su origen, desarrollo y funcionamiento práctico. No deben ser desalentadas por los científicos ni suprimidas por los legisladores. Son el resultado de una evolución y son el feliz resultado de una competencia tan normal, que su supresión hubiera significado una amplia ruina. Un intento de suprimirlas con éxito por ley implicaría la reversión de los sistemas industriales hacia otros ya deshechos y la renovación de los abusos de los que la sociedad ha escapado en su marcha hacia el desarrollo.” Estas visiones, que recibieron el nombre de “Darwinismo social” estaban muy extendidas entre los economistas de la época de la creación de las normas e instituciones antitrust, pero no ejercieron influencia sobre los legisladores y esta puede ser una buena perspectiva para considerar que en los orígenes del “movimiento antitrust” las razones de eficiencia económica y del bienestar del consumidor no eran las dominantes. Hoy día existen opiniones en contra de la regulación pro-competencia y una gran parte de estas doctrinas están basadas en la idea que el progreso económico y las innovaciones se pueden realizar en industrias altamente concentradas: ver Shumpeter, J. “Capitalismo, Socialismo and Democracia”, ed. Folio, Barcelona, 1996, según quien la innovación continua lleva a tecnologías para producir productos sustitutos y esto es posible exclusivamente en base a la existencia de monopolios estables; ver asimismo Galbraith, J. K. “Capitalismo Norteamericano”, ed. Agora, Buenos Aires, 1955 y MacLaurin, W. “Invention and Innovation in the Radio Industry”, ed. Macmillan, New York, 1949. Una gran parte de los representantes de la Escuela de Chicago tampoco aprueban la mayoría de las medidas antitrust, ver por ejemplo Stigler, G. “The Economic Effects of the Antitrust Laws” en McChesney, F. y Shughart III, W. “The Causes and Consequences of Antitrust: the Public – Choice Perspective”, ed. Univ. of Chicago, 1995.

de estas empresas llegaron rápidamente a dimensiones importantes¹⁸ creando desventajas para sus competidores. A esto se añadía la así llamada “ola de fusiones”¹⁹ que era la manifestación de una consolidación corporativa²⁰, con efectos importantes para las próximas décadas. Por ejemplo, existían los así llamados “money trusts”, que se creaban en base a la consolidación de varias industrias y los directivos de las empresas que formaban parte de estos trusts eran miembros de varios consejos directivos de otras empresas. Así se creaban interconexiones entre las industrias²¹ y esto se podía ver como una amenaza del estado democrático norteamericano y los derechos individuales. El Congreso, después de establecer una regulación efectiva de los abusos en el sector del ferrocarril, volvió al problema del control monopolístico sobre la industria y el comercio. Con este objetivo se aprobaron la Sherman Antitrust Act²² (1890) y la Clayton Act²³ (1914). Hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act (1914)²⁴ el Departamento de Justicia estaba encargado de la aplicación de la Sherman Act (tanto cuando se trataba de violaciones criminales como civiles). Puesto que las infracciones de la Clayton Act no han sido calificadas como crímenes, el Department

¹⁸ Algunos, como el Juez Brandeis negaban la posibilidad de las grandes empresas de ser eficientes y creían que la política antitrust tiene que promover la pequeña empresa.

¹⁹ Sobre este fenómeno ver Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, control and Competition” 71 Antitrust Law Journal 2003, pp.6-7; Areeda & Kaplow “Antitrust Analysis...”, op.cit., pp.49-50, Navarro Suay, Ma del Carmen “La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos”, Revista de derecho mercantil N 253, julio-sept. 2004.

²⁰ Se dan los siguientes ejemplos: 72 consolidaciones llevaron a la creación de empresas que controlaban 40% de la industria, otras 42 consolidaciones llevaron a un control de más de 70% (Lamoreux, N., cit. por Winerman, M., “The origins of the FTC”, op.cit., p.7). Además, 12% de las empresas del país empleaba 75% de los trabajadores, representando 80% de la producción industrial total del país- Barck, O., cit. por Lang, J. “Legislative History of the FTC Act”, 13 W. L. Rev.6, 1974.

²¹ En este sentido ver Brandeis, L. “Other People’s Money and how the Bankers Use It”(1913).

²² El senador John Sherman fue hermano de un famoso financiero y empresario que durante muchos años ha expresado su descontento por los abusos que se producían en el comercio. Así Sherman ha introducido tres anteproyectos de la Ley con el fin de destruir las concentraciones del capital que según su opinión rompían el equilibrio en la economía norteamericana. De este modo las pequeñas empresas eran incapaces de competir con el leviathan industrial (Miller, R. y Jentz, G. “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813). El resumen de dicha ley se expone en el Anexo N° 1.

²³ En 1914 el Congreso ha optado por reforzar el derecho antitrust por medio de esta Ley. Así, la Clayton Act incluía prácticas específicas no previstas en la Sherman Act. Las disposiciones más importantes de Clayton Act incluyen 4 diferentes formas de comportamiento en el comercio, que han sido declaradas ilegales pero no criminales. Los 4 supuestos estaban condicionados por la posibilidad de dañar sustancialmente la competencia y por la posibilidad de crear poder monopolístico (Miller, R. y Jentz, G. “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813); Gellhorn, E. “Antitrust Law and Economics in a Nutshell”, op.cit., pp.25-30. Ver resumen de dicha Ley en el Anexo, N° 2.

²⁴ La Federal Trade Commission Act fue aprobada por 2 objetivos:

- Esta ley se extendía sobre todos los comportamientos anticompetitivos, incluidas también las conductas que no infringían las normas de las Sherman o Clayton Act (Sec. 5 la Federal Trade Comisión Act).
- Se creaba la Federal Trade Commission para aplicar la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act y también la Clayton Act (Miller, R. y Jentz, G. “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813). Ver resumen de dicha Ley en el Anexo N° 2.

of Justice podía aplicar dicha ley solamente en procedimientos civiles. Así el Department of Justice podía exigir de los jueces imponer la sanción “divestiture” (hacer que la empresa responsable deje de ejercer una o más de sus funciones como empresa) o la disolución de la misma. De este modo, hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act las leyes Sherman y Clayton se aplicaban por los tribunales comunes, iniciándose los procedimientos por el Departamento de Justicia.

Se puede afirmar que la idea de la creación de la Federal Trade Comisión surgió durante el mandato del Presidente T. Roosevelt que fue elegido el año 1901²⁵. El Presidente era consciente de que hay que distinguir las combinaciones industriales que contribuyen a la eficiencia productiva de las que eliminan a sus competidores y que el control adecuado sobre los abusos de estos acuerdos o cooperaciones se puede realizar adecuadamente por medio de una comisión administrativa²⁶. En 1903, creó el Bureau of Corporations²⁷ que ha publicado estudios importantes sobre organizaciones como Standard Oil Co. o American Tobacco Co. Así, durante este período han surgido problemas importantes en relación con la necesidad de determinar en qué caso y cómo, de acuerdo con las exigencias del desarrollo de la industria y el comercio, de la igualdad de oportunidades y competitividad internacional, se puede controlar el crecimiento corporativo. La idea de Roosevelt era racionalizar la economía, asesorar su funcionamiento, no simplemente disolver los trusts. Durante el mandato del Presidente W. Wilson se presentó un paquete de propuestas legislativas con el objetivo de institucionalizar el Bureau of Corporations: se trataba de una agencia creada no sólo con el propósito de asesorar a los juzgados, sino para establecer sus propios criterios respecto a las prácticas anticompetitivas²⁸. Con la aprobación de la Federal Trade

²⁵ Es famosa la frase de Roosevelt “La libertad en la democracia no es garantizada cuando la gente tolera el crecimiento del poder privado hasta tal punto que ya es más fuerte que el propio estado democrático”(1938), cit. por Morgan, T. “Modern Antitrust Law and its Origins”, ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, p.113.

²⁶ Roosevelt, T. “Confession of Faith”, 6 de agosto de 1912 en “17 Works of Theodore Roosevelt”; sobre el período en el principio del siglo XX en relación con la institucionalización del antitrust ver Thorelli, H. “The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition”, ed. S. N. , Stockholm, 1954, pp.558-561 y la obra de Letwin, W. “Law and Economic Policy in America: the Evolution of the Sherman Antitrust Act”, ed. Edinburg U.P., 1967.

²⁷ Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, control and Competition” 71 Antitrust Law Journal 2003, pp.3-97; McCraw, T. “Prophets of Regulation”, ed. Belknap, Cambridge, Mass., 1984, pp.81-142, Torelli, H. “The Federal Antitrust...”, op. cit., p.411 – 421; Kintner, E. “The Legislative History...”, vol. II, op. cit., p.994.

²⁸ Sería interesante estudiar los debates en el Congreso con motivo la aprobación de la Federal Trade Commission Act en el contexto socio-político de los EEUU de aquel entonces: según Neale, A. D. (op. cit., pp.178-180) la creación de la FTC se puede ver asimismo como una consecuencia del compromiso de los que defendían la “lista negra” de conductas que se deberían incluir en la Ley y los que propugnaban la inclusión de fórmulas abiertas que se podrían concretar por un órgano especializado en

Commission Act se perseguía el fin de permitir la aplicabilidad de la normativa antitrust por un órgano administrativo debido al descontento generado por las interpretaciones judiciales excesivamente restrictivas²⁹ y a esto se añadía la debilidad y parcialidad del Departamento de Justicia en su política de investigaciones y sanciones, que acabó en una inseguridad jurídica³⁰. En la doctrina norteamericana existe la convicción que la creación de la FTC es consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de los EE. UU. *Standart Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S.1 (1911)³¹, que por primera vez establece la rule of reason en el derecho antitrust norteamericano, y esta convicción está basada en las preocupaciones en aquella época de que los juzgados serán los “nuevos legisladores” y que interpretarán la ley o bien de una manera más amplia (en interés de los trusts) o bien de una manera más estrecha, creando obstáculos para el comercio y los acuerdos entre los fabricantes³². De este modo el proyecto de creación de una agencia administrativa recibió apoyo de tres grupos de intereses diferentes:

- en primer lugar de los que estaban en contra del “Big Business” y esperaban una restauración del sistema competitivo antes existente; ellos estaban a favor asimismo a la idea de crear normas más detalladas y precisas,
- la gente del mundo de los negocios estaba a favor de la creación de tal órgano administrativo por diferentes razones: por la necesidad de supervisión de las grandes corporaciones para sancionar los abusos; por motivos de seguridad jurídica: se tenía que saber qué actos eran ilegales y cuales eran lícitos y esto podía determinarlo con más exactitud un órgano administrativo; según estas opiniones la comisión no debía tener amplios poderes de regulación y publicidad,

materia de las prácticas anticompetitivas; ver asimismo Winerman, M. “The Origins of the FTC”, op. cit., pp.4 –5, donde se analizan las tres posturas contradictorias, expresadas en el Congreso: de F. Newlands, según quien había que autorizar la Comisión para aplicar una normativa general, de Hollis, H. que defendía la postura que había que establecer definiciones más precisas a seguir por este órgano y de Cummins, A., para quien la Sec. 5 de la FTC Act era solo un instrumento, pero no el medio más importante para que el Congreso dirija la política antitrust. Existe asimismo diferencia entre los objetivos, que los tres diputados ven como prioridades de esta nueva institución; se puede leer un comentario detallado sobre este tema asimismo en *Federal Trade Commission 75th Anniversary Symposium*, 58 *Antitrust L. J.* 797, 1989.

²⁹ Martín-Laborda, Antonio Robles, “Libre competencia y competencia desleal”, ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 146.;

³⁰ Moreno Molina, A.M. “Aspectos institucionales de la defensa de la competencia”, en “Derecho Europeo de la Competencia”, Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Morales Limones, Pilar Blanco, ed. Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2000, p. 89.

³¹ Más tarde volveré sobre el tema del significado de la rule of reason para el derecho antitrust norteamericano con propósito de explicar el proceso decisorio de la FTC.

³² Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition” 71 *Antitrust Law Journal* 2003, pp.3-97; asimismo Areeda & Kaplow “Antitrust Análisis:...”, op.cit., p.61.

- en tercer lugar algunos propugnaban la posibilidad de conceder licencias a las grandes corporaciones interestatales e incluir su régimen en el Federal Law y esto exigía la creación de una agencia gubernamental para autorizar³³ estas corporaciones.

A esto se añadía que los tres partidos políticos (Demócratas, Republicanos y Progresistas) estaban prácticamente a favor de la creación de tal órgano administrativo³⁴.

De este modo las **razones** que llevaron a un apoyo público unánime en la primera década del siglo pasado, llevaron a la creación de la FTC. Considero importante hacer algunas notas sobre la intención del Congreso para crear las normas e instituciones antitrust, porque este “congressional intent”, según la doctrina norteamericana, es la clave para la interpretación del derecho antitrust tanto por la FTC y la División Antitrust, como también por los juzgados.

En la opinión de Dirlam&Kahn³⁵ se dan dos principales causas para la regulación antitrust (y de aquí del establecimiento de instituciones antitrust por el Congreso):

A. Los controles se introducen con objeto de adecuar la situación al sentido de equidad y justicia en la sociedad, sobre todo protegiendo los derechos de los consumidores³⁶ y los demás competidores. Aquí no se trata solamente de un objetivo social, sino también económico, porque el crecimiento de la demanda lleva a la fabricación de mejores productos a precios más bajos.

B. Los controles se introducen para mantener el sistema de equilibrio (separación) de poderes³⁷ (checks and balances) como base del funcionamiento del Estado norteamericano y con objetivo de asistir (por medio de normas e instituciones) este sistema de balance de poderes. En este caso el objetivo del regulador es minimizar la coerción mediante una política antitrust que debe ser flexible.

³³ Cushman, R. “The Independent Regulatory Commissions”, ed. Octagon Books, New York, 1972, pp.178-206 ;asimismo Federal Trade Commission 75th Aniversary Simposium, 58 Antitrust L. J. 797, 1989.

³⁴ Anderson, S. “Federal Trade Commission – What is It and What Does it Do?”, 4 S. D. L. Rev.117, 1959.

³⁵ Dirlam&Kahn “Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy”, ed. Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1954, p.16.

³⁶ Según Adam Smith “la consumición es el único objetivo de la producción”, “The Wealth of Nations”, ed. Modern Library, Book IV, Chapter 8.

³⁷ Sobre este tema ver Dirlam&Kahn “Fair Competition: the Law and Economics of Antitrust Policy”, ed. Greenwood Press, Newport, Connecticut, 1970, p.17 y en general Breyer&Stewart “Administrative Law”, op.cit., p.33-66 y Fox, W. “Understanding Administrative Law”, 2ed., ed. Matthew Bender, New York, 1995, p.34.

Se ha de recordar que el concepto de separación de poderes describe un mecanismo específico, concediendo diferentes funciones a diferentes actores. Así según Madison³⁸ si el poder tiene por naturaleza la característica de expandirse debe ser efectivamente limitado al sobrepasar los límites correspondientes. Esto significaría controlar los tres poderes para asegurar una seguridad práctica de cada uno de ellos contra la invasión de los otros dos.

En el caso de las agencias independientes (como se va a apuntar más adelante en relación con la FTC), se trata de una forma de balance entre el Legislativo y el Ejecutivo, aunque garantizado por una concentración excesiva de funciones en un mismo órgano³⁹. Lawson señala que el Tribunal Supremo de los EE.UU. nunca ha cuestionado esta concentración de funciones en un mismo órgano en base a la doctrina tradicional de separación de poderes⁴⁰.

Es preciso hacer referencia asimismo a la tesis de Hylton⁴¹, según la cual la legislación antitrust es consecuencia de un compromiso de intereses. En esta dirección conducen asimismo las reflexiones de Ekelund, R. Jr., McDonald, M. y Tollison, R. "Business Restraints and the Clayton Act of 1914: Public or Private Interest Legislation?".⁴²

La variedad de doctrinas actualmente existentes sobre **los objetivos** del derecho antitrust es consecuencia de las diversas interpretaciones del "congressional intent" para la creación de las leyes e instituciones antitrust. Haré un breve resumen de estas doctrinas principalmente por dos razones: la primera razón es que cada una de ellas ofrece una perspectiva diferente para la interpretación de las normas antitrust, influyendo directamente sobre el proceso decisorio de la FTC (y asimismo de la División antitrust y los juzgados); la segunda razón es que algunas de estas doctrinas y más concretamente la que defiende la idea de la dispersión de poder como objetivo del derecho antitrust justifica la concesión de las diferentes facultades de la FTC que, desde los tiempos de su creación se han venido ampliando.

En primer lugar me voy a referir a la tesis de Thorelli, H.⁴³, según la cual en el año 1890 la legislación antitrust ha sido la proyección de la filosofía de la libre

³⁸ Madison, J. "The Federalist" N° 48, ed. The Modern Library, New York, 1787, pp.321- 325.

³⁹ Lawson, G. "The Rise and Rise of the Administrative State", 107 Harv. L. Rev., 1231, 1994.

⁴⁰ Lawson, G. "Federal Administrative Law", ed. West Publishing, St. Paul, Minn., 1998, pp.167- 168.

⁴¹ Hylton, K. "Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution", ed. Cambridge Univ., 2003, pp.38 – 39.

⁴² En McChesney, F. y Shughart III, W. "The Causes...", op.cit., p.273.

⁴³ Thorelli, H. "The Federal Antitrust Policy", ed. Nordest Forlag, Stokholm, 1954, p.227.

competencia sobre la política pública, en sentido que si se eliminasen los obstáculos monopolísticos en la industria, la libre competencia empezaría a funcionar automáticamente *ex definitione*.

Según otros autores, entre los cuales Lande, R.⁴⁴ y Bork, R.⁴⁵ la visión dominante en el Congreso en aquel entonces ha sido prevenir una “injusta” transferencia de beneficios de consumidores a productores. La finalidad de la política antitrust se acepta como protección del bienestar de los consumidores (precios más bajos y alta calidad de los productos).

En palabras de Millon, D. la creación de enormes empresas de posición dominante en la industria se veía como una amenaza para las instituciones democráticas. Esta visión se relaciona con la idea de dispersión del poder como objetivo del derecho antitrust (y de la política de las instituciones antitrust). – Hofstadter, R.⁴⁶.

Fox, E.⁴⁷ afirma, que la intención del Congreso ha sido asegurar la posibilidad de que los individuos y las empresas compitan en una igualdad de oportunidades.

En el derecho norteamericano se ha sostenido unánimamente que las políticas de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores y usuarios tienen una finalidad, la maximización de la eficiencia que lleva a la maximización del bienestar de los consumidores y usuarios⁴⁸. Esta teoría utilitarista fue aceptada en la actualidad por la

⁴⁴ Lande, R. “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged”, 34 *Hastings L. J.* 65, 1982.

⁴⁵ Bork, R. “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, 9 *J. L. & Economics* 7, 1966.

⁴⁶ Hofstadter, R. “What Happened to Antitrust Movement?” en “The Paranoid Style in American Politics and Other Essays”, ed. Knopf, New York, 1965, pp. 205-210. Según otros autores se trata de objetivos político-económicos - “dispersar el poder económico” - Shenefield, J. y Stelzer, I. “The Antitrust Laws: A Primer”, ed. AEI Washington, 1998 y Amato, G. “Antitrust and the Bounds of Power: the Dilemma of Liberal Democracy in the History of Power”, ed Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 97; según Fernández Ordóñez “para los norteamericanos la competencia no es sólo un medio para conseguir que funcionen mejor los mercados, sino que es un fin en sí mismo”: se trata de la filosofía de evitar la acumulación de poder en unos pocos. “El objetivo es reducir el poder de algunos, aumentando la competencia e impedir el monopolio no sólo por razones de que la economía así funcionara mejor, sino para evitar una concentración de poder excesiva”. No eran los efectos de la competencia económica lo que preocupaba más en los EEUU, puesto que, en ese mismo año de 1890, en que se aprobó la Ley Sherman, el Congreso aprobó también una ley proteccionista, la Ley McKinley, por la cual se elevaban sustancialmente los aranceles. Mejorar la eficiencia a través de la competencia interna, no era el principal objetivo que se buscaba con la legislación antimonopolios, sino impedir la concentración de poder. - Fernández Ordóñez, M. A. “La competencia”, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 20 – 21. Considero que para entender los objetivos y el funcionamiento de la FTC es importante conocer las razones para la creación de las leyes antitrust y las instituciones de defensa de la competencia y es conveniente aceptar la perspectiva de Amato y Fernández Ordóñez.

⁴⁷ Fox, E. “Industrial Concentration and the Market System: Legal, Economic, Social and Political Perspectives”, ed. ABA, Chicago, 1979.

⁴⁸ En este sentido ha sido el discurso del Senador Sherman que se pronunció a favor de su propuesta de Ley, que es destinada a “prevenir y controlar las combinaciones hechas con el propósito de prevenir la competencia o para restringir el Mercado, o para incrementar los beneficios del productor, incrementando, al mismo tiempo, los costes del consumidor” (“to prevent and control combinations made

Escuela de Chicago: la maximización de la eficiencia como único fin del derecho antitrust está aceptada unánimemente por la jurisprudencia estadounidense⁴⁹(Posner, R.⁵⁰).

Esbozando algunas de las doctrinas citadas, Kovacic, W.⁵¹ ofrece asimismo una interpretación de este tema por la escuela de la Public Choice, según la cual el Congreso ha creado la FTC y otras instituciones reguladoras de la “Progressive Era” para servir a los intereses de los círculos de negocios. Se considera que la obra de Kolko, G. “The Triumph of Conservatism”(1963) y su análisis de la creación de la FTC y ICC ha dado el origen a la “teoría de las capturas”.

Una visión contemporánea ofrece May, J.⁵², que, analizando los objetivos señalados, llega a la conclusión que el Congreso no ha perseguido un único objetivo, creando leyes e instituciones antitrust y que su intención ha sido “multidimensional”: la Sherman Act ha sido aprobada para restablecer el equilibrio y el orden social, político y económico existente antes de la industrialización y para suprimir la creación de grandes organizaciones industriales, que han amenazado con romper los pilares de este orden. En la tesis de May la mayoría de los objetivos del derecho antitrust que hoy se cree que están en conflicto, prácticamente se refuerzan mutuamente y están subordinados a dicho objetivo. May y Hovenkamp⁵³ afirman que los creadores de las leyes e instituciones antitrust han perseguido todos los objetivos citados (prevenir la distribución injusta de la riqueza, la eficiencia económica, ofrecer una igualdad de oportunidades, la dispersión del poder) a la vez, sin considerar que existen controversias entre ellos⁵⁴: se puede resumir que no existe objetivo dominante, sino una jerarquía de objetivos y subobjetivos, preestablecida por el Congreso y considero que la tarea de las agencias antitrust es identificar, seguir y aplicar esta jerarquía, en que la idea de dispersión del

with a view to prevent competition or for the restraint of trade or to increase the profits of the producer at the costs of the consumer”- cit. por Morgan, T.,”Modern Antitrust Law and its Origins”, op. cit., p.114

⁴⁹ Martín Laborda, A. R. “Libre competencia y competencia desleal”, ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 89.

⁵⁰ Posner, R. “Antitrust Law:an Economic Perspective”, op. cit., p.vii.

⁵¹ Kovacic, W. “Comments and Observations – the Sherman Act”, 59 Antitrust L. J. 115,1990.

⁵² May, J. “The Role of the States in the First Century of the Sherman Act”, 59 Antitrust L. J. 93, 1990.

⁵³ Hovenkamp, H. “Antitrust Policy, Federalism, and the Theory of the Firm:an Historical Perspective”, 59 Antitrust L. J. 75, 1990.

⁵⁴ Según Shenefield&Stelzer “The Antitrust Laws...”, op.cit.,p.12, los conflictos entre objetivos políticos y económicos surgen raras veces en la práctica: la prevención del poder monopolístico contribuye al bienestar del consumidor y responde al objetivo socio-político de dispersar el poder económico.Los dos autores consideran que cuando los objetivos sociales y económicos están en conflicto, prevalecen los objetivos económicos.Considero que las agencias antitrust en su proceso decisorio en la gran parte de los casos buscan un compromiso de objetivos, de acuerdo con una jerarquía determinada.

poder⁵⁵, de equilibrarlo y de prevenir su concentración en un centro determinado⁵⁶, ocupa un nivel principal.

Como se ha enfatizado, el problema de los objetivos en derecho de la competencia es importante para el proceso decisorio de la FTC y la División Antitrust. Se trata de entender cómo funciona el mercado y qué objetivos debe elegir la agencia para su propio funcionamiento. Este problema se relaciona directamente con el estándar⁵⁷, empleado en el proceso decisorio de la FTC y los juzgados-la rule of reason o per se rule⁵⁸. Además, es obvio que para medir la razonabilidad de un acuerdo restrictivo a la competencia de acuerdo con la rule of reason, habrá diferencia si se elige la perspectiva de eficiencia económica, redistribución de la riqueza o dispersión de poder (pudiendo ser asimismo un objetivo “mixto”: por ej. eficiencia y descentralización de poder). A esta misma línea de conclusiones conducen las reflexiones de Joliet, R.⁵⁹, según quien para la rule of reason se dan dos interpretaciones teóricas contradictorias, según la perspectiva de los objetivos de la agencia antitrust:

De acuerdo con la primera teoría, la rule of reason debe requerir una investigación si las prácticas restrictivas bajo ciertas circunstancias pueden servir al interés público mejor que la libre competencia. En este caso la razonabilidad se relaciona

⁵⁵ Ver Hofstadter, R. “What Happened to the Antitrust Movement?” en Areeda&Kaplow “Antitrust Análisis”, ed. Little, Brown and Co., Boston, 1988, pp.54 – 55: En la tesis de Hofstadter, analizando la estadística de Eliot, C., algunas corporaciones eran demasiado poderosas y podían dominar los poderes políticos de los estados, y, llegando a acuerdos entre ellas, podrían dominar el gobierno federal. Así se quería detener la concentración de poder para no destruir el gobierno democrático.

⁵⁶ Vease en este sentido el discurso del Senador Sherman, Congressional Record, 21st Congress, 1st Session, 1890, p.2457; Seplaki, L. “Antitrust...”, op.cit., p.11.

⁵⁷ Ver en este sentido Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.52.

⁵⁸ Se ha de recordar que la rule of reason ha sido establecida por primera vez en la sentencia *Standart Oil Co. of New Jersey v. U. S.* 221 U. S.1, 1911, donde el Juez White establece la definición de “restricción del comercio” de la Sherman Act. La competencia ha sido declarada objetivo de la Ley para convertirla en un factor regulador del sistema económico. Las interpretaciones tempranas de la Sherman Act dejan en manos del juez la interpretación de “restricción del comercio”, de tal modo que la razonabilidad de la conducta debe medir su legalidad, así que es necesario probar no solamente la existencia del acuerdo, sino asimismo sus efectos anticompetitivos. Con el transcurso del tiempo, basándose en su experiencia, los juzgados han decidido que algunos tipos de conductas como fijación de precios (*U. S. v. Trans Missouri Freight Assoc.*, 166 U. S. 290, 1897), división del mercado (*U.S. v. Addiston Pipe& Steel Co.*, U. S. Court of Appeals, 6th Cir.1898, 85 Fed.271), fusiones con efecto anticompetitivo (*Northern Securities Co. v. U. S.*, 193 U. S.197, 1904), abuso de posición dominante – monopolización (*Standart Oil Co. of New Jersey v. U. S.* 221 U. S.1, 1911), siempre restringen la competencia y son ilegales “per se”. En este caso sólo es necesario probar la existencia del acuerdo y no sus efectos anticompetitivos, aunque la regla “per se” no excluye la posibilidad del acusado de justificar la práctica por aportar beneficios a los consumidores - en esta línea ver Gellhorn, E. “Antitrust and Economics in a Nutshell”, ed. West Publishing, Minn., 1981, p.25; Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis”, op.cit., p.188 y ss.; Holmes, W. “Antitrust Law Handbook”, ed. CDC, Darfeeld, 1994, pp.206-207, Dirlam&Kahn “Fair Competition...”, op.cit., pp.45-49.

⁵⁹ Joliet, R. “The Rule of Reason in Antitrust Law”, ed. Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, pp.3.4; ver asimismo Handler, H. “A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws”, TNEC Monogr.38, 1941.

directamente con la racionalidad del acuerdo y con la discrecionalidad de la agencia o el juzgado y se extiende hasta la determinación de los efectos económicos y sociales del acuerdo. Esta doctrina del “interés público” como base de la rule of reason en el derecho antitrust puede convertir la rule of reason en justificación de cualquier restricción de la competencia: nótese, además, que en este caso el “interés público” es un concepto indeterminado y que el análisis debe determinar los intereses de los consumidores y los productores y que un mismo agente de mercado en la mayoría de los casos es consumidor y productor a la vez.

La teoría que ha encontrado más apoyo en la doctrina norteamericana es que la rule of reason participa en el esquema de la construcción de la Sherman Act y es la regla que determina el intento del Congreso de convertir la competencia en base de su política. En este caso la investigación se limita a determinar si una práctica tiene efecto competitivo o no. Aquí la discrecionalidad de la agencia o el juez se extiende hasta determinar la importancia de la restricción. Para Joliet la regla “per se” entra en juego cuando están excluidas todas las justificaciones de la conducta.

Se puede sugerir una tercera visión, muy parecida a la anterior: las agencias cambian su estándar en el proceso decisorio de acuerdo con un cambio en la perspectiva y coordinación de objetivos que se han elegido y este cambio en la perspectiva es indispensable, porque el mercado y la sociedad evolucionan rápidamente y las agencias tienen que adecuar sus métodos a esta evolución⁶⁰. Así, el período de la rule of reason en el derecho antitrust norteamericano (1915-1939) fue seguido por el período de la aplicación del estándar per se (1940- 1974)⁶¹. Durante este período la doctrina es estática: se intenta controlar las prácticas ilegales, evitar prohibiciones de prácticas que pueden ser pro-competitivas y “simplificar” los casos “antitrust” con el riesgo de que esto pueda llevar a una estrechez no deseada en las interpretaciones. En la época moderna del antitrust (entendida a partir del año 1974) se sigue la aplicación del estándar “per se”, pero completado por el estándar de razonabilidad (aunque, como se verá a continuación, la doctrina no es unidireccional): se considera que si se introduce únicamente el estándar “per se”, esto llevaría a una estrechez en las interpretaciones del

⁶⁰ Además, en el H.P. Report 1142, 64d Congress, 2d Session 19, 1914, se puede leer que “es imposible establecer definiciones que puedan enmarcar todas las prácticas anticompetitivas. En este área no existen límites de las invenciones humanas.”

derecho antitrust y la aplicación únicamente del estándar de razonabilidad crearía inseguridad para las empresas. En la sentencia *Professional Engineers*, 435 U. S. 679(1978) se enfatiza que las dos reglas son complementarias entre sí, reemplazando los razonamientos de otra sentencia- *Continental T. V. , Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U. S. 1(1977), según que la *rule of reason* prevalece como estándar de análisis en los casos antitrust y “*per se*” se limita exclusivamente a prácticas que tienen efecto dañino y no aportan ningún beneficio para la libre competencia⁶².

A continuación considero importante hacer una breve referencia a la regla de la razón flexible que actualmente es base del proceso decisorio de la FTC y los juzgados.

Se considera que los dos estándares contribuyen para evitar la acumulación de errores de las agencias antitrust y los juzgados. Estos errores pueden ser errores positivos (declarar ilegal una práctica lícita) o errores negativos (cuando la conducta ilegal es exculpada). De este modo según algunos autores de la Escuela de Chicago hay que elegir la regla que minimiza la suma de los errores positivos y negativos – la *rule of reason flexible*, minimizando asimismo los costes del proceso decisorio⁶³. Además de la minimización de los costes de los errores, la regla de la razón flexible se caracteriza con el ahorro de costes administrativos y judiciales, estableciendo un proceso decisorio flexible y creando, cuando las condiciones del caso concreto lo permitan, un modelo simplificado del mercado, tomando en consideración solo los factores relevantes⁶⁴.

Es conveniente hacer, además, algunas notas, también breves, sobre la influencia de las ideas de la Escuela de Chicago y Post – Chicago sobre la perspectiva de los

⁶¹ Para un análisis más detallado de estos períodos ver Morgan, T. “*Modern Antitrust Law and its Origins*”, ed. West Publishing, Minn., 1994, pp.33 -800, Areeda&Kaplou “*Antitrust Analisis...*”. Op. Cit, pp.200-275 y Letwin, W. “*Law and Economic Policy...*”, op. Cit, p.96.

⁶² Un comentario de estos asuntos se puede encontrar en Arthur, T. “*A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts*”, 68 *Antitrust L. J.* 337,2000.

⁶³ Tom, W. y Pak, C. “*Toward a Flexible Rule of Reason*”, 68 *Antitrust L.J.*391, 2000;Murriss, T. “*The New Rule of Reason*”, 57 *Antitrust L. J.* 858, 1989;Beckner, C. y Salop, S. “*Decision Theory and Antitrust Rules*”, 67 *Antitrust L. J.*41, 1999 y Posner, R. “*Economic Analisis of Law*”, 5ed., ed.Aspen Law and Business, New York, 1998, p.241.

⁶⁴ Se dan dos variantes contradictorias: o bien un análisis concreto, considerando todos los factores como en el caso de *Chicago Board of Trade v. U. S.*, 246 U. S. 231, 1918 o conformarse con un modelo simple del mercado, sin considerar las contradicciones de la realidad en todos sus aspectos, porque se considera que el cambio significativo de los factores solo afecta el mercado a corto plazo, y, además hay que considerar solo los factores relevantes- Simon, H. “*Administrative Behavior*”, cit .por Tom, W. y Pak, C. “*Toward a Flexible...*”, op.cit., pp.398-399. Algunos autores contemporáneos llegan a la idea del así llamado “*quick look*” como un instrumento importante del análisis antitrust, cuando se emplea la *rule of reason*. Se considera que el *quick look* debe ser empleado solamente a conductas reactivas de precios que tengan obvios efectos adversos (directos), sin estudiar detalladamente el mercado. En contra de esta visión ver Neese, A. “*Farewell to the Quick Look:redefining the Scope and Content of the Rule of Reason*”, 67 *Antitrust L. J.*, 1999.

objetivos antitrust, los estándares de decisión y el proceso decisorio de la FTC y los juzgados.

La actividad de la FTC y los juzgados ha sido influida por la Escuela de Chicago en dos aspectos:

En primer lugar, por la creencia de que el único propósito del antitrust es la maximización del bienestar del consumidor(Bork⁶⁵) y de aquí la maximización de la eficiencia(Posner⁶⁶).

En segundo lugar por los intentos de explicar los efectos procompetitivos de prácticas anteriormente aceptadas como anticompetitivas⁶⁷, considerando que los errores positivos de las agencias antitrust entorpecen más el proceso competitivo que los negativos. Se ha afirmado que hay que buscar esquemas y modelos más simples y reglas de legalidad per se de conductas⁶⁸.

En la era de Post-Chicago el objetivo eficiencia no se ha reemplazado, pero se ha intentado superar la búsqueda de esquemas simples, aplicando la teoría de los juegos a varios supuestos de conductas y estableciendo unos modelos de comportamiento del mercado, diferentes de los establecidos por la Escuela de Chicago. Los representantes Post-Chicago consideran que los errores negativos de las agencias tienen más efectos adversos sobre el proceso competitivo que los positivos⁶⁹.

En relación con la elección de objetivos y el proceso decisorio de la FTC se puede resumir, que el análisis jurídico y económico no siempre puede ofrecer una solución única y “justa”: es difícil aceptar que en un asunto concreto se puede desglosar toda la actividad económica de una empresa y todas sus relaciones con los consumidores y competidores para determinar las consecuencias a corto y largo plazo. Así, el punto de partida, cuando se empieza a enjuiciar un asunto antitrust tiene que ser el intento de mejorar las condiciones de mercado, considerando adecuadamente los elementos relevantes al caso y los intereses en juego, tomando en consideración los intereses de los consumidores.

En este contexto es importante aclarar que la ley original (Sherman Act) trataba solamente las prácticas anticompetitivas –“unfair methods of competition”- mientras

⁶⁵ Bork, R. “The Antitrust Paradox: Policy at War with Itself”, ed. Free Press, New York, 1993, p.7.

⁶⁶ Posner, R. “Antitrust Law: an Economic Perspective”, op.cit., p.4.

⁶⁷ Telser, L. “Why Should Manufacturers Want Free Trade”, 3 L. J. & Ec. 86, 1960.

⁶⁸ Posner, R. “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, 48 U. Chi. L. Rev. 623, 1981 y Bork, R. “The Antitrust Paradox”, op.cit, p.262.

⁶⁹ Ver en general Hylton, K. y Salinger, M. “Tying Law and Policy: a Decision-Theoretic Approach”, 71 Antitrust L. J., 2003.

que la prohibición de actos o prácticas de competencia desleal – “unfair or deceptive acts or practices”– fue añadida en el año 1938 (a través de las Wheeler – Lea Amendments de la FTC Act) después de varias afirmaciones de la Federal Trade Commission en el sentido de que las prácticas anticompetitivas incluían los actos de publicidad engañosa y otras prácticas de competencia desleal. Se ha de recordar una vez más que en el derecho norteamericano se ha sostenido mayoritariamente que las políticas de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores y usuarios tienen una importante finalidad⁷⁰, la maximización de la eficiencia que lleva a la maximización del bienestar de los consumidores⁷¹. Esto permite llegar a la conclusión de que era lógico conferir a un órgano administrativo el desarrollo de la política pública y las facultades normativas, ejecutivas y la potestad de resolución de conflictos en dichas materias. Además, por la importancia de la problemática de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores en relación con sus objetivos, este órgano debería de tener un lugar específico en el esquema de equilibrio de poderes (checks and balances).

Como el propósito de este trabajo es hacer una comparación genérica de las instituciones de defensa de la competencia, analizando los distintos ordenamientos jurídicos, sólo se van a mencionar las pautas más importantes en relación con las tareas de la Federal Trade Commission en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

II. ORGANIZACIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION COMO AGENCIA INDEPENDIENTE : LA AUTONOMÍA ORGÁNICA Y FUNCIONAL.

Como es sabido en el derecho norteamericano no existen las mismas relaciones de jerarquía, subordinación e instrumentalidad propias de la Administración en el

⁷⁰ Apuntaré una vez más que me parece cierto que estas dos finalidades en general no entran en conflicto con los objetivos de las agencias antitrust, anteriormente expuestos, sino que ocupan lugares importantes en la jerarquía de objetivos de las agencias antitrust y los juzgados.

⁷¹ En este sentido ha sido el discurso del Senador Sherman que se pronunció a favor de su propuesta de Ley, destinada a “prevenir y controlar las combinaciones hechas con el propósito de impedir la competencia o restringir el Mercado, o para incrementar los beneficios del productor, incrementando, al mismo tiempo, los costes del consumidor”(“to prevent and control combinations made with a view to prevent competition or for the restraint of trade or to increase the profits of the producer at the costs of the consumer”- cit. por Morgan, T. “Modern Antitrust Law and its Origins”, op. cit, p.114.

Derecho Continental. La administración se efectúa por Agencias⁷² que ocupan un lugar específico en el sistema de separación de poderes en relación con su autonomía y funciones⁷³. De este modo se distinguen dos tipos de Agencias: Executive Agencies e Independent Agencies⁷⁴. La diferencia fundamental entre unas y otras es que las Executive Agencies⁷⁵ se localizan en el Poder Ejecutivo y son los órganos ejecutivos del Presidente⁷⁶ quien puede cesar a sus funcionarios⁷⁷, aunque el Congreso las crea y es el órgano que realiza el control sobre ellas, mientras que la “independencia” en su sentido más amplio significa que las Independent Agencies están fuera del Legislativo y Judicial con cierta independencia respecto al Ejecutivo, quedando en la organización jurídica del Ejecutivo. Además las Independent Agencies ejercen competencias normativas, ejecutivas y cuasi-judiciales y de este modo ejercen conjuntamente los tres poderes públicos⁷⁸. Estas peculiaridades de las agencias independientes determinan su composición colegiada (5 o 7 comisarios), mientras que cada Departamento está dirigido por una persona que responde directamente ante el Presidente. En una gran parte de los casos el director del Departamento Ejecutivo es un político que carece de una profunda

⁷² Según la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo), “Agencia” es “cada una de las autoridades públicas de los Estados Unidos, aún cuando esté encuadrada en o bajo la supervisión (o tutela) de otra Agencia, pero no incluye: a) el Parlamento; b) los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica; c) la Administración de los territorios o posesiones de los Estados Unidos de Norteamérica; d) la Administración del Distrito de Columbia; e) la Agencias compuestas por representantes de quienes son partes en las disputas que aquéllas resuelven; f) los Tribunales de las Comisiones marciales; g) la autoridad militar ejercida en tiempo de guerra o en territorio ocupado” – 5 USC 551; trad. de Moreno Molina, A.M. “La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 31. El mismo autor expone también una de las definiciones doctrinales de “Agency”: agencia es “una autoridad pública, distinta de un tribunal o de un órgano legislativo que afecta a los derechos de personas privadas a través de actos singulares o disposiciones de carácter general” (K. C. Davis). En la tesis de Schwartz, B. “Administrative Law”, ed. Little, Brown & Co., Boston, 1991, p. 4, cualquier órgano fuera del Legislativo y Judicial es agencia administrativa; ver asimismo Lawson, G. “Federal Administrative Law”, op.cit., pp.1-4; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.45.

⁷³ En general ver Schwartz, B. “Administrative Law”, ed. Little, Brown & Co., Boston, 1991, pp.3-6.

⁷⁴ Para las discusiones en la doctrina respecto a las dos clases de entes en relación con su autonomía ver Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, 3ed, 1994; ver asimismo Lawson, G. “Administrative Law”, op. cit., p.7.

⁷⁵ La Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) define las Executive Agencies como cualquier departamento ejecutivo, corporación gubernamental o establecimiento independiente (“independent establishment”) (5 USC 105) – se consideran unánimemente Executive Agencies los departamentos ministeriales y militares como también las empresas públicas – Salvador Martínez, María, “Las Autoridades Independientes”, ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 110.

⁷⁶ Según el art. II de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, al Presidente corresponde “la ejecución correcta de las leyes”.

⁷⁷ Lo que garantiza la coordinación y coherencia de la actividad y política de estos Departamentos con la política del Presidente: ver Myers v. U. S., 272U.S.52(1926).

⁷⁸ Salvador Martínez, M., “Las Autoridades Independientes”, ed. Ariel, Barcelona, 2002, p.112 ; Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, Little Brown and Co., Boston, 1994, p. 126; Schwartz, B. “Administrative Law”, 3ed.,ed.Little, Brown and Co, Boston 1991, p.16;Fox, W. “Understanding...”,

especialización en el área que le corresponde. La consecuencia es una subdelegación excesiva.

1. LA FEDERAL TRADE COMMISSION COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.

La FTC es una de las nueve Comisiones Reguladoras Independientes⁷⁹, que realizan importantes tareas en la organización y la ejecución de la política pública de los EE. UU. La FTC realiza actividades en diferentes campos, combinando facultades ejecutivas, legislativas y judiciales⁸⁰, como premisa de una lucha efectiva contra el poder económico.

En relación con lo antes expuesto la creación de la Federal Trade Commission como agencia reguladora independiente⁸¹ se justifica por las siguientes razones:

1) La necesidad de imparcialidad y neutralidad política para evitar una excesiva concentración de poder en el Ejecutivo⁸². Se trata de funciones reguladoras en el sector del comercio y los mecanismos propios para la toma de decisiones políticas no siempre son adecuadas para la toma de decisiones económicas⁸³. Se sostiene que la política del Gobierno puede ser eficaz a corto plazo y para la regulación del comercio se necesita

op. cit., p.65; alguna vez el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica las calificó como “cuarto poder” (Federal Trade Commission v. Ruberoid Co. 343 US 470, 488-489 (1981)).

⁷⁹ Civil Aeronautics Board, Federal Communications Commission, Federal Maritime Commission, Federal Reserve Board, National Labor Relations Board, Nuclear Regulatory Commission, Federal Energy Regulatory Commission, Securities Exchange Commission, Federal Trade Commission.

⁸⁰ Vease la sentencia Humphrey Executor v. U. S., 295 U. S. 602(1935).

⁸¹ No existe una definición doctrinal unánime sobre las Independent Agencies. El profesor Moreno Molina propone un concepto de éstas que se va a tener en cuenta también adelante en el presente estudio. Según este concepto se trata de un tipo de ente administrativo que:

- 1) Está dotado de las potestades reglamentaria, resolutoria y de ejecución para el desarrollo de la función de regulación.
- 2) Está gobernado por un órgano directivo de naturaleza colegiada cuyos miembros:
 - 2.1) son nombrados por el Presidente con la ratificación del Senado.
 - 2.2) no pueden ser separados discrecionalmente por el Presidente.
 - 2.3) desempeñan sus cargos normalmente de duración mayor que el propio mandato presidencial generalmente de manera escalonada, renovándose por partes (staggered terms)
- 3) Está excluido de los mecanismos presidenciales de supervisión y coordinación de la actividad de regulación, que han sido establecidos en virtud de la Orden Ejecutiva

– Moreno Molina, A. M. “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, op. cit., p. 89-90.

⁸² Ver el comentario de Lawson, G. “Federal Administrative Law”, op.cit., pp.142-143 de la sentencia Humphrey’s Executor. El argumento de evitar una excesiva concentración de poder en manos del Presidente es importante, pero por otro lado, como se verá más adelante, la influencia del Presidente sobre las agencias independientes, incluida la FTC, se ha ampliado sucesivamente. Betancor Rodríguez, A. considera que la independencia respecto al Gobierno es relativa: “Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos” en Arana Muñoz, J. R. (dir) “La Administración pública española”, ed. INAP, Madrid, 2002, pp.509 –619.

asegurar una continuidad en la política pública. Además es una materia relacionada con los derechos de los ciudadanos (la protección de los consumidores y usuarios) y la independencia es una garantía más de estos derechos.

Además, como afirma Demsetz⁸⁴ se ha podido notar que el crecimiento del aparato administrativo ofrece condiciones para respaldo de los intereses de grupos de intereses especializados; la creación de una agencia independiente podría evitar este efecto⁸⁵.

2) La experiencia y la pericia desarrolladas por una organización especializada: se trata de un órgano cualificado de expertos en la materia. Se ha puesto énfasis en el hecho de que la especialización y la actividad continuada genera un conocimiento cada vez mayor con la investigación de los problemas específicos y todo ello lleva a un incremento de la eficacia⁸⁶. Existe también la teoría (desarrollada por el progressive movement) que la especialización técnica fomenta la profesionalización y ésta genera una dinámica corporativa que puede proteger las Independent Agencies de las presiones de carácter público o privado⁸⁷.

3) La colegialidad del órgano directivo: según Paul Verkuil⁸⁸ “la decisión colegiada expresa opiniones compartidas en vez de ukases terminantes”. Además la colegialidad es una garantía más contra las capturas políticas y de intereses de la FTC.

4) La incapacidad de las estructuras ordinarias de los Poderes Públicos para satisfacer las necesidades de la regulación económica: los procedimientos son más rápidos y flexibles en comparación con los procedimientos de los órganos ejecutivos o judiciales.

Se podría generalizar que ante la crisis del modelo institucional establecido en un principio (Department of Justice), el Congreso procedió a establecer una Agencia Independiente, a semejanza de la Interstate Commerce Commission que, creada unos años antes para el sector del transporte, había llevado a cabo una admirable labor de intervención, ordenación y supervisión⁸⁹. De este modo, por medio de la Federal Trade

⁸³ Ver Fernández Ordóñez, M. A. “La competencia”, op. cit., p.115.

⁸⁴ Demsetz, H. “La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos”, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p.101.

⁸⁵ En contra, en relación con la defensa de la competencia es interesante el comentario de Weaver, S. “Decision to Prosecute”, ed. MIT Press, Cambridge, 1977, pp.173-174.

⁸⁶ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p.111.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Moreno Molina, Á. M., “Aspectos institucionales del derecho la competencia”, op.cit., p. 432.

⁸⁹ *Ibíd.*

Commission Act, se ha creado una agencia con capacidad jurídica propia que forma parte del Poder Ejecutivo, pero que en el sistema de los órganos del Estado se sitúa en un lugar específico entre el Congreso y el Presidente⁹⁰ y de este modo se asegura el equilibrio de poderes. Este equilibrio, como se verá más adelante, se garantiza por medio de una variedad de mecanismos para asegurar la coordinación con el Legislativo y el Ejecutivo.

2. RELACIONES CON EL CONGRESO.

Los miembros de la Federal Trade Commission (es decir, los miembros de su órgano colegiado de dirección) son nombrados por el Presidente con la aprobación del Senado “with the advice and consent of the Senate” (15 USC 41). No se debe olvidar que la creación de las Agencias Independientes en general ha sido una estrategia política del Parlamento para evitar que se desarrolle un Poder Ejecutivo fuerte en el que todo el poder de “ejecutar” las leyes se acumulara en manos del Presidente. De este modo, el Congreso ejerce una influencia poderosa sobre las Agencias Independientes (incluida la Federal Trade Commission) porque:⁹¹

- la Federal Trade Commission fue creada por ley, el Congreso aprueba su estatuto y sus miembros están ratificados por el Senado⁹².
- en el caso del nombramiento y la renovación de los vocales, al confirmar la propuesta del Presidente, el Senado controla la orientación de la política pública que se llevará a cabo por los candidatos.
- no se debe olvidar que el Congreso puede modificar el régimen jurídico o incluso disolver la Federal Trade Commission.
- el Congreso ejerce el veto legislativo sobre los reglamentos, dictados por la FTC⁹³.

⁹⁰ Algunos, basándose en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.* 343 US 470, 488-489, 1981 afirman que las Agencias Independientes se sitúan como un “cuarto poder” entre el Congreso y el Presidente .

⁹¹ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit, p. 125.

⁹² De acuerdo con la sentencia *Bevans v. Industrial Commission* 790. P. 2d 573, 576, las Agencias son “criaturas” del Legislativo; ver asimismo Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.10.

⁹³ Sobre este tema ver Breyer&Stewart “Administrative Law”, op.cit., pp.92-93; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.40-44 y las sentencias *FTC v. Gratz* 253 U. S.421, 427, 1920 y *Sears Roebuck&Co. v. FTC*, 258 F 307(7th Cir. 1919).

- debe destacarse también la posible influencia de las comisiones parlamentarias⁹⁴ y de los congresistas a título individual o a instancia de sus representantes.
- hay que poner énfasis en el control parlamentario sobre la Federal Trade Commission (un aspecto importante que se va a estudiar más adelante en el trabajo).
- el Congreso aprueba el presupuesto de la Federal Trade Commission y los proyectos a que se va a destinar (este aspecto de control por parte del Congreso se va a estudiar más adelante). Es importante en este plano la actividad de la General Accounting Office.

Una vez esbozadas las principales notas que caracterizan las relaciones sustantivas de la FTC con el Congreso, es preciso apuntar, que el control legislativo se establece por la imposibilidad del Congreso de establecer en general, para todos los casos, reglas exactas o detalladas para determinar las prácticas dañinas para la competencia. Se trata de unas condiciones de constante cambio, que no pueden entrar fácilmente en un marco normativo, establecido por el Congreso. Y aunque sea posible a veces encontrar estándares económicos inteligibles para identificar las situaciones restrictivas a la competencia, el Congreso no podría establecer un marco legal general, porque a veces el balance de las fuerzas políticas o el juego de intereses no permite establecer una legislación más precisa⁹⁵.

Es importante destacar, que los programas de la FTC deben de responder a las directrices, trazadas por el Congreso: en palabras de Cushman siempre se ha esperado, que la agencia, va a cumplir estos objetivos, aunque está claro, que la autoridad, que investiga las “corporaciones industriales gigantes” llevará una carga política y por medio de su actividad (investigación de estas corporaciones) podrá enfrentar y contraponer poderosas fuerzas políticas. En algunos casos, cuando la FTC ha llevado a cabo investigaciones sin la aprobación expresa del Congreso, no ha podido afrontar una

⁹⁴ Ver en este contexto Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.38-39.

⁹⁵ En este sentido ver Areeda & Kaplow “Antitrust Analysis...”, op.cit., p.6 y Kerwin, K. “Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy”, ed. CQ Press: A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C., 1994, p.32.

fuerte oposición política.⁹⁶En esta misma línea Kovacic ofrece el ejemplo de la restricción de varios programas de la FTC en el año 1980⁹⁷.

De este modo se puede resumir, que los programas de la FTC tienen que responder a las preferencias políticas del Congreso: el Legislativo ha otorgado amplios poderes a la FTC, pero vigilando el cumplimiento de los objetivos que se han establecido. La relación Congreso- FTC se puede aceptar como una relación principal-agente⁹⁸, donde el Congreso (el principal) controla de cerca la política y las actividades, realizadas por la FTC, por medio de una variedad de instrumentos y este control se puede caracterizar como fuerte e intenso.

3. RELACIONES CON EL PRESIDENTE

La FTC es una autoridad administrativa, creada por el Congreso con el propósito de realizar una tarea específica y por esta razón no puede ser un instrumento en manos del Ejecutivo y en los límites de su Estatuto queda libre de su control. En principio los objetivos de creación de una Agencia Independiente y la concentración de funciones en la misma bajo el control del Congreso, excluyen el control presidencial ilimitado. A pesar de esto desde los años –70, como se verá más adelante en relación con el control sobre la FTC, los controles presidenciales se han venido aumentando, lo que se puede aceptar asimismo como un resultado de la ampliación de las facultades de algunas Agencias Independientes como la FTC.

Así, el Presidente mantiene una considerable influencia sobre la Federal Trade Commission, puesto que dispone de las siguientes facultades:

- elige a los comisarios aunque necesita la ratificación del Senado⁹⁹ (they “shall be appointed by the President” – 15 USC 41).
- puede cesar a los consejeros por alguna de las causas tasadas.

⁹⁶ Cushman, R. “The Independent Regulatory Commissions”, ed. Otagon Books, New York, 1972, p.220.

⁹⁷ Kovacic, W. “The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement”, 17 Tul. L. J. 587(1981- 1982).

⁹⁸ Kovacic, W. “Congress and the Federal Trade Commission”, 57 Antitrust L. J. 869(1988), analiza tres diferentes modelos analíticos de las relaciones Congreso- FTC: el modelo del Strong Control (la relación principal- agente), con el que se caracteriza la época de R. Reagan, el modelo de Loose-Control, con el que se caracteriza la época de J. Carter y el “rent –seeking behavior”. Este último modelo explica la influencia de algunos grupos en el Congreso sobre las iniciativas específicas de la FTC. Considero que en la actualidad el primer modelo es el que más se ajusta a las relaciones Congreso- FTC.

- nombra y cesa al Director.
- interviene a la hora de presentar al Congreso el proyecto de presupuesto.
- controla el programa de actividades de la Federal Trade Commission por medio de la Office of Management and Budget¹⁰⁰.
- controla la infraestructura material y personal por medio de la General Services Administration y la Office of Personnel Management.
- en último lugar, la representación y defensa en juicio de la Federal Trade Commission se realiza a través del Attorney General.

La independencia de las Agencias Independientes respecto al Presidente ha sido establecida en la jurisprudencia con los asuntos *Humphrey's Executor v. U. S.* 295 U.S. 602, (1935)¹⁰¹ y *Wiener v. U. S.* 357 U.S. 349, 356, 1958.

Durante la época del Presidente Reagan ha habido intentos de argumentar la postura contraria, sosteniendo que las Agencias Independientes deben estar integradas en el aparato administrativo del Presidente- *Synar v. U.S.* 626 F. Supp.1374, 1398(DD.C. 1986) y sobre todo *Hospital Corp. v. FTC* 807 F. 2d 1381, 1392(7th Cir. 1986), atacando la constitucionalidad de la FTC.

En la doctrina actual no se discute la independencia o la constitucionalidad de la FTC¹⁰².

En cuanto a la autonomía funcional se debe subrayar que la Comisión no puede recibir directrices, órdenes o instrucciones del Presidente¹⁰³.

⁹⁹ Para un comentario detallado ver Fox, W. "Understanding...", op.cit., pp.51-52.

¹⁰⁰ Vease Breyer & Stewart "Administrative Law", op.cit., pp.136-137; Kerwin, K. M., "Rulemaking:" op.cit., p.34; Fox, W. "Understanding...", op.cit., p.60.

¹⁰¹ Las notas principales en relación con este asunto son las siguientes:

Humphrey fue nombrado para el segundo período de 7 años por el Presidente el año 1931, pero estaba en desacuerdo con Roosevelt sobre sus ideas respecto a la política de la FTC y fué despedido el 7 de octubre de 1933. Humphrey sostenía ante el tribunal que ha sido cesado inválidamente y el Tribunal Supremo de los EE.UU. dictó una sentencia, en que declaró que el Presidente ha infringido el art.15 U.S.C.41. En palabras del Juez Sutherland la intención del legislador ha sido "crear un cuerpo de expertos que adquirirían experiencia durante el ejercicio de su cargo y este cuerpo debe ser independiente de la autoridad ejecutiva, excepto en su nombramiento y libre de ejercer sus juicios sin la influencia de cualquier otro funcionario o departamento del Gobierno ("create a body of experts who shall gain experience by length of service- a body that shall be independent of executive authority, except in its selection, and free to exercise its judgment without the leave or hindrance of any other official or any Department of Government"). El Juez Sutherland ha argumentado su postura, afirmando que la FTC, para ejercer sus facultades, tiene atribuidos poderes quasilegislativos y quasijudiciales: cuando ejerce sus poderes quasilegislativos, actúa como agente del Congreso y cuando ejerce sus facultades quasijudiciales, actúa como agente del juzgado. Por esto, desde la perspectiva de la separación de poderes el Presidente tiene atribuido un control limitado sobre la FTC y cualquier intento de cesar algún comisario fuera de la causas tasadas es infracción del principio de separación de poderes.

¹⁰² *FTC v. American Nat. Celular* 810 F. 2d 1511(9th Cir. 1987).

¹⁰³ Schwartz, B., "Administrative Law", 3 ed, ed. Little, Brown and Co., Boston, 1991 p.19.

En los últimos años se puede constatar un reforzamiento del control presidencial sobre la Comisión sobre todo en relación con la política de competencia, promovida por la Agencia.

III. EL SISTEMA DE ELECCIÓN Y LA COMPOSICIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

1. ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Los cinco comisarios son elegidos por el Presidente de los Estados Unidos con la aprobación del Senado ¹⁰⁴(15 USC 41). Es importante destacar que, como ha afirmado el Tribunal Supremo, el Senado no puede por sí solo nombrar a los vocales de la Federal Trade Commission sino que debe hacerlo con el concurso del Presidente¹⁰⁵, lo que protege al Ejecutivo del control directo por parte del Congreso.

Una vez elegidos los comisarios, de entre ellos se elige Director y la elección en este caso corresponde al Presidente. El Director tiene atribuidas amplias potestades para dirigir las funciones administrativas de la Comisión, incluidas sus potestades en materia presupuestaria y del personal (Reorganization Plan No. 8 of 1950, §1(a), 64 Stat. 1264).

2. QUÓRUM Y MAYORÍAS.

Es importante enfatizar en que no más de tres comisarios pueden pertenecer al mismo partido político. De este modo se garantiza la eficacia del órgano colegiado y, ante todo, su imparcialidad: se trata de una solución que no se encuentra en la mayoría de las legislaciones de defensa de la competencia y corresponde al modelo bipartidista norteamericano.

Las decisiones de la Comisión se toman por mayoría absoluta (Federal Trade Commission v. Flotill Prods, 389 U.S. 179 (1967)) y el quórum lo constituyen tres comisarios.

¹⁰⁴ Ver Areeda&Kaplou “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.79;Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.552.

¹⁰⁵ Ver Buckley v. Valeo 424 U.S.1(1976) y el comentario de Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp.6-8, Humphrey’s Executor y el comentario de Lawson, G. “Administrative Law”, op.cit., pp.142-143.

Pueden ser nombrados por la propia Comisión también expertos especiales y ayudantes cualificados para los comisarios (15 USC 42; 16 CFR § 4.14 (1996)).

3. REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD E INCOMPATIBILIDADES.

En cuanto a los requisitos de elegibilidad, una de las principales constataciones en este aspecto de la Hoover Commission¹⁰⁶ en el año 1949 es que la cualidad de los miembros es el factor vital para el funcionamiento eficaz de las comisiones. Ofreciendo diferentes ejemplos de la historia de la FTC, Kovacic¹⁰⁷ y Katzman¹⁰⁸ argumentan la necesidad de elegir comisarios especializados con habilidades directivas (management skills). Puesto que se trata de un órgano, formado por expertos en la materia, es indispensable la alta especialización de sus miembros y este debe ser el primer requisito de elegibilidad.

Existe la regla general según la cual los comisarios están obligados a no desempeñar ningún otro cargo, profesión o empleo (15 USC 41) y que no tengan intereses relacionados con la actividad de la agencia: se trata de un requisito importante para garantizar la imparcialidad de la FTC. Además, los comisarios deben actuar sin estar influidos por sus ideas políticas y este es un requisito importante para realizar una actividad efectiva en la FTC¹⁰⁹.

4. DURACIÓN DEL MANDATO Y CESE DE LOS COMISARIOS.

Los vocales desempeñan su cargo durante siete años, excepto en el caso de que un comisario haya sido nombrado para sustituir a otro comisario. En este caso el nuevo vocal desempeña su cargo hasta el fin del mandato del vocal sustituido (15 USC 41). De este modo el mandato de los comisarios tiene una duración superior a la del Presidente de los Estados Unidos. Además la renovación del mandato se realiza por partes, una medida que garantiza la continuidad de las funciones de la Federal Trade Commission.

¹⁰⁶ First Hoover Commission Task Force Report (Comm. of Organization of the Executive Branch of the Government Task Force Report on Regulatory Commissions (1949)).

¹⁰⁷ Kovacic, W. "The Quality of Appointments and the Capability of the FTC", 49 Adm. L. Rev. 915 (1997).

¹⁰⁸ Katzman, R. "Regulatory Bureaucracy: the Federal Trade Commission and Antitrust Policy", ed. MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 113-117.

¹⁰⁹ En este sentido ver Fox, W. "Understanding...", op.cit., p. 54.

Estas medidas han sido consideradas como garantía para la estabilidad de las políticas públicas a pesar de los cambios en el Gobierno.

Los comisarios pueden ser cesados (removed) sólo por el Presidente (15 USC 41) en los supuestos tasados por la Ley: incompetencia, negligencia en el servicio o conducta ilegal en el desempeño del cargo (“inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office” – 15 USC 41): esta disposición es una garantía más de la independencia de la FTC¹¹⁰.

En relación con el Director la ley establece que puede ser cesado por decisión presidencial, pero no prevé causas tasadas de cese: si el Director es cesado, deja de actuar como tal, pero continúa su mandato como miembro de la Federal Trade Commission¹¹¹.

IV. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

La Federal Trade Commission está compuesta por: Office of General Council; Office of the Executive Director; Office of the Secretary; Office of the Inspector General; Office of Administrative Law Judges; Bureau of Competition, Bureau of Consumer Protection , Bureau of Economics y las Oficinas Regionales (16 CFR § 9) – Anexo N 4.

Como cada agencia la FTC realiza sus funciones a través de sus funcionarios, que tienen que desarrollar una serie de tareas para efectuar la política de la agencia. Existen, además una serie de mecanismos, a través de los cuales funciona la institución de defensa de la competencia norteamericana y uno de los más importantes es la división de funciones dentro de la misma agencia¹¹² - vease 16CFR 0.1- 0.19.

¹¹⁰ Eastman, J. “The Place of the Independent Commission”, 12 Const. Rev.95, 100- 101(1928), recopilado en Lawson, G. “Federal...”, op.cit., p.24.

¹¹¹ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit p. 8-9. En una reciente Executive Order del Presidente Bush (de 13 de enero de 2005) se prevé la sustitución del Director por otros funcionarios de la FTC , en caso de imposibilidad de seguir ejerciendo su cargo de Director. Se prevé asimismo que en este caso el Presidente puede designar personalmente el Director entre los funcionarios.

¹¹² Ver Neale, A. D. “The Antitrust Laws of the U.S.A.: a Study of Competition, Enforced by Law”, 2ed., ed. Cambridge Univ. Press, 1970, p.385.

La división de funciones dentro de la Comisión consiste principalmente en que el Bureau of Competition aplica el derecho antitrust a casos concretos(básicamente Clayton Act y FTC Act), el Bureau of Consumer Protection se ocupa con los problemas de competencia desleal, protección de los consumidores y usuarios y seguridad de los productos, mientras que el Bureau of Economics realiza tareas de asesoramiento a los demás Bureaus.La combinación y división de funciones dentro de la FTC tiene asimismo otra dimensión: se trata de la combinación y división de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales¹¹³.Existe la convicción que esta combinación de funciones en un mismo órgano crea conflictos en relación con los objetivos eficiencia y justicia en el proceso decisorio de la agencia¹¹⁴. En la doctrina y en la práctica se ha optado por varias soluciones de dichos problemas¹¹⁵:

A.En el area de adjudication este problema surge, porque el mismo órgano que recibe e inicia la investigación sobre la denuncia es el que se pronuncia al final sobre el fondo del asunto.Breyer y Stewart apuntan que este problema de concentración de funciones tiene dos dimensiones:

- surge a nivel del personal:entre los funcionarios que realizan las tareas de investigación y los que participan en tareas, relacionadas con la decisión final de la agencia
- surge entre los mismos comisarios

Mientras que el segundo problema parece más difícil de solucionar, el primero se puede resolver a través de una separación de funciones dentro de la agencia¹¹⁶: de

¹¹³ En la historia de la organización de la FTC el modelo de división funcional(investigación – resolución) ha sido reemplazado por el modelo de organización según el tipo de actividad- antitrust, defensa del consumidor, etc..., aunque es obvio que la eficiencia de la FTC no es resultado exclusivamente de la forma organizativa: Auerbach, C. “The FTC Internal Organization and Procedure”, 48 Minn. L. Rev. , 1963-1964; Dixon, P. “Recent Changes in Organization and Procedure of the FTC”, 19 A.B.A.Antitrust Section 252, 1961.

¹¹⁴ Breyer & Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.820; ver asimismo Lawson, G. “Federal...”,op.cit., p.167 y Elman, P. “Agency Decision- Making Adjudication by the Federal Trade Commission”, 19 Food Drug Cosm. L. Q. 508(1964) que considera que la fusion de funciones crea problemas de integridad y eficacia del proceso administrativo; en contra Neale, A. D. “The Antitrust Laws...”, op.cit., p.385 .

¹¹⁵ Conviene citar dos documentos básicos, que han determinado la organizacion y los objetivos de la FTC.El primero es el así llamado First Hoover Commission Task Force Report(Comm. of Organization of the Executive Branch of the Government Task Force Report on Regulatory Commissions, 1949), que ha influido sobre la nueva organización en base a las diferentes actividades de la FTC y el así llamado A.B.A. Report(Report of Commission to Study the federal Trade Commission, 15 sept.,1969) que analiza el funcionamiento y la organización de la FTC, ofreciendo recomendaciones para elevar la eficiencia y una de las recomendaciones más importantes es elegir objetivos a largo plazo y crear una unidad administrativa en la propia FTC cuya tarea será la planificación de los objetivos de la agencia a largo plazo.

¹¹⁶ Ver Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.613 y la sentencia FTC v. Atlantic Richfield Co. 567 F. 2d 96, 102(D.C. Cir. 1977).

hecho la Oficina del Consejo General y la Oficina del Administrative Law Judge(cuyos funcionarios participan en la resolución del caso) son órganos separados y el Director Administrativo no ejerce un control directo sobre sus funcionarios.A pesar de esto, según varios informes y opiniones, las tareas discrecionales de administración están “mezcladas” con las tareas de adjudicación y por esta razón algunas decisiones de la FTC parecen unas “racionalizaciones” del trabajo de investigación previo¹¹⁷.Se cree que la concentración de funciones se puede evitar mediante una eficiente división interna, separando las dos actividades¹¹⁸.Hay que apuntar, además que según la jurisprudencia combinar tareas de investigación y persecución está expresamente permitido(clearly allowed)- *Grolier, Inc. v. FTC* 615 F 2d(9th Cir.1980).

B. Separación de funciones en Rulemaking.¹¹⁹

En este supuesto puede surgir un problema importante en relación con la influencia de algunos comisarios a través de sus propias conclusiones, opiniones o discursos públicos¹²⁰.

¹¹⁷ Ver por ejemplo *Administrative Management in the Government of the United States*, Report of the President's Committee on Administrative Management, 1937.

¹¹⁸ Ver Attorney General's Committee on Administrative Procedure Report 56, 1941 y la sentencia *Wong Yang Sung v. Mc Grath* 339 U. S. 33(1950); Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.828; Actualmente se dan varias garantías legales de esta separación de funciones:

- garantías de supervisión- 5 U.S.C.554(d)
- una efectiva asignación de asuntos- 5 U.S.C.3105
- las garantías de cese de funcionarios- 5 U.S.C.7521
- el nivel del salario- 5 U.S.C.5335
- el APA garantiza asimismo la separación de los funcionarios que participan en la investigación de los que participan en la resolución del caso- 5U.S.C.554(d)
- se prohíbe la ex parte comunicación con el Administrative Law Judge- 16 C.F.R. 4.7.

Se dan casos de asuntos prejuzgados por un comisario y recursos contra las respectivas decisiones como el caso del comisario Dixon en el asunto *Texaco, Inc. v. FTC* 336 F. 2d 754, 760(D.C. Cir. 1964), casos de participación de un comisario en procedimientos de investigación y adjudication- *American General Industries Co. v. FTC* 589 F. 2d 462(9th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891(1983).Se da asimismo un caso en que el asesor legal de un comisario más tarde es nombrado Administrative Law Judge y se encarga de un asunto sobre que ha asesorado el comisario- *Golier, Inc. v. FTC* 615 F. 2d 1215(9th Cir. 1980), after remand 699 F. 2d 983(9th Cir.).

En general los juzgados no consideran que la separación de funciones es indispensable para el funcionamiento de la FTC.

¹¹⁹ Ver Davis, K. C. “Administrative Law Treatise”, op.cit., p.453.

¹²⁰ Por ejemplo los discursos del comisario M. Pertchuk sobre la publicidad, dirigida a niños y en esta base, la sentencia *Assoc. of National Advertisers, Inc. v. FTC* 627 F. 2d 1151(D.C.Cir. 1979), cert. denied, 447 U.S.921(1980) o *American Cyanamid Co. v. FTC* 363 F. 2d 757(6th Cir. 1966).

Un avance importante en la separación de funciones en rulemaking se ha hecho en el año 1980 con la aprobación de la Federal Trade Commission Improvements Act que ha separado las funciones del Administrative Law Judge y la Comisión – 15U.S.C.57a(c)(1)(B)- (C)(1994).

A continuación se va a ofrecer un desglose del esquema organizativo de la FTC:

El Consejo General- General Council¹²¹ representa la FTC en los juzgados, resuelve cuestiones de hecho y derecho en relación con su actividad, en cooperación con funcionarios de los estados y del Gobierno federal y coordina las relaciones con el Congreso. Además, prepara advisory opinions para las empresas que las necesitan para revisar la legalidad de sus acciones¹²².

El Director Administrativo, realiza las funciones administrativas de la Federal Trade Commission, incluidas las materias de presupuesto, de material y recursos humanos (16 CFR § 10). Además, el Director Administrativo realiza la supervisión sobre las oficinas, bureaus y todo el personal de la FTC. A este funcionario están subordinados los demás Bureaus y él realiza la coordinación de sus funciones.

El Bureau of Competition (16 CFR 16) está presidido por un Director que dirige 2 Divisiones (presididas por 2 Deputy Directors) y varios Asistent Directors.

?? El Bureau of Competition participa en la regulación de áreas importantes como:

- la salud pública.
- el abastecimiento, producción y transporte de electricidad, gasolina, gas y productos alimenticios
- las industrias de alta tecnología como los “computers”, el acceso a Internet, la televisión por cable (su distribución y programación).

¹²¹ Ver Winslow, W. “Organization and Operation of the Federal Trade Commission”, 54 Antitrust L. J., 1985.

¹²² Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op. cit., p818.

- ?? Además, el Bureau of Competition salvaguarda la competencia por medio de la aplicación de las leyes “antitrust”: Section 5 de la Federal Trade Commission Act, Sec.1 de la Sherman Act, Sec.3, 7 y 7A de la Clayton Act y la Robinson-Patman Act.
- ?? El Bureau of Competition realiza el control de las fusiones (merger enforcement): se trata en primer lugar de control sobre fusiones entre competidores “directos” (horizontal mergers). En segundo lugar la Comisión controla también las fusiones verticales “(vertical mergers) y los así llamados “potential competition mergers”.
- ?? Además existe el “nonmerger enforcement”: Se trata de quejas por parte de consumidores, usuarios o competidores en relación con la existencia de posibles restricciones por parte de una o más empresas (por ejemplo los acuerdos o prácticas concertadas o paralelas, el boicot o la fijación de precios).
- ?? El Bureau of Competition realiza estudios e investigaciones: el Congreso ha creado la Federal Trade Commission también como un órgano de información e investigación.
- ?? El Bureau of Competition organiza discusiones sobre problemas importantes del comercio, y también los así llamados “business to-business (B2B) electronic marketplaces”.
- ?? El Bureau of Competition elabora informes que presenta al Congreso y también informes públicos sobre problemas importantes en relación con el interés público y el bienestar social.
- ?? El Bureau of Competition contribuye al análisis de los efectos de las políticas públicas en el área del comercio (por ejemplo en relación con la desregulación en el sector de la energía).

?? Los altos funcionarios del Bureau of Competition pueden intervenir ante el Congreso cuando se discuten problemas de la política pública relacionados con el interés público.

?? El Bureau of Competition también informa a los empresarios (posibles competidores) de la aplicación de las leyes “antitrust”.

- En colaboración con el Departamento de Justicia (Department of Justice) el Bureau elabora las así llamadas “guidelines” (por ejemplo sobre las fusiones) que son directrices para entender como la Federal Trade Commission elabora los análisis de las posibles infracciones.
- Los funcionarios del Bureau of Competition regularmente informan sobre las políticas públicas y sobre las prioridades en defensa de la competencia a los grupos empresariales (“business groups”).
- El Bureau of Competition prepara también recomendaciones y directrices para ayudar a los empresarios en el análisis de la legalidad de sus acuerdos, prácticas y acciones.
- Se realizan también publicaciones en la prensa y en la Federal Trade Commission web-site.

El Bureau of Economics (16 CFR 17), está presidido por un director que dirige a los Directores Asociados de Antitrust, de Protección del consumidor (Consumer Protection) e Investigación, de Operaciones y Política Pública, como también el Advocacy Coordinator.

?? El Bureau of Economics ayuda a la Federal Trade Commission para evaluar los efectos económicos de sus actividades. Con este fin el Bureau elabora análisis económicos y también investigaciones sobre el “antitrust”, “protección del consumidor” y la regulación de varios sectores de la industria.

?? El Bureau of Economics asegura instrucciones económicas (“economics advice”) para la aplicación de las leyes “antitrust” y sobre la defensa de los consumidores y usuarios. El Bureau participa con análisis económicos en el procedimiento (en que varias veces toman parte expertos) siempre en estrecha colaboración con el Bureau of Competition para tomar las medidas más apropiadas según el caso concreto.

?? En el área de protección de los consumidores y usuarios, el Bureau of Economics asegura análisis de los casos y elabora normas (rules) junto con el Bureau of Consumer Protection. El Bureau of Economics asimismo elabora análisis con el fin de detectar actividades que afectan a los consumidores.

?? El Bureau of Economics estudia los efectos de las regulaciones.

El Bureau (junto con los demás Bureaus) participa en la presentación de comentarios (a solicitud de otras agencias o instituciones) sobre los efectos de la regulación para la competencia o para los consumidores y usuarios. Algunos de estos comentarios ayudan al juez en sus consideraciones. Del mismo modo los informes de la Federal Trade Commission como “amicus curiae” que se presentan ante el juzgado federal (o ante los juzgados estatales de los Estados) son una base importante para que los jueces elaboren sus decisiones.

?? Análisis de los procesos de mercado:

Se analizan diferentes mercados e industrias, siempre en relación con los efectos económicos de la regulación y los problemas importantes para el “antitrust” o la política de protección de consumidores y usuarios.

El Bureau of consumer protection (16 CFR 17) está presidido por un Director ante quien responden dos Deputy Directors y los Associate Directors de las diferentes divisiones:

El Bureau of consumer protection fue creado para proteger a los consumidores y usuarios contra la competencia desleal (against “unfair, deceptive or fraudulent

practices”). Se aplican tanto las leyes elaboradas por el Congreso en defensa de los consumidores y usuarios, como también los actos normativos de la Federal Trade Commission. Sus principales actividades incluyen investigaciones, funciones cuasijudiciales en resolución de conflictos, funciones normativas (rulemaking proceedings) y actividades de información y educación de los consumidores y usuarios¹²³. El Bureau contribuye a la actividad de la Federal Trade Commission de informar al Congreso u otras instituciones sobre el efecto de las medidas tomadas en defensa de los consumidores y usuarios.

El Bureau of consumer protection está repartido en 6 divisiones:

- La División de Prácticas Publicitarias, “División of Advertising Practices”. Las actividades que controla dicha división son las siguientes:
 - ?? Producción de productos alimenticios y farmacéuticos en relación con la salud pública.
 - ?? Productos de Internet.
 - ?? Publicidad y marketing dirigidos a los menores (Advertising and marketing directed to children).
 - ?? Publicidad de productos y servicios de alta tecnología.
 - ?? Publicidad de producción y venta de tabacos y alcohol.
 - ?? Quejas sobre publicidad de productos en la prensa, la radio o televisión, incluidas las publicidades por correo o por Internet.
- La División de Aplicación (ejecución)- “División of Enforcement”. Esta división se ocupa de la aplicación de varias leyes de protección de consumidores y usuarios, incluidas:

¹²³ Angland, J. (dir.), “Antitrust Law Developments”, vol. I, ed. American Bar Association, New York, 1997, p. 552.

- 1) Las quejas contra decisiones de juzgados administrativos o el juzgado federal sobre protección de consumidores y usuarios.
 - 2) Las investigaciones sobre la protección de consumidores y usuarios y los procesos civiles en defensa de consumidores y usuarios.
 - 3) La elaboración y aplicación de normas de protección de consumidores y usuarios (incluidas las así llamadas “guidelines”).
- La División de prácticas Financieras- “División of Financial Practices”.
Esta División es responsable de las prácticas financieras y arrendatarias que puedan afectar al consumidor. Asimismo se ocupa de la privacidad de los consumidores y usuarios.
 - La División de Prácticas de Mercado, “Division of Marketing Practices”.
Esta División está destinada a responder rápidamente de los cambios de las prácticas fraudulentas de mercado.
 - La División de Planificación e Información, “Division of Planning and Information”.
Dicha División ayuda a los consumidores para obtener información con fin de protegerse ellos mismos de los fraudes de los comerciantes y productores a través de:
 - ?? Centro de atención al consumidor ,Consumer Response Center – donde los funcionarios cualificados responden a preguntas y quejas de los consumidores y usuarios.
 - ?? El programa “Identity Data Clearing House”
 - ?? El programa “Consumer Sentinel”.

?? International Consumer Protection: Se trata de facilitar la información internacional. Se realizan también proyectos con otros estados con el mismo objetivo.

- La División “Operations”. Esta división participa en la administración de las actividades financieras, administrativas y la resolución de conflictos cuasijudiciales del Bureau.

El Programa de Educación del Consumidor y el Empresario.¹²⁴

Se trata de campañas informativas que están orientadas a los consumidores y a los grupos empresariales (“business groups”). Estas campañas informativas están vistas por la Comisión como un modo de minimizar las quejas por los consumidores. También se organizan conferencias a nivel nacional, se firman convenios entre las asociaciones de comercio, los empresarios, los grupos de representación de consumidores, etc...

? ?La Oficina del Director (Office of the General Council)

Como se ha expuesto anteriormente el Director preside la Comisión en sus reuniones y, además, tiene funciones representativas ante los juzgados. Está facultado para dar su opinión en relación con varios problemas (jurídicos y de política pública) ante la Comisión o ante otros funcionarios de la Federal Trade Commission y responde a interpelaciones (preguntas) de acuerdo en el Freedom of Information and Privacy Act (16 CFR § 11).

? ?La Oficina del Secretario (Office of the Secretary)

El Secretario es el responsable de los programas de las reuniones de la Federal Trade Commission y también de redactar las actas de dichas reuniones y de otros actos de la Federal Trade Commission. Él está facultado para firmar las órdenes de la Comisión y la correspondencia oficial. Además es responsable de la publicación de todos los Reglamentos de la Comisión en el Registro Federal (Federal Register) y de las Decisiones de la Federal Trade Commission.

¹²⁴ Ver Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.913.

? ?La Oficina del Inspector General (Office of the Inspector General)

Esta oficina (establecida en 1989) participa en la promoción de la eficacia de los programas y operaciones de la Federal Trade Commission. Con este fin la Oficina del Inspector General asegura auditorías e investigaciones para prevenir la ineficiencia y los abusos en el funcionamiento de la Agencia (5 USC app. 3, 16 CFR § 13).

? ?La Oficina de los Jueces Administrativos (Office of Administrative Law Judges)

Los Jueces Administrativos (para superar cualquier malentendido) son funcionarios a los cuales la Federal Trade Commission de acuerdo con la Ley ha delegado las funciones iniciales de investigación y prueba y las conclusiones iniciales basadas en las Leyes. Todas estas funciones deben llevarse a cabo conforme con las Decisiones de la Comisión, sus directrices (“policy directives”) y las reglas de la práctica (“Rules of Practice”). Los Administrative Law Judges participan también en los “rulemaking proceedings”- se trata de las competencias normativas de la Federal Trade Commission (16 CFR § 14).

Existen también Oficinas Regionales a las cuales la Comisión ha delegado algunas de sus funciones en las regiones establecidas (ver Anexo N° 3). Todas las Regional Offices están bajo la supervisión de la Oficina del Director Ejecutivo y de los Bureaus correspondientes (16 CFR § 19).

Después de analizar la estructura organizativa de la Federal Trade Commission, deberíamos de poner énfasis sobre lo dispuesto en 16 CFR § 7: “la Comisión... puede delegar por medio de orden, norma publicada, algunas de sus funciones (potestades) a una División de la Comisión, a un comisario, juez administrativo, a funcionario o a grupo de funcionarios, pero tiene el derecho de revisar discrecionalmente todas las funciones delegadas...”¹²⁵: De este modo la Comisión reserva para sí misma el control de todas las funciones realizadas por delegación.

¹²⁵ “The Commission... may delegate, by published order or rule certain of its functions to a division of the Commission, an individual Commissioner, an administrative law judge, or an employer or employee board, and retains a discretionary right to review such delegated action...” upon its own initiative or upon petition of a party to or an intervenor in such action – (16 CFR § 7)

Cabe considerar que el esquema organizativo de la Federal Trade Comisión asegura eficacia y ahorro de tiempo en base a una distribución de tareas de acuerdo con las facultades de la Comisión que se analizarán a continuación.

Es importante destacar, además, que en los Estados Unidos, junto con las leyes federales existen las leyes estatales antitrust y la competencia de la FTC o la Antitrust Division no excluye la competencia de las autoridades de cada estado. Por otro lado, para evitar la duplicidad de esfuerzos, estas autoridades cooperan estrechamente entre sí y las autoridades federales a través de una variedad de mecanismos.¹²⁶ Es de gran interés observar que el Congreso ha dejado la ejecución de la legislación antitrust estatal en manos de las autoridades de los estados (sancionar las infracciones de la libre competencia en el territorio de los estados) con objetivo de conseguir más eficacia en la lucha antimonopolio.

V. FACULTADES Y FUNCIONES DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Con base en lo anteriormente expuesto respecto a la estructura de la agencia, se puede observar que la Federal Trade Commission se encarga de la regulación general de la defensa de la competencia tanto en el plano normativo como ejecutivo¹²⁷. Así la Federal Trade Commission no es solamente una entidad de tipo ejecutivo y judicial, sino también una entidad reguladora (dicta normas-reglamentos, basándose en la Sección 18 de la Federal Trade Commission Act): se debe recordar que cuando el Congreso crea una Agencia Independiente le confía una gran parte de la regulación jurídica en el sector¹²⁸. La Federal Trade Commission asume también importantes facultades ejecutivas (inspección y sanción) que comparte con la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Las dos instituciones actúan en estrecha colaboración y coordinación. Existe también un tercer grupo de facultades de la

¹²⁶ Estos mecanismos están analizados detalladamente por Casés Pallarés, L. “Derecho administrativo de la defensa de la competencia”, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995; ver asimismo Hovenkamp, H. “State Antitrust in the Federal Scheme”, IND. L. J. 58, 3, 1983.

¹²⁷ Moreno Molina, A. M. “Aspectos institucionales de la defensa de la competencia” en Calvo Caravaca, A. L. y Morales Limones, Pilar B. “Derecho europeo de la competencia”, ed. Constitución y Leyes, S.A., Madrid, 2001, p. 432; ver asimismo la sentencia Smith v. Shapiro, 484 A. 2d 1282 (N. J. App. 1984).

Federal Trade Commission, denominadas por la doctrina administrativa “quasijudiciales”: son las funciones de resolución de conflictos¹²⁹ con la participación de los Administrative Law Judges. En la doctrina se sostiene que la FTC tiene plenas facultades de una autoridad tipo judicial¹³⁰.

Así, se puede resumir que la Federal Trade Commission asume potestades normativas, ejecutivas y cuasijudiciales, siempre considerando la divergencia de opiniones en la doctrina norteamericana respecto a la posición de las Agencias Independientes y el peso de la influencia del poder legislativo sobre ellas. En la doctrina se asume que la separación tradicional de poderes¹³¹ tiene que ceder paso a la necesidad de una regulación económica más efectiva. La explicación y justificación de la concentración de funciones es la necesidad de prevenir la creciente concentración de poder económico¹³². Para poder realizar sus potestades, la Federal Trade Commission asume las siguientes funciones:

1. AUTORIDAD DE INVESTIGACIÓN (INVESTIGATION AUTHORITY)

La FTC, como todas las agencias gubernamentales, tiene que disponer de información suficiente para poder funcionar eficientemente. La información puede ser adquirida exclusivamente para los propósitos de Adjudication y Rulemaking, cumpliendo procedimientos específicos. La información puede ser obtenida voluntariamente o de manera no voluntaria (bajo coerción) principalmente a través de tres métodos, que se analizarán más adelante en el trabajo: requerir datos por medio de informes, subpoenas e inspecciones. La desobediencia de la persona requerida tiene, en general, consecuencias negativas: puede llevar a imposición de sanciones a través de mandamiento judicial.

En la jurisprudencia norteamericana varias veces se ha afirmado que el Congreso de los Estados Unidos siempre ha intentado garantizar plenos poderes de investigación de

¹²⁸ Moreno Molina, A. M. “Aspectos institucionales...”, op.cit, p.433.

¹²⁹ Sobre las facultades de adjudicación (quasijudiciales) de las agencias ver en general las sentencias *Student Public Interest Group v. Fritzsche, Dodge&Olcott*, 759 F. 2d 1131(3d Cir. 1985) y *GBM Communications v. United Inter- Mountain Tel. Co.*, 723 S. W. 2d 109, 112(T. App. 1986).

¹³⁰ Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.12, 15.

¹³¹ Para el caso de la FTC y el problema de separación de poderes ver la sentencia *FTC v. American Natl. Celular*, 810 F. 2d 1511, 1516(9th Cir. 1987); asimismo *Dirlam&Kahn “Fair Competition...”*, op.cit., p.17.

¹³² En este sentido ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.9 y 15.

las Agencias, así que la Constitución de los Estados Unidos es el único límite de dichos poderes¹³³. De este modo, cuando los tribunales están interpretando las leyes que establecen los poderes de investigación de las Agencias, sus interpretaciones están influidas por las restricciones de la Constitución de los Estados Unidos, tomando siempre en cuenta las cláusulas de las Enmiendas Cuatro y Cinco (Forth and Fifth Ammendments) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, porque el derecho de ser libre de limitaciones, impuestas por los poderes públicos es base del sistema constitucional norteamericano¹³⁴. Desde otra perspectiva, los intereses, protegidos por la Cuarta Enmienda tienen que ceder paso a la necesidad de los poderes públicos de ejercer sus potestades en base de la información obtenida (no es así respecto a la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE. UU.).

Los juzgados han introducido varias reglas y preceptos en relación con la protección de los datos personales y las garantías a la intimidad¹³⁵.

1.1. La Federal Trade Commission como Autoridad de Investigación – visión general.

El precepto básico que define los poderes de investigación de la FTC se encuentra en 15 U.S.C.46a, según que la Federal Trade Commission puede “recabar información e investigar de vez en cuando la organización, comercio, conducta, práctica o la gestión de cualquier persona, colaboración, asociación o corporación cuyo negocio afecta el comercio, excepto los bancos, las instituciones de crédito, las cajas de ahorro, las Uniones Federales de Crédito y las empresas de transporte público” – 15 USC Sec. 46 a,b¹³⁶.

¹³³ Davis, K. C. y Pierce, R. Jr., “Administrative Law Treatise”, op. cit., p.133.

¹³⁴ Ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp.109- 110 y la sentencia *Oklahoma Press Publishing v. Walling*, 327 U.S.186, 213(1946).

¹³⁵ *United States v. Powell* –379 U.S. 48/1964– en relación con “the subpoena”; *Camara Municipal Court v. City of Seattle* –387 U.S. 523 (1967)– sobre las garantías en las inspecciones; *Entick v. Carrington*, 19 *Howell’s State Trials* 029 (1765) sobre la privacidad en relación con la Cuarta Enmienda de la Constitución; *Colonade Catering Corporation v. United States* –397 U.S. 72 (1970)– sobre “the element of surprise”: la sorpresa y su importancia como elemento en el proceso de investigación llevado por las Agencias; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972) sobre el deber de respetar la intimidad personal en las investigaciones. Es interesante observar también el desarrollo de los medios y métodos de investigación en el Derecho Norteamericano (que no es objeto del trabajo).

¹³⁶The Federal Trade Commission may “investigate from time to time the organization, business, conduct, practices, and management of any person, partnership, or corporation engaged in or whose business affects commerce, excepting banks, savings and loan institutions, Federal Credit Unions and common carriers” – 15 USC Sec. 46 a.

Como se puede observar, se trata de unos poderes bastante amplios¹³⁷, tratándose de un amplio alcance personal de una posible investigación. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido una serie de postulados doctrinales que conducen a la conclusión que casi no existen razones plausibles en base a que un sujeto pueda rechazar las solicitudes de información, las subpoenas, las inspecciones u otros métodos de obtener información por la agencia.

El Juez Holmes ha afirmado que para ejercer la facultad de obtener información, la agencia debe alegar una infracción específica de la ley (“specific breach of law”)¹³⁸. La clásica sentencia del Juez Holmes en este área es *FTC v. American Tobacco Co.*, 264 U.S.298(1924): la FTC ha exigido de American Tobacco todas las cartas y telegramas, recibidas por la empresa en el período de un año. El Juez Holmes ha señalado que el poder, otorgado a la agencia no permite búsquedas generalizadas (en palabras del mismo juez “fishing expeditions”) de documentos privados, basadas en la posibilidad de que estos documentos puedan revelar pruebas de delito.

Los casos más recientes confirman la facultad de la FTC, en el marco de su competencia, de exigir cualquier tipo de información de las empresas. Así, en el asunto *U.S. v. Morton Salt* 338 U.S. 632(1950) la FTC ha ordenado a varios productores de sal entregar informes, describiendo el cumplimiento de una orden de cese y desestimiento, dictada por la FTC. El Juez Jackson no encontró ningún obstáculo para que la FTC exija dichos informes: en palabras del juez la FTC no ha sobrepasado los límites de su competencia, la demanda de información no es indefinida y la información exigida es “razonablemente relevante”. Así el Juez Jackson estableció las bases para la defensa de las agencias en casos semejantes. Esto significa, que si una empresa se opone al requerimiento de información de la FTC, tiene que intentar negociar los límites de este requerimiento con la agencia: un ataque frontal contra estos poderes de investigación no es de probable éxito¹³⁹ y todo esto demuestra la amplia discrecionalidad de la FTC en el ámbito de las investigaciones. A pesar de esta discrecionalidad, siempre existe la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. como un límite de los poderes de la FTC de recabar información: siempre hay que distinguir el requerimiento de información de un

¹³⁷ En este sentido ver Speesel, J. “Nonmerger Investigation and Enforcement Procedures at the FTC”, 54 *Antitrust L. J.* 181(1985).

¹³⁸ *Harimann v. ICC* 211 U.S. 407(1908), ver asimismo *Smith v. ICC*, 245 U.S.33(1917).

¹³⁹ Ver Fox, W. “Understanding...”, *op.cit.*, pp.80- 81 y Breyer&Stewart, “Administrative Law...”, *op.cit.*, pp.905- 909.

requirimiento, cuyo propósito es la autoincriminación de la empresa¹⁴⁰. En palabras de K. C. Davis se dan cinco situaciones en las que la Quinta Enmienda no puede ser empleada para bloquear los requerimientos de información de una agencia¹⁴¹:

- cuando se exigen informes de corporaciones- las empresas no son “personas” en el sentido de la Quinta Enmienda,
- cuando los documentos están en terceras personas, excepto documentos en posesión del abogado, que están protegidos por el privilegio de la relación cliente-abogado¹⁴²,
- datos que no son documentos privados,
- documentos que han sido empleados para la elaboración de un reglamento por la agencia,
- si la persona a que pertenecen los documentos ha obtenido inmunidad.

De este modo la Quinta Enmienda no protegé la información, necesitada en la mayoría de los casos por la FTC y no es un obstáculo para los poderes de investigación de la agencia.

Es importante apuntar, además, que la apertura de la investigación se puede realizar por varios funcionarios de la FTC: Directores, Deputy Directores, Associate Directores(y asimismo por los directores de las oficinas regionales de la FTC) sin la aprobación del órgano colegiado de dirección de la FTC¹⁴³- 16CFR 2.1(1996) y esto, una vez más, demuestra las amplias facultades en el área de investigación de la FTC. De este modo, además, se asegura flexibilidad en la actividad de la institución, reduciendo los obstáculos procedimentales y asegurando la posibilidad de investigaciones por sorpresa.

1.2. Los poderes de investigación específicos de la Federal Trade Comisión.

La Federal Trade Commission tiene atribuidos asimismo poderes de investigación específicos:

- 1) La realización de la subpoena (exigir citación de testigos o documentos necesarios para las pruebas) – 15 USC 49.

¹⁴⁰ Shapiro v. U.S. 335 U.S. 1(1948).

¹⁴¹ Davis, K. C. “Administrative Law: text, problems, cases”, 6th ed., ed. West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1977, p.567 ; Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.909.

¹⁴² Ver CAB v. Air Transport Assoc., 201 F. Supp. 318(D.D.C. 1961).

¹⁴³ FTC Operating Manual 2000; Angland, J. “Antitrust...”, op.cit, p.608.

Cada uno de los vocales de la Federal Trade Commission puede firmar subpoena: una orden oficial con fuerza coercitiva¹⁴⁴ que exige citación de testigos(subpoena ad testificandum) o requiere libros, documentos, informes, etc...¹⁴⁵(subpoena duces tecum) y para la cual no es necesario el consentimiento del sujeto. Una vez más se ha de apuntar, que la subpoena no se puede dictar sin probabilidad de existencia de alguna infracción¹⁴⁶.La FTC es libre de decidir a cuantas empresas de las que participan en la supuesta infracción dirigirá la subpoena¹⁴⁷.La experiencia de la FTC en estos casos ha señalado que la edición de una gran cantidad de subpoenas entorpece el procedimiento y puede llevar a revelación innecesaria de datos confidenciales¹⁴⁸.

Es importante apuntar que, en la mayoría de los casos, la subpoena se confirma por los juzgados¹⁴⁹.Esto se explica con el principio de no interferencia de los juzgados en la actividad de una agencia, formada por expertos y dotada con amplia discrecionalidad, para decidir en qué casos será plausible la existencia de infracción.Una excepción de este principio es la incompetencia¹⁵⁰.

La subpoena es empleada como medida de investigación por el Bureau of Competition. Después de las modificaciones de la Federal Trade Commission Act (Federal Trade Commission Act Ammendments) del año 1994, el Bureau of Competition puede utilizar también las demandas de investigación civil (civil investigative demands) para investigar posibles infracciones de las leyes “antitrust”.

2) Las Demandas de investigación civil(CID’s).

Por medio de las demandas de investigación civil se puede exigir información por escrito y respuestas de preguntas concretas o presentación de documentos e informes(15 USC 57 b (1) (c) 1).Según 16 CFR 2.7(b)(2) por medio de la CID, la FTC puede obtener objetos tangibles.Las CID’s exigen una descripción detallada de

¹⁴⁴ Cudahy Packing Co. v. Holland, 315 U.S. 357,363(1942); en caso de resistencia de la empresa el juzgado está autorizado a aplicar la subpoena – FTC v. Miller, 549 F. 2d 452(7th Cir. 1977).

¹⁴⁵ FTC v. Atlantic Richfield Co., 567 F. 2d 96,106(D.C. Cir. 1977); ver asimismo Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.85- 91.

¹⁴⁶ La sentencia citada FTC v. American Tobacco Co., 264 U.S. 298(1924); asimismo FTC v. Texaco, Inc., 555F. 2d 862, 874(D.C. Cir.), cert. denied, 431U.S. 974(1977);FTC v. Swanson, 560 F.281(2d Cir.1977);FTC v. Monahan, 832 F.2d 688(1st Cir.1987).

¹⁴⁷ Papercraft Corp. v. FTC, 472 F.2d 927(7th Cir.1973).

¹⁴⁸ Coro, Inc. v. FTC, 338 F. 2d 149(1st Cir. 1964), cert. denied 380 U.S. 954(1965).

¹⁴⁹ En este sentido Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.905; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.91; sobre el mismo tema y en general sobre la subpoena ver Lemke, W. “The Federal Trade Commission’s Use of Investigational Subpoenas”, 1 L. U. Chi. L. J. 15(1970).

¹⁵⁰ Ver FTC v. Miller, 549 F. 2d 452(7th Cir.1977).

cualquier tipo de material documental. De este modo el Congreso ha ampliado los poderes específicos de investigación de la FTC, creando más posibilidades de adquirir información y de descubrir más infracciones.

En la CID la agencia debe concretizar el tipo de infracción que se está investigando, encajando el objeto de la investigación con la demanda¹⁵¹. De este modo, si la CID esté atacada por el acusado, los juzgados pueden investigar si la información requerida es “razonablemente relevante” a los hechos que constituyen la infracción¹⁵².

3) Otro medio de investigación es el derecho de la Comisión de exigir respuestas o informes anuales o especiales, “por escrito, en relación con problemas específicos, con el objetivo de obtener información sobre la organización, negocio, conducta, práctica o management de cualquier persona, sociedad o corporación cuyo negocio afecta el comercio y de sus relaciones con otras corporaciones o miembros de las mismas” (15 USC 46(b), 16 CFR 2.12(1996)). Esta potestad de la FTC tiene amplio alcance, porque a la agencia se le ha reconocido¹⁵³ la facultad de asegurarse que la conducta de la empresa es conforme al derecho y al interés público. Además, la empresa no está protegida por la Quinta Enmienda, porque el acceso a la información es conditio sine qua non para la actividad efectiva de la agencia¹⁵⁴.

4) Además, la Commission está autorizada a controlar el cumplimiento de las decisiones judiciales impuestas a empresas por pleitos promovidos por la Antitrust Division- 15 USC 46c. De este modo se puede adquirir información sobre futuras infracciones de la respectiva empresa.

5) La Federal Trade Commission está autorizada a investigar o informar, previa petición del Presidente o de cualquiera de las Cámaras del Congreso sobre las posibles infracciones de las Leyes antitrust y esta es una de las características importantes de las relaciones Congreso- FTC .

6) La Federal Trade Commission elabora también estudios económicos y directrices; por ejemplo, el “Line-of-Business study” del año 1970, que exigía de las corporaciones informar a la Federal Trade Commission cuáles son sus beneficios netos para cada año -15 USC 46. Este tipo de estudios se ha empezado a desarrollar con fines

¹⁵¹ Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.610.

¹⁵² Vease *FTC v. O’Connell Assoc.*, 828 F. Supp. 165, 170 (E.D.N.Y. 1993).

¹⁵³ Ver la sentencia citada *U.S. v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950) (“law-enforcing agencies have a legitimate right to satisfy themselves that corporate behavior is consistent with the law and the public interest”).

estadísticos en los años –40 con el propósito de analizar la creciente importancia de los conglomerados en la economía norteamericana.El año 1970 la FTC ha empezado a exigir información del conglomerado, pero asimismo de todas las empresas de “una misma línea” que lo formaban.Así, la FTC ha empezado a adquirir información sobre todas las empresas de dimensiones importantes en la economía norteamericana.Han surgido varias críticas¹⁵⁵, porque se presumía, que la información adquirida se iba a emplear en contra de las mismas empresas y, asimismo, existía la preocupación de la posible revelación de datos confidenciales¹⁵⁶(secretos de negocios).En todo caso, estos estudios demuestran una vez más el reforzamiento de los poderes de investigación de la FTC, que han sido confirmados por los juzgados.

La misma Sección 6 del Federal Trade Commission Act permite a la Federal Trade Commission publicar partes de la información que obtiene (“make public from time to time”) cuando esta información pueda servir al “interés público” (15 USC 46 (f)).

7) La FTC está autorizada a realizar inspecciones en diferentes lugares.- 15U.S.C.49(b), hay que considerar que esta facultad es limitada por la Cuarta Enmienda de la Constitución de los EE.UU.La búsqueda en una propiedad privada sin el consentimiento de los propietarios se considera irrazonable¹⁵⁷ sin que la agencia esté autorizada por medio de “search warrant”¹⁵⁸.El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido que la búsqueda sin search warrant válido infringe la Cuarta Enmienda.En caso contrario, se permitiría que la agencia efectúe inspecciones en cada momento, infringiendo el derecho de las empresas a la defensa de la Cuarta Enmienda.

¹⁵⁴ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit., pp.112- 114.

¹⁵⁵ Especialmente criticada fue la FTC Line of Business Report Litigation, F.2d.(D.C.Cir.1978), cert. denied, 99 S.Ct.362.

¹⁵⁶ Ver Gellhorn, E. “Administrative Law”, op. cit., pp.523-524 y Seplaki, L. “Antitrust...”, op. cit., p.28.

¹⁵⁷ Camara v. Municipal Court, 387 U.S. 523, 528- 529(1967) , donde se establece que “Excepto en algunas clases de asuntos cuidadosamente determinados, la inspección en una propiedad privada sin el respectivo consentimiento es irrazonable sin la autorización de un search warrant válido”(“Except in certain carefully defined classes of cases, a search without proper consent is “unreasonable” unless it has been authorized by a valid search warrant”).Se da asimismo la aceptación contraria, que no está aceptada mayoritariamente:que las inspecciones frecuentes y no anunciadas son necesarias para detectar las infracciones por sorpresa - New York v.Burger, 482 U.S. 693(1987).

¹⁵⁸ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit., p.115 y Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p.609; en general ver Fox, W. “Understanding...”, op. cit, pp.91-99.

La prohibición de registros irrazonables es aplicable tanto para empresas, como para domicilios privados¹⁵⁹.

8) Notificación de las fusiones.

De acuerdo con 15 USC 18a (que es la antigua Sec. 7 del Clayton Act, modificado por la Sección 7A de la Hart-Scott-Rodino Act en el año 1976), las partes que participan en la adquisición de una cuota determinada están obligadas a notificar la adquisición. De este modo la Federal Trade Commission puede adquirir información adicional sobre la adquisición y sobre las empresas- participantes en la fusión.

9) Conforme con el International Antitrust Enforcement Assistance Act (IAEAA) la Federal Trade Commission puede exigir información de las autoridades de defensa de la competencia en el exterior de los Estados Unidos y solicitar su asistencia en la investigación – 15 USC § 6201 y ss. Existen convenios bilaterales de cooperación y asistencia entre la Federal Trade Commission y varias autoridades extranjeras de defensa de la competencia.

10) Existen asimismo otros medios para que la FTC obtenga información sobre las empresas. Por ejemplo, los informes, que obtiene la FTC con propósito de elaborar los reglamentos o su actividad de “amicus curiae”, cuando ejerce abogacía de la competencia en los juzgados. A esto se añaden las investigaciones de empresas o de varias ramas de la industria, realizadas por el Congreso o por las comisiones parlamentarias.

En la doctrina se ha señalado, que no siempre el problema de las agencias es la falta de información, sino al revés: la posesión de mucha información y un análisis insuficiente de esta información¹⁶⁰ crea obstáculos para las agencias.

Creo que el problema del análisis siempre existe, sobre todo en relación con las autoridades de defensa de la competencia, cuya tarea es muy especial, porque se ocupan de los problemas de la competencia como un proceso dinámico y de este modo el análisis de la información no es un objetivo simple. En cualquier caso, hay que clasificar los datos y separar la información relevante al caso de la no relevante y es importante

¹⁵⁹ See v. City of Seattle, 387 U.S.541, 543(1967).

¹⁶⁰ Fox, W. “Understanding...”, op. cit., p.79.

emplear métodos eficientes de clasificación de los datos cuando la información es costosa o insuficiente, porque en estos casos puede ser incorrecta¹⁶¹.

En cualquier caso hay que considerar la variedad de instrumentos de investigación por parte de la FTC y sus amplios poderes en este área en relación con la importancia de la actividad de la agencia. En la misma dirección está orientado el nuevo Reglamento de Procedimiento N 1 de 2003 de la Unión Europea en la parte sobre los poderes de investigación de la Comisión : los poderes de investigación son el primer nivel en el esquema de facultades de las autoridades antitrust sin el cual no se podría elaborar una decisión efectiva.

1.3. Sanciones¹⁶².

La Sec.10 FTC Act - 15 USC 50 - prevé una multa de 1000 a 5000 dólares o prisión de hasta 1 año para las personas que se nieguen a testificar, los que se opongan a las medidas de investigación o a presentar pruebas documentales¹⁶³. Ambas penas se pueden imponer conjuntamente.

El falseamiento de documentos (por ej. libros de contabilidad) o la omisión en los mismos, su alteración o destrucción se sanciona con multa de 1000 a 5000 dólares o prisión de hasta 3 años o ambas conjuntamente.

Las mismas sanciones se aplican a los que se oponen a los funcionarios de la Comisión y no les dejan acceder a los archivos de una empresa.

En caso de no presentación de informes anuales o especiales en el plazo previsto y si tal infracción continuase 30 días después de ser notificada dicha demora, a la empresa se impondrá una multa coercitiva por cada día de la demora.

Las multas que se imponen a través de los juzgados federales son un remedio conveniente para conseguir los objetivos de la investigación .La pena de prisión ha sido impuesta en el derecho antitrust norteamericano siempre en casos excepcionales, tratándose de infracciones graves y como medida preventiva.

¹⁶¹ Kaplan, F. "Decision Theory and the Fact Finding Process", 20 Stan. L. Rev. 1065(1968); Beckner III, F. y Salop, S. "Decision Theory and Antitrust Rules", 67 Antitrust L. J.(2000).

¹⁶² En general, ver Gellhorn, E. "Administrative Law", op. cit, p.522.

2. PODERES DE ADJUDICATION.

Como se ha afirmado varias veces en la doctrina norteamericana, la FTC es una autoridad tipo quasijudicial, en sentido que tiene atribuidas facultades para decidir casos idénticos que los que deciden los juzgados y de una manera semejante a la manera de la que proceden los juzgados. La diferencia fundamental, en la tesis de Schwartz¹⁶⁴ es que la agencia no es un cuerpo neutral, cuya función es resolver conflictos, porque su decisión siempre abarca cuestiones de interés público (en relación con áreas económicas y socio-políticas importantes). De este modo su actividad quasijudicial es parte de su actividad administrativa, resolviendo problemas económicos, políticos y sociales de gran importancia. En relación con las decisiones respecto a estos problemas Areeda y Kaplow¹⁶⁵ ofrecen una teoría que presenta tres niveles en el análisis antitrust:

- la FTC tiene que investigar qué problema social se manifiesta, qué intereses están en juego, cual es el posible beneficio para el supuesto infractor y cual es el daño, causado a la sociedad, cuáles son las alternativas,
- en segundo lugar hay que estudiar cómo se puede resolver el problema particular por medio de la legislación, teniendo en cuenta las limitaciones de las instituciones, la necesidad de soluciones generalizadas y la exigencia de un desarrollo doctrinal,
- en tercer lugar es importante analizar si la solución que se va a ofrecer es conforme al precedente.

En un sentido similar, según el Tribunal Supremo de los EE.UU.¹⁶⁶, el juzgado (o la agencia) debe considerar los hechos específicos para el negocio concreto, al que se refiere la restricción, las condiciones antes y después de la restricción, la naturaleza de la conducta y su efecto actual o probable.

En la opinión de Seplaki¹⁶⁷ es importante investigar el propósito de la restricción, que puede dar una perspectiva a las motivaciones del Congreso para aprobar la respectiva ley antitrust, analizar el efecto de la conducta y quienes son los participantes.

Considero que la facultad de adjudicación es la más importante de la FTC, porque se tienen que ofrecer soluciones que en la mayoría de los casos tienen

¹⁶³ Reisman v. Caplin, 375 U.S. 440(1964) y Anheuser- Busch, Inc. v. FTC, 359 F.2d 487(8th Cir. 1966).

¹⁶⁴ Schwartz, B. "Administrative Law", op. cit., p.13; en el mismo sentido Elman, P. "Agency Decision-making Adjudication by the Federal Trade Commission", 19 Food Drug Cosm. L. Q. 508(1964).

¹⁶⁵ Areeda & Kaplow "Antitrust Analisis...", op. cit., p.7.

¹⁶⁶ Ver U. S. v. Topco Assoc., 405 U. S. 596, 607(1972).

considerable impacto económico. Ejerciendo esta facultad, la agencia debe elegir criterios de acuerdo con los objetivos generales, establecidos por las leyes antitrust y con otros objetivos, establecidos en su política a corto plazo. Hay que sopesar todas las posibles alternativas y elegir la decisión que menos distorsione el mercado, teniendo en cuenta, que el sistema económico “corrige” los monopolios más rápido que un error de los juzgados¹⁶⁸ o de la FTC.

Según Davis y Pierce¹⁶⁹ en el área de adjudication las Agencias tienen algunas prioridades ante los juzgados federales; se considera que dichas ventajas son las siguientes:

- 1) En el proceso de adjudication los gastos son mínimos en comparación con el proceso judicial que es más caro.
- 2) Se dan mejores resultados en cuanto a la eficacia y el cumplimiento de los plazos.
- 3) Los juzgados federales no siempre son capaces de resolver aquellos conflictos que estén relacionados con problemas específicos en sectores concretos.

2.1. Definición de Adjudication:

La Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) define dicho proceso como “el proceso de elaboración de una orden”¹⁷⁰ – Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) § 551/7, “orden” se define por la misma Ley como “la totalidad o parte de una resolución final de una Agencia, ya sea afirmativa, negativa, impeditiva o declarativa en cuanto a la forma, distinta de una disposición general, incluyendo la autorización”¹⁷¹.

¹⁶⁷ Seplaki, L. “Antitrust...”, op. cit., pp.14- 16.

¹⁶⁸ En este sentido Easterbrook, F. “The Limits of Antitrust”, 63 Tex. L. Rev.1, 15(1983). En relación con los problemas del proceso decisorio de la FTC ver, además Hylton, K. y Salinger, M. “Tying Law and Policy: a Decision- Theoretic Approach”, 69 Antitrust L. J. 351(2001); Kaplan, F. “Decision Theory and the Fact Finding Process”, 20 Stan. L. Rev. 1065(1968) y Beckner III, F. y Salop, S. “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 Antitrust L. J. (2000).

¹⁶⁹ Davis, K C. y Pierce R, J. Jr. “Administrative Law Treatise”, op. cit., p. 90-91.

¹⁷⁰ “process for the formulation of an order”.

¹⁷¹ “the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form of an agency in a matter other than rulemaking but including licencing”. -trad. de Moreno Molina, A.M.

2.2. Definición de órdenes (orders) – los actos administrativos singulares de la Federal Trade Commission.

Basándose en la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) se puede afirmar que la orden (order) es un acto singular administrativo que es definitivo y que puede ser afirmativo, negativo, acusativo o declarativo, incluidas las licencias, que es susceptible al control administrativo y judicial y cuyo objeto no es la facultad normativa (rulemaking). Según Davis y Pierce¹⁷² muchas categorías de actos de las Agencias pueden formularse como reglamentos o como órdenes y esto pocas veces lleva a problemas o dificultades a pesar de que existe un control judicial sobre la elección de las Agencias entre el “Rulemaking” y “Adjudication”¹⁷³. De este modo, después del proceso de investigación y en caso de que se considere que existe “razón justificada” (“reason to believe”) que la ley está infringida, la Federal Trade Commission puede “aplicar” las leyes “antitrust”(y asimismo las normas de protección de los consumidores y usuarios) por medio de “adjudication” o “rulemaking”.

Los medios tradicionales contra infracciones de la Federal Trade Commission Act son las ordenes de cesación y desistimiento (cease and desist orders)¹⁷⁴- 15 U.S.C.45(b). Se considera que estas órdenes tienen carácter de interdictos de no hacer y no son sanciones de tipo penal¹⁷⁵. En caso de su incumplimiento, a través de los juzgados se imponen multas de incumplimiento.

La Sec. 5 (b) de la Federal Trade Commission Act autoriza a la Comisión dictar una orden después de citación (notice) y audiencia (hearing) dirigida a la parte que infringe las leyes “antitrust” o participa en actos de competencia desleal. Esta orden obliga a la parte a “cesar” o “desistir” de la conducta prohibida. Las ordenes de cesación y desistimiento son eficaces (becomes final) 60 días después de su notificación (“after service”) excepto cuando existe un recurso contra dicha orden en vía administrativa o judicial. –15 U.S.C.45 (g)(2) y 16 CFR § 3.56/1996.

2.3. Los remedios civiles.

¹⁷² Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, op. cit., p. 377.

¹⁷³ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 621.

¹⁷⁴ Ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op. cit., pp. 78- 79; Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit., p.388, Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p.590.

Conviene recordar que en la sentencia *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U.S.608, 612(1946), el Tribunal Supremo afirma, que la FTC es el cuerpo de expertos, que determina cual es el remedio necesario para eliminar las prácticas anticompetitivas que han sido investigadas y que esta autoridad tiene atribuidos amplios poderes para enjuiciar y los juzgados no podrán intervenir, exepcto cuando el remedio elegido no tiene relación razonable con la práctica ilegal, que se ha enjuiciado.

Los remedios civiles se entienden como remedios para restablecer la competencia y no como una sanción para los infractores de las leyes antitrúst. Estos remedios se utilizan cuando las órdenes de cesación y desistimiento no son suficientes para impedir las restricciones a la competencia.¹⁷⁶

Los remedios civiles son : disolución, divestiture y divorcement. La disolución como medida más grave se utiliza en casos extremos¹⁷⁷ (abuso de posición dominante por parte de holdings o asociaciones) y se aplica mediante desposesión. Este remedio tiene como fin neutralizar el poder monopolístico (*Standard Oil Co. of New Jersey v. U. S.*, 221 U.S.1(1911)). Los Juzgados no toleran la aplicación de dicho remedio por las distorsiones del mercado y los daños a los consumidores, que puede causar. Por ejemplo en el caso *ALCOA- U.S. v. Aluminium Company of America*, 91 F. Supp. 333, 342-344, 399(S.D.N.Y. 1950) - se ha eliminado el control conjunto sin proceder a disolución.¹⁷⁸

Divestiture es la medida que se aplica a una empresa, cuando se le obliga a desprenderse de sus bienes inmuebles o otras partes de su patrimonio(por ej. acciones). El divorcement se aplica a algunos tipos de divestiture. Ejemplos significativos de aplicación del remedio divestiture son el caso *United States v. Paramount Pictures* 334

¹⁷⁵ Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, ed. Librería Jurídica Villegas, Madrid,1970, p.212; asimismo Areeda&Kaplou “Antitrust Analisis...”, op. cit., p.78.

¹⁷⁶ Neale, A. D. “The Antitrust Laws of the United States.....”, op.cit, p.401 y ss.; Areeda&Kaplou “Antitrust Analisis”, op. cit., p.80; Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, op. cit. p.p.112-113.

¹⁷⁷ Según Oppenheim, S. “Cases on Federal Antitrust Laws”,ed.West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1959, p.1076, la disolución es la medida, que se aplica a través de divestiture o divorcement; ver asimismo Baker, E. “Dissolution, Divestiture and Divorcement:Are They Remedies under Sec. 5 of the FTC Act?”, 16 Adm. L. Rev.222(1963- 1964).

¹⁷⁸ En esta misma sentencia el juez Knox afirma “de no estar completamente convencido – como yo no lo estoy – de que una desmembración de las propiedades de ALCOA debe efectuarse, me opongo a intentar alterar innecesariamente las fuerzas económicas e industriales, de las cuales el público ha recogido beneficios sustanciales y por los cuales todavía, continuará siendo servido...” – trad. de Villegas Cayón, J.; ver asimismo comentario de esta sentencia ed Areeda&Kaplou “Antitrust Analisis:...” , op. cit., pp.500- 503.

U.S. 131, 171(S Ct. 1948) así como la separación judicial de ATT.Divestiture¹⁷⁹ se aplica sobre todo en el caso de las fusiones con efectos anticompetitivos – E. I. Du Pont / General Motors, 353 U.S. 586, 607(S.Ct. 1957): en este caso se ha propuesto que Du Pont ofrezca 3 000 000 de acciones de General Motors a accionistas de Du Pont y otra parte a accionistas nombrados por el Tribunal.¹⁸⁰

Posner¹⁸¹ ha puesto de relieve que la desintegración no siempre es un remedio eficiente; por esta razón se ha procedido a esta medida pocas veces. Aplicando dicha medida, hay que tener en cuenta las consecuencias sobre los consumidores y usuarios por la desintegración de empresas que ofrecen productos y servicios, en base a economías de escala¹⁸².

De lo hasta aquí expuesto se deduce que siempre hay que tener en cuenta los costes sociales y administrativos de la desintegración de las empresas.

En este contexto, examinados los tres tipos de remedios civiles, es necesario precisar que cuando la FTC establece los remedios no es simplemente por la gravedad de las infracciones, sino por el resultado que se espera del proceso legal contra estas violaciones: para algunos casos(sobre todo de abuso de posición dominante) la simple orden de cesación o la imposición de multas no son remedios satisfactorios, porque hay que tomar medidas respecto a la existencia del monopolio(se puede proponer disolución de la empresa para dispersar el núcleo del poder económico). Pero existen asimismo unos límites prácticos para la aplicación de los remedios civiles¹⁸³ sobre todo cuando se trata de holdings que consisten en un número de empresas de diferentes dimensiones bajo un control financiero conjunto. En estos casos el holding se puede descomponer, restaurando la autonomía de cada una de las empresas-participantes. Al mismo tiempo, si se decide aprender de esta experiencia norteamericana hay que tener en cuenta que se trata de introducción de efectos pro-futuro, que deben ser analizados detalladamente

¹⁷⁹ Las sentencias Ekco Prods.Co. v. FTC, 347F. 2d 745(7th Cir. 1965) y Seeburg Corp. v. FTC, 425F. 2d 124(6th Cir. 1970) también ofrecen ejemplos de divestiture.

¹⁸⁰ Neale , A. D. “The Antitrust Laws of the United States.....”, op. cit., p.415; ver análisis de la sentencia en Areeda&Kaplou “Antitrust Analisis...”, op. cit, p.822.

¹⁸¹ Vease Posner, R. “Antitrust Law...”, op. cit.,p.85- 92, donde el autor discute la eficacia de algunos casos de divestiture, por ejemplo Standart Oil(S. Ct. 1911), porque el monopolio de la empresa, despues de aplicar el remedio, se ha sustituido por monopolios regionales, el asunto American Tobacco Co.(S. Ct.1911) que sigue el esquema del primer ejemplo o el caso Du Pont(S. Ct. 1912); en el mismo sentido ver Dirlam&Kahn "Fair Competition...", op. cit., p.259.

¹⁸² Asimismo Whish, R. “Competition Law”, ed. Butterworths, London, 1985, p.7.

¹⁸³ Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit, p.419.

antes de proceder a estos remedios, analizando asimismo el mercado o mercados a que se aplican.

Un supuesto de particular importancia es el caso en que la empresa ejerce su abuso de posición dominante en base a patentes legalmente obtenidos. En varios casos el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ordenado la cesión de la patente a otras personas jurídicas – Hartford– Empire Co.v.U.S.,323U.S.386,417(1945), U.S. v. United States Gypsum Co., 333 U.S.364, 400(1948)¹⁸⁴. Se considera que la confiscación de la patente es una medida extrema. Además de la licencia de las patentes se ordena la licencia de las innovaciones y futuras patentes que se puedan obtener a base de estas patentes, aunque no siempre se estima necesaria la aplicación de esta última medida para no privar las empresas de sus incentivos de investigación – Du Pont/ICI(S Ct. 1952):en este caso se ha ordenado a las empresas proporcionar manuales prácticos que expliquen detalladamente como se podrían realizar en la práctica las innovaciones.¹⁸⁵

Es importante destacar que los remedios civiles se aplican asimismo a las decisiones negociadas- el asunto U. S. v. ASCAP, 341 F. 2d 1003(2d Cir.), cert. denied, 382 U.S.877(1965).

Los poderes de la FTC pueden ser tan amplios como sea necesario para conseguir los objetivos del derecho antitrust.El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha reconocido una amplia discrecionalidad de la FTC para poder proceder a medidas que considere conveniente tanto respecto a una empresa determinada, como respecto a ramas enteras de la industria, en cuanto estas medidas no sean arbitrarias- FTC v.Universal Rundle Corp., 387 U.S.244(1967).

Como se ha podido observar , en el derecho antitrust norteamericano existen varias soluciones que permiten la prevención de los efectos anticompetitivos y las reincidencias.En la doctrina se ha puesto varias veces el énfasis sobre el efecto preventivo de los actos de la FTC en relación con el objetivo de conseguir(o mantener) una competencia efectiva. Las sanciones que se imponen por los juzgados muchas veces pueden ser insignificantes en comparación con las consecuencias de una posible segunda infracción. De lo hasta aquí expuesto se deduce que la misión de la FTC y de las autoridades antitrust en general es poder valorar los aspectos de una conducta en su totalidad y variedad (y valorar en algunos casos el conjunto de conductas en el mercado)

¹⁸⁴ Ver comentario de esta sentencia en Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op. cit., p.80 y p.449.

¹⁸⁵ Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit, p.419.

para tomar las medidas necesarias preventivas, lo que exige una mayor discrecionalidad de estas autoridades.

2.4. Alcance de los actos singulares administrativos de la Federal Trade Comisión.

2.4.1. Visión general.

La Federal Trade Commission cuenta con una discrecionalidad considerable en cuanto al ejercicio de su potestad de dictar órdenes. En *Jakob Siegel Co. v. FTC* - 327 US 608(1946), el Tribunal Supremo describió la Federal Trade Commission como “el cuerpo de expertos que puede determinar qué remedio es necesario para eliminar las prácticas desleales y engañosas en el comercio... La Federal Trade Commission tiene amplios poderes para resolución de conflictos y los juzgados no pueden interferir excepto cuando el remedio elegido es irrazonable en relación con las prácticas ilegales que se han demostrado”¹⁸⁶. Una valoración semejante se puede leer en *FTC v. Ruberoid Co* 343 US 470(1952) en la que se va a enfatizar más adelante en el trabajo o en *FTC v. Sperry&Hutchinson Co.* 405 US 233(1972), donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que la Sec.5 FTC Act autoriza a la Comisión para definir y prohibir las prácticas anticompetitivas, incluso cuando la práctica no infringe la letra o el espíritu de la Ley antitrust. La discrecionalidad asegura una mayor independencia del órgano especializado con el objetivo de cerrar todas las vías que conducen a resultados anticompetitivos¹⁸⁷. Además de estas interpretaciones de la práctica, que garantizan la discrecionalidad de la agencia, existen otras, que establecen la ampliación del alcance de los actos singulares, dictados por la FTC. Esta solución jurisprudencial es singular e innovativa, demostrando una vez más que la FTC está investida de amplios poderes para restringir las actuaciones anticompetitivas, a través de una concentración y balance de funciones (en el caso de las órdenes) - de funciones ejecutivas y quasijudiciales, para garantizar el éxito de su tarea. La solución de ampliar el alcance de las órdenes de la agencia no existe en las demás legislaciones de competencia, pero, dependiendo de las

¹⁸⁶ “the expert body to determine what remedy is necessary to eliminate the unfair or deceptive trade practices... It has wide latitude for judgement and the courts will not interfere except where the remedy selected has no reasonable relation to the unlawful practices found to exist”.

¹⁸⁷ En este sentido ver *Removatron Int. Corp. V. FTC*, 884 F. 2d 1489(1st Cir. 1989) y *Sterling Drug Inc. v. FTC*, 741 F. 2d 1141(9th Cir.1984), cert. denied, 470 U.S. 1084(1985).

circunstancias particulares, será de utilidad su aplicación en algunos casos del Derecho europeo de defensa de la competencia.

Así, los juzgados han insistido en que las órdenes de la Federal Trade Commission tengan alcance en todos los sitios donde el infractor tenga su negocio, a pesar de que la infracción esté demostrada en una área limitada (*Federal Trade Commission v. Anheuser Busch, Inc*, 363 U.S. 536 (1960)), incluidas las conductas similares a las ilegales (*Federal Trade Commission v. Mandel Bross* 359 U.S. 385, 391-93 (1959); *Joseph A. Kaplan § Sons v. la Federal Trade Commission*, 347, F. 2d 785, 788-89 (D.C. Cir. 1965)), extendiendo el alcance a productos similares a los que han sido objeto de la denuncia (la *Federal Trade Commission v. Colgate-Palmolive Co.*, 380 U.S. 374, 394-95 (1965)) y también ampliando el alcance de los actos a prácticas que se han realizado antes del inicio del procedimiento ante la Comisión (*American Medical Association v. Federal Trade Commission*, 638 F.2d 443, 450-51 (2d.Cir.1980)). Con lo expuesto se puede observar la ampliación del marco espacial y temporal de los actos singulares. Todo esto permite a la Comisión ejercer unas potestades más amplias con la posibilidad, además, de dictar órdenes contra uno, dos o más infractores a la vez (*Moog Ind. v. FTC*, 355 U.S.411(1958)).

A continuación se expondrán las demás ampliaciones y las limitaciones del alcance de los actos administrativos singulares de la FTC y los estándares para determinar dicho alcance.

2.4.2. Medidas contra conductas no declaradas como ilegales que amplían el alcance de las órdenes .

En la sentencia *Federal Trade Commission v. National Lead Co.* – 352 U.S. 419, 430 (1957)¹⁸⁸ por primera vez el Tribunal Supremo declara que la Comisión tiene el poder de prohibir prácticas legales que pueden ser utilizadas para facilitar las conductas ilegales. En otro asunto – *FTC v. Ruberoid Co.* 343 US 470(1952) el Tribunal Supremo afirma que la Comisión debe de cerrar todas las vías hacia el objetivo prohibido. De este modo la Federal Trade Commission incluye en sus órdenes disposiciones que prohíben varios aspectos de conductas legales¹⁸⁹:

¹⁸⁸ En la sentencia se afirma que “es obligación de la Comisión determinar el mejor remedio necesario para suprimir tal actitud y tomar las medidas para impedir su reincidencia” (“it is the Commission’s duty to determine to the best of its ability the remedy necessary to suppress such activity and to take every precaution to preclude its revival”).

¹⁸⁹ Angland, J (dir.) “Antitrust Law Developements”, op. cit., p. 592.

1) Restricciones sobre prácticas comerciales.

Los juzgados han confirmado órdenes que exigen la desintegración de adquisiciones según las disposiciones de la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act o Sec. 7 de la Clayton Act. Estas órdenes prohíben el uso de prácticas legales por un período determinado para eliminar el efecto de una práctica ilegal (por ejemplo, se prohíben precios legalmente establecidos para eliminar los efectos de la fijación de precios – *Lenox, Inc. v. Federal Trade Commission*, 417 F.2d 126, 128 (2d.Cir.1969)). Incluso, con objeto de prevenir las prácticas ilegales, la Federal Trade Commission alguna vez ha ordenado la extinción de las marcas (trademarks) a pesar de su inscripción en el registro federal , pero los tribunales han afirmado que este debe ser un remedio excepcional, cuando no existe otra medida alternativa – *Jacob Siegel Co. v. Federal Trade Commission*, 327 U.S. 608 (1946), *Beneficial Corp. v. Federal Trade Commission*, 542 F. 2d 611 (3d Cir.1976), cert. denied, 430 U.S.983(1977).

Se considera que las restricciones de prácticas legales son necesarias para prevenir las restricciones de la competencia o para crear competencia, aunque los juzgados no siempre las confirman¹⁹⁰.

2) Publicidad de hechos relevantes para la defensa de la libre competencia.

Se trata de inclusión en las órdenes de una cláusula que obliga al infractor a publicar o revelar varios hechos o circunstancias: por ejemplo, los riesgos de inversión – *AMREP Corp. v. Federal Trade Commission*, 768 F.2d 1171 (10th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S.1034(1986), información sobre el contenido o ingredientes del producto – *Everseal Waterproof Corp*, 89 F.T.C. 110, 120-21 (1977), consent order, los efectos dañinos de algunos productos- *Johnson Prods. Co.*, 87 F.T.C. 206(1976). En estos casos se trata de publicidad de varios aspectos de la comercialización de productos determinados¹⁹¹.

¹⁹⁰ Ver *American Motor Corp. v. FTC*, 384 F. 2d 247(6th Cir. 1967).

¹⁹¹ En la mayoría de los casos la revelación de información se ordena por la FTC en asuntos de competencia desleal. Brennan, B. , en su artículo “Affirmative Disclosure in Advertising and Control of Packaging Design under the FTC Act”, 20 Bus. L. Rev.133(1964-1965) afirma, que es necesario que las empresas ofrezcan cierta información al consumidor: en el caso de los medicamentos- cuáles son sus efectos, contraindicaciones o posibles peligros para la salud que puedan resultar del medicamento; en caso de los productos alimenticios: más información sobre el contenido del producto. Ver asimismo Lemke, W. “Souped up Affirmative Disclosure Orders of the FTC”, 4 U. Mich. J. L. 180(1970-1971). Este remedio se puede utilizar tanto en los casos de competencia desleal, como en los asuntos antitrust.

Como se ha apuntado anteriormente, uno de los objetivos del derecho antitrust norteamericano es la protección de los consumidores y usuarios. Desde esta perspectiva se puede entender la actividad de la FTC, confirmada en la mayoría de los casos por los juzgados, de revelación de hechos en relación con las prácticas restrictivas de la competencia y las prácticas de competencia desleal.

3) Medidas correctivas.

Estas medidas se utilizan en caso de que haya existido un acto de falseamiento de la competencia en el pasado: el objeto de dichas medidas es restablecer el equilibrio anteriormente existente en el mercado – *Detroit Auto Dealers Ass'n*, 111 Federal Trade Commission, 417, 505-506 (1989) 955 F. 2d 457(6th Cir.), cert. denied, 506 U.S. 973 (1992)¹⁹².

Se puede resumir que la FTC tiene atribuidas amplias potestades para prevenir los efectos futuros de las conductas anticompetitivas y esto hace su misión más efectiva. Hay que analizar, en todo caso, los pros y los contras para cada caso concreto de tales medidas, para que las mismas no distorsionen el equilibrio en el mercado.

2.4.3. Limitaciones del alcance de las órdenes de la Federal Trade Commission.

1) Las limitaciones establecidas por la Primera Enmienda (First Amendment) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Desde la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* – 425 U.S. 748 (1976), la Primera Enmienda es un límite importante¹⁹³ del poder de la Federal Trade Commission para establecer obligaciones para las partes sobre todo en casos de competencia desleal. Se trata de los casos de publicidad comercial (commercial advertising) cuando se ha probado que el infractor ofrece una información falsa o engañosa sobre las cualidades u

¹⁹² En el derecho de defensa de los consumidores es muy utilizada la medida “publicidad correctiva” con el objetivo de prevenir los efectos dañinos sobre los consumidores de una publicidad actual o en el pasado; ver Cornfeld, R. “New Approach to an Old Remedy: Corrective Advertising and the FTC”, 61 Iowa L. Rev. 693 (1975- 1976) y Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p.594.

¹⁹³ Ver Knapp, S. “Commercial Speech, the FTC and the First Amendment”, 9 Man. St. U. L. Rev. 1 (1978-1979); Posner R. “Antitrust Law...”, op. cit., p.x; Note “Constitutional Law- Freedom of

otras características del producto, pero también se deben tomar en consideración otros casos en el derecho antitrust, como discursos cuyo objeto es fijar precios o establecer límites de la contratación entre empresas¹⁹⁴.

Se ha establecido que la Primera Enmienda permite la prohibición de la publicidad comercial falsa o engañosa, pero no permite tomar más medidas que las necesarias para prevenir el engaño para el futuro o para corregir los efectos de un engaño en la publicidad comercial que se ha producido en el pasado – *Standart Oil Co. v. Federal Trade Commission*, 577 F. 2d 653, 662 (9th Cir. 1978); En otra sentencia se ha afirmado que la Federal Trade Commission como cualquier agencia puede prohibir cualquier restricción respecto a la libre competencia, pero la medida que esté aceptada, a pesar de la existencia de publicidad comercial engañosa no puede ir más allá de la eliminación del efecto del engaño – *Beneficial Corp. v. Federal Trade Commission*- 542 F. 2d 611 (3d Cir. 1976), cert. denied, 430 U.S. 983(1977).

De este modo los juzgados insisten en las restricciones razonables en relación a la publicidad comercial: se ha establecido que la publicidad comercial no está protegida por la Primera Enmienda, así que puede ser objeto de regulación, lo que no es posible en otros casos como por ejemplo los discursos políticos - *United States v. Reader's Digest Association*, 662 F 2d. 955, 965 (3d Cir. 1981).

2) El estándar razonable¹⁹⁵.

A pesar de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de la Federal Trade Commission de dictar órdenes, éstas deben ser justificadas por las causas que han llevado a la aprobación del Federal Trade Commission Act – *Chrysler Corp.v.Federal Trade Commission*, 561 F. 2d 357, 364 (D.C. Cir. 1997), incluida la eliminación de los efectos futuros – *Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470, 473 (1952); *TRW Inc. v. Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 954 (9th Cir. 1981).A pesar de esto los juzgados han revocado o modificado órdenes (en muchos casos partes de

Speech and Press- Commercial Speech is Not Protected by the First Ammendment”, 48 Tul. L. Rev. 426(1974).

¹⁹⁴ *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S.679,697(1978) en relación con *American Medical Assoc. v. FTC* 638 F. 2d 443, 452(2d Cir. 1980).

¹⁹⁵ Ver Kintner, E. “Scope of FTC Orders in Price Discrimination Cases”, 14 Bus. L. Rev. 1053(1958-1959); Kauper, T. “Cease and Desist: the History, Effect and Scope of Clayton Act orders of FTC”, 66 Mivch. L. Rev., 1095(1967- 1968) y la sentencia *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U. S. 608(1946) en que se establece, que la FTC es un cuerpo de expertos con amplia discrecionalidad y los juzgados no deben

disposiciones de órdenes) que no están claras, en que se sobrepasan las competencias de la Comisión, que no están confirmadas en la práctica de la Federal Trade Commission o que no eliminan los efectos futuros de la infracción.

Los factores que los juzgados consideran importantes en relación con el estándar razonable y la discrecionalidad de la Federal Trade Commission en su tarea de dictar órdenes de cesación y desistimiento como medidas de defensa de la libre competencia, son los siguientes:

a) El grado de la violación.- “magnitude of the violation” – *Litton Indus. v. Federal Trade Commission*, 676 F.2d 364, 372 (9th Cir. 1982); *Grand Union Co. v. Federal Trade Commission*, 300 F. 2d 92, 100 (2d. Cir. 1962), cert denied, 372 U.S. 910(1963).

b) La frecuencia y duración de la ifracción.- *R.H. Macy § Co. v. Federal Trade Commission*, 326 F.2d 445, 50 (2d. Cir. 1964); *Korber Hats,Inc. v. FTC* 311 F. 2d 364(1st Cir 1962).

c) El negocio y las violaciones pasadas de las leyes antitrust cometidas por el infractor – *American Home Products Inc. v. Federal Trade Commission*, 402 F.2d 232, 237 (6th Cir. 1968).

d) La posibilidad de que el demandado (respondent) ha conocido o debería de haber conocido una nueva interpretación de la Federal Trade Commission en la aplicación de una ley “antitrust” por cierta incertidumbre que había existido en la práctica – *R.H. Macy § Co. v. Federal Trade Commission*, 326 F.2d 445, 450 (2d Cir. 1964); *Grand Union Co. v. Federal Trade Commission*, 300 F.2d 92, 100 (2d. Cir. 1962), *Ford Motor Co. v. Federal Trade Commission*, 673 F.2d 1008 (9th Cir. 1981).

e) La “relación razonable” entre la valoración de las pruebas que se demuestran y las conclusiones finales de la Comisión – *Porter § Dietsch Inc. v. Federal Trade Commission*, 605 F.2d 294, 304, 307 (7th Cir. 1979), *Federal Trade Commission v. Brown § Williamson Tobacco Corp.*, 778 F.2d.35, 43 (D.C. Cir. 1985)¹⁹⁶ – en este aspecto se insiste más adelante en el trabajo.

interferir en sus consideraciones, exepcto si el remedio establecido no tiene relación razonable con las prácticas que se han probado.

¹⁹⁶ Se dan más casos de falta de “relación razonable”: por ejemplo en la sentencia *Chrisler Corp. v. FTC* 561 F. 2d 207(2d Cir. 1976), el tribunal establece que la orden no está relacionada con las infracciones.

f) La inexistencia de medidas razonables de prevención de violaciones futuras del mismo tipo – *Floersheim v. Federal Trade Commission*, 411 F.2d 874 (9th Cir. 1969), *Federal Trade Commission v. Army and Navy Trading Co.* 88 2d 776 (D.C. Cir. 1937).

g) Las decisiones arbitrarias- *Marco Sales Co. v. FTC*, 453 F. 2d 1(2d Cir. 1971).

Todas estas limitaciones del alcance de las órdenes son necesarias para prevenir actos arbitrarios de la FTC y asimismo para prevenir los posibles errores en la persecución de las infracciones antitrust. Como se verá más adelante, estas limitaciones se imponen solo en las situaciones que se han señalado, en casos extremos y en los demás casos, la FTC como un cuerpo de expertos, tiene atribuidos amplios poderes de decisión.

2.5. Sanciones.

La Sec.5L FTC Act – 15 USC 45L prevé multas de hasta 10 000 dólares por desobediencia a una orden final de cesación o desistimiento, que se imponen por los juzgados federales después de un proceso, llevado por el Attorney General. En caso de infracción continuada cada día de infracción se considera un delito distinto.

2.6. El control judicial sobre las órdenes dictadas por la Federal Trade Commission.

2.6.1. Requisitos para la interposición del recurso según la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo):

Para la interposición del recurso, según el 15 U.S.C. 45(c) se requiere un acto administrativo definitivo que agote la vía administrativa.

Existe un acto definitivo cuando la Comisión ha dictado una resolución final¹⁹⁷ en la que se pronuncia sobre el fondo del asunto. Tradicionalmente la exigencia de un acto definitivo estuvo ligada a la existencia de un acto con destinatario concreto y

¹⁹⁷ 15 USC 45 (g),(h),(i), (j)– Sec. 5(g) 2 del Federal Trade Commission Act expone los requisitos de la resolución final.

determinado en cuya esfera jurídica se harían inmediatamente ejecutivos los efectos derivados del mismo¹⁹⁸. Pero el Tribunal Supremo ha venido sentando que tales actos constituyen actos definitivos sin necesidad de que se apliquen a una persona concreta a través de un acto de ejecución¹⁹⁹ – *Abott Laboratorios v. Gardener*, 387 U.S. 136 (1967). También han equiparado al acto definitivo a efectos del recurso los supuestos de silencio administrativo²⁰⁰. En la sentencia *Federal Trade Commission v. Standart Oil Co.* 449 US, at 232(1980) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que un acto de la Comisión es definitivo en el sentido de la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) cuando:

- 1) Constituye una postura definitiva de la política de la Comisión.
- 2) Tiene efecto directo e inmediato en el negocio diario del recurrente.
- 3) Tiene cobertura legislativa (status of law).
- 4) En que existe un mandato de cumplimiento inmediato.
- 5) Trata una cuestión o problema legal que puede ser objeto de resolución judicial.
- 6) Se trata del procedimiento rápido (“speed enforcement”) del Federal Trade Commission Act – 5 USC § 704 (1994).

En segundo término existe el requisito de que el acto agote la vía administrativa, lo que implica que el recurrente, antes de acudir a los Tribunales interponga todos los recursos previos que se pudieran interponer en vía administrativa – *Federal Trade Commission v. Standart Oil Co.*, 355 US 396, 401 (1958).

2.6.2. La interposición del recurso: La Sec. 5 (c) de la Federal Trade Commission Act – 15 USC § 45 (b) (1) (1994) requiere que la parte presente su reclamación o demanda (appeal) en un plazo de 60 días después de que la orden esté dictada (issuance).

¹⁹⁸ Steward, Richard B. “Breve introducción al sistema estadounidense de judicial review o control judicial de la actividad administrativa” en Barnés, J. (ed.) “La justicia administrativa en el derecho comparado”, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 573.

¹⁹⁹ En este sentido las sentencias *Pepsi Co. Inc. v. Federal Trade Commission*, 478 F. 2d 179 (2d Cir. 1972), *Coca-Cola Co. v. Federal Trade Commission*, 475 F.2d 299 (5th Cir).

2.6.3. Jurisdicción.

El recurso se presenta en el Juzgado del Distrito donde el demandante reside o lleva sus negocios o en cualquier distrito en que se han producido los hechos que son objeto de la orden – 15 USC § 45 (c) (1994).

2.6.4. Legitimación.

Según 15 USC § 45 (c) la interposición del recurso se puede realizar por cualquier persona, sociedad o corporación contra quien se ha dictado una orden de cesación o desistimiento²⁰¹.

2.6.5. Poderes del Juzgado.

El Juzgado puede “confirmar, modificar o revocar²⁰²” la orden de la Comisión – 15 USC § 45 (a) (1994)²⁰³.

En la práctica, exepcto en los casos de revisión ex novo, que no son frecuentes, se ha sostenido que el juzgado no está facultado para sustituir su discrecionalidad por la de una agencia, ejerciendo poderes ejecutivos²⁰⁴.

De este modo los poderes de los juzgados para el control de los actos de la FTC, como se va a analizar a continuación, son muy limitados. Además, se ha afirmado que el alcance del control difiere según el acto aplicable (Sherman, Clayton o FTC Act). Así, cuando la FTC actúa bajo la Sec.5 del FTC Act, los tribunales reconocen una amplia discrecionalidad de la agencia, pero requiriendo razonamientos que justifiquen sus actuaciones – FTC v. Sperry&Hutchinson Co., 405 U.S. 233, 244(1972)²⁰⁵.

Es importante destacar que la valoración de las pruebas de la Federal Trade Commission vincula al juez – 15 USC § 45 (c) (1994) en relación con 5 USC § 706 (2) (E) (1994), Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists 476 US 447, 454 (1986), Federal Trade Commission v. Standart Oil Co., 355 US 396, 401 (1958), Universal Camara Corp.v. NLRB 340 US 474,477(1951) y esta es una de las causas por las que los juzgados modifican o confirman una gran cantidad de órdenes y la

²⁰⁰ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 1119.

²⁰¹ En este sentido ver Consumer Federation of América v. FTC, 515 F.2d 367(D.C. Cir. 1975), donde el tribunal afirma que el Congreso autoriza el control judicial sobre las órdenes de la FTC exclusivamente en base a un requerimiento de las partes, que son sujeto de las órdenes.

²⁰² “affirmating, modifying, or setting aside the order of the Commission”.

²⁰³ Ver comentario de este texto en Areeda&Kaplow “Antitrust Análisis”, op. cit, p.81.

²⁰⁴ Attorney General’s Manual on APA, 1947, p.108; England, J. “Antitrust...”, op. cit., p.625 ; ver asimismo el asunto Ukiah Adventist Hospital v. FTC, 981 F. 2d 543, 551(D.C. Cir. 1992), cert. denied, 510 U. S. 825(1993).

revocación no es un caso frecuente. La valoración de las pruebas se tiene que dejar en manos de la agencia, para que ella cumpla su misión específica en el sector y el juez no puede interferir en esta actuación de la FTC²⁰⁶, porque en caso contrario se sobrepasan los límites de la separación de poderes.

2.6.6. Suspensión de la eficacia de las órdenes de la Federal Trade Commission.

Antes de las Enmiendas de la Federal Trade Commission Act del año 1994 – 15 USC §§ 41-57c (1994) – la interposición de recurso ante los juzgados federales producía la suspensión de la eficacia de los actos de la Federal Trade Commission. Después de la entrada en vigor de las Enmiendas, las órdenes son ejecutivas 60 días después de su notificación (after service), excepto los casos de suspensión de la ejecución por la propia Comisión o por los juzgados. De acuerdo con la Sec. 5(g).2 de la Federal Trade Commission Act la parte recurrente puede solicitar la suspensión de la eficacia de la orden por la propia Comisión. En caso de que dicha petición esté denegada o si se produzca silencio (silencio negativo) en plazo de 30 días el recurrente tiene derecho de solicitar la suspensión del juzgado de apelación en que está pendiente el recurso de revisión o del Tribunal Supremo si se ha pedido certiorari (revisión del acto) – 15 USC 45 (g) (2) (1994), 16 CFR § 3.56 (1996).

Existen cuatro supuestos en que la Comisión está obligada a suspender la eficacia de la orden dictada:

- 1) Cuando la parte ha demostrado que existe posibilidad de que no sea culpable de la infracción.
- 2) Cuando el presunto infractor va a sufrir irreparables daños y perjuicios si no se le concede la suspensión.
- 3) Si la suspensión va a afectar sustancialmente a terceros interesados.
- 4) Cuando existe un interés público (16 CFR § 3.56 (c) (1996))²⁰⁷.

Se dan asimismo tres casos en que las órdenes dictadas en aplicación del Federal Trade Commission Act no producen sus efectos automáticamente a pesar de que no se ha producido una suspensión:

²⁰⁵ Ver Areeda&Kaplou “Antitrust análisis...”, op. cit., p.82.

²⁰⁶ Ver especialmente Daniels, W. “Judicial Review of the FactFindings of tne FTC”, 14 Wash. L. Rev.37(1939).

²⁰⁷ California Dental Ass’n, No. 9259 (Federal Trade Commission May 22, 1996).

- 1) Cuando existe un proceso civil para imposición de multas conforme con la Sec. 5 (m) (1) (b) Federal Trade Commission Act – 15 U.S.C. § 45 (m) (1) (b) (1994).
- 2) Cuando existe compensación del consumidor (“consumer redress”) en virtud de la Sec. 57 b (a) (2) Federal Trade Commission Act – 15 U.S.C. § 57 b (a) (2) Sec. 45 (g) (3) Federal Trade Commission Act.
- 3) Cuando en la orden están incluidas disposiciones específicas que requieren divestitura de acciones o de todo el capital. En este caso las órdenes no producen sus efectos antes de la terminación de la revisión administrativa o judicial relevante a las órdenes. Pero hay que subrayar que todas las demás disposiciones de las mismas producen sus efectos automáticamente (60 días después de su notificación), excepto en casos de suspensión – Sec. 45(g) (1994) Federal Trade Commission Act, 16 CFR § 3.56 (a) (1996).

Hay que tener en cuenta, que siempre, cuando se procede a suspensión, se deben ponderar los efectos que ésta causará al interés público o a otros terceros y el perjuicio que se causa al infractor, si se mantiene la eficacia del acto. Como se puede observar, por medio de las Enmiendas del FTC Act se asegura la plena protección de los intereses, afectados por la conducta ilegal.

2.6.7. Las doctrinas sobre el control judicial – visión general.

De acuerdo con la teoría administrativa norteamericana (Breyer y Stewart)²⁰⁸ se debe recordar que los tribunales aplican los siguientes motivos en el control de los actos singulares de las Agencias²⁰⁹:

²⁰⁸ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 67; vease asimismo Fox, W. “Understanding...”, op. cit., p.289 y el Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act”, 1947, pp.93- 104.

²⁰⁹ Según la Sec. 706 de la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo): en medida que sea necesaria para la Sentencia y cuando se suscite el Tribunal revisor decidirá todas las cuestiones de Derecho que sean relevantes, interpretará las disposiciones constitucionales y legislativas y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos de una acción administrativa. El Tribunal revisor: 1) compelerá la acción de la Agencia que se haya retenido ilegalmente o retrasado irrazonablemente, y 2) declarará ilegal y anulará la acción de la Agencia, así como sus determinaciones de hechos y conclusiones que:

- a) sean arbitrarios, caprichosos, o en abuso de discrecionalidad o en desacuerdo con la Ley.
- b) contrarios a un derecho, poder, privilegio o inmunidad constitucionales.
- c) excedan de la jurisdicción, competencia o limitaciones legislativas o carentes de potestad conferida por la Ley.
- d) se hayan dictado sin observancia del procedimiento requerido por la Ley.
- e) no estén apoyados en evidencia sustancial en los supuestos de las secciones 556 y 557 de este título (relativos a procedimientos “formales” de elaboración de disposiciones generales y de actos singulares) o si, de algún modo, son revisados sobre la base del expediente del procedimiento con audiencia que exija una determinada ley; o no estén justificados por los

- a) La doctrina de no delegación (Nondelegation Doctrine): los juzgados pueden derogar una delegación amplia de poderes tanto en el área de la adjudication como también en el caso de la creación de normas²¹⁰.
- b) Revisión de los hechos – se trata de la revisión de la relación hechos probados - conclusiones de la Comisión.
- c) Revisión en Derecho – si el acto de la Agencia encaja con las Leyes Federales y la Constitución.
- d) Revisión del Procedimiento – si el acto se ha dictado de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

Es necesario hacer asimismo referencia a la posibilidad de que una decisión sea atacada por el motivo “arbitraria y caprichosa”. Hay que insistir que son pocos los supuestos con probabilidad de éxito, invocando este motivo: en la clásica sentencia *Chevron USA, Inc. v. NRDC, Inc.*, 467 U.S. 873 (1984) el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido, que los jueces no son expertos en la materia, conferida a la agencia, además el Presidente y el Congreso deben hacer las elecciones políticas y no los jueces. En otra sentencia²¹¹ se ha indicado, que cuando una agencia (en este caso la Nuclear Regulatory Commission) ejerce su potestad de establecer la política pública, el tribunal revisor, en general, tiene que ser deferente. De este modo no se permite a los juzgados revisar ocasionalmente las decisiones de la FTC, basándose en el motivo citado. No se ha de olvidar que la deferencia de los jueces en el derecho norteamericano se relaciona directamente con la doctrina de separación de poderes: el juez no puede interferir en las potestades del Ejecutivo.

hechos, en la medida en que los hechos están sometidos a un juicio de novo (nuevo enjuiciamiento de los hechos) por el Tribunal revisor”.

- traducción de Moreno Molina, A. M.

²¹⁰ Al Legislativo no está permitido delegar plenos poderes normativos a una agencia, vease un comentario detallado en Fox, W. “Understanding...”. p.22.

²¹¹ *Baltimore Gas and Electric Co. v. NRDC*, 462 U.S. 87 (1983).

2.6.8. Supuestos de revisión de las órdenes dictadas por la Federal Trade Commission.

El estándar de revisión depende de si la cuestión presentada es una cuestión de hecho o derecho. Esta distinción es esencial para el funcionamiento del principio de separación de poderes, porque las cuestiones de hecho (en el ámbito de las que entra la valoración de las pruebas) se deciden por expertos en la materia y únicamente las cuestiones de derecho se pueden decidir *ex novo*²¹².

1. El control de los hechos.

El control de los hechos en la doctrina norteamericana siempre se ha relacionado con la deferencia de los tribunales en función de las amplias facultades ejecutivas de la FTC y las demás agencias en materia de adquisición de pruebas y de hacer conclusiones, basadas en estas pruebas. Como ya se ha afirmado, estos postulados jurisprudenciales se relacionan con el principio de separación de poderes. A pesar de esto, alguna vez se ha considerado²¹³, que si se otorga a la agencia la facultad exclusiva de adquirir pruebas y el tribunal sea deferente con las mismas, las agencias buscarían cualquier elemento de prueba sin tener en cuenta la razonabilidad de estas pruebas o las conclusiones que se puedan deducir de ellas. De este modo las agencias cambiarían el funcionamiento y/o los objetivos de las normas y esto llevaría a una arbitrariedad excesiva. Considero que esta es la línea general que justifica el control de los hechos en el derecho antitrust norteamericano.

La primera nota importante en relación con el control de los hechos es que el tribunal debe examinar “all the record”, es decir todos los hechos y las pruebas, y no exclusivamente los hechos y las pruebas que otorgan cobertura a la decisión. Este principio, llamado “hard look” y empleado tanto en el proceso de adjudicación como en la creación de normas, es un principio básico para el juez norteamericano²¹⁴.

²¹² Ver Schwartz, B. “Administrative Law”, *op. Cit.*, p.632; Daniels, W. “Judicial Review of the Fact Findings of the FTC”, 14 Wash. L. Rev. 37(1939); Ellison, N. “Court Review of FTC Decision Orders”, 1 Food Drug Cosm. L. Q. 239(1946) donde se ha argumentado la postura contraria con propósito de ampliar dicho control, pero la práctica sigue la línea de deferencia, ver por. ej. la sentencia *Facet Enterprises v. NRBL*, 907, F. 2d 963, 970(10th Cir. 1990).

²¹³ Breyer & Stewart “Administrative Law”, *op.cit.*, p.216.

²¹⁴ Sobre “hard look” se puede consultar Fox, W. “Understanding...”, *op.cit.*, p.290 y 297; Breyer & Stewart “Administrative Law...”, *op.cit.*, p.214; la sentencia *Universal Camara Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474(1951). En esta última sentencia por primera vez se definen las dos fases en plano procesal de la revisión de las pruebas por la agencia:

- la fase de la adquisición de pruebas (fact gathering)

En segundo lugar el tribunal decide si los hechos relevantes²¹⁵ han quedado suficientemente probados. Por ejemplo, en la sentencia *E. J. Du Pont de Nemours & Co. v. Federal Trade Commission*, 729 F. 2d 128 (2d Cir. 1984) el juez ha afirmado que no existen pruebas de que las prácticas citadas afectan a la libre competencia. Hay que examinar, además todas las pruebas, tanto las “favorables” para la decisión, como las que no soportan la decisión de la agencia²¹⁶.

Cuando las pruebas sustanciales son insuficientes y contradictorias con otras pruebas que constan en el Acta, el juzgado no acepta las conclusiones de la Federal Trade Commission – *Equifax Inc. v. Federal Trade Commission*, 678 F.2d 1047, 1052-53 (11th Cir. 1982). El tribunal no acepta las conclusiones de la FTC cuando no se soportan por las pruebas sustanciales – *Boise Cascade Corp. V. FTC*, 637 F. 2d 573,581(9th Cir.1980). Existen pruebas sustanciales cuando “para una mente razonable ciertas pruebas relevantes son adecuadas para soportar la conclusión” – *American Home Products Corporation v. Federal Trade Commission*, 695 F. 2d 681, 686 (3d Cir. 1982), conforme al asunto *Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S 454(1986)²¹⁷, donde se establece además, que el estándar de revisión de Sec.5 del FTC Act es “esencialmente idéntico” al “substantial evidence test”²¹⁸.

Además, en cuanto a las pruebas se debe insistir en que el juzgado siempre toma en consideración los peritajes²¹⁹ de la Federal Trade Commission, investigando si una práctica determinada es anticompetitiva o desleal– *FTC v.Cement Indus.*, 333 U.S.683(1948), *FTC v. Colgate Palmolive Co.*, 380 U.S.374(1965), *Atlantic RFG. Co. v. Federal Trade Commission*, 381 U.S. 357, 367-68 (1965); es obvio que los

- revisión de las conclusiones, basadas en estas pruebas.

²¹⁵ Así, la decisión *Papercraft Corp. v. FTC*, 472 F.2d 927(7th Cir.1973) no ha sido soportada por ningún hecho relevante.

²¹⁶ *Fruehauf Corp. v. FTC*, 603 F. 2d 345, 351(2d Cir. 1979).

²¹⁷ En este sentido ver asimismo Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.640; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.295; Stason, E. “Substantial Evidence”, Adm.L., 89 U. Pa.L.Rev. 1026(1941); Jaffe, J. “Judicial Review: Substantial Evidence on the Whole Record”, 64 Harv.L.Rev. 1233(1951). Es de gran interés apuntar, que en palabras del Juez Scalia el “substantial evidence test” es aplicación esporádica (deducción) del criterio de revisión, cuando se considere que una decisión es “arbitraria y caprichosa”. Según Scalia la distinción entre los dos criterios es semántica y la medida para los dos es la razonabilidad: la diferencia entre los dos conceptos es más bien de técnica que de sustancia analítica– *Assoc. of Data Processing Service Org., Inc. v. FRB*, 745 F.2d 677(D.C.Cir. 1984); ver asimismo el artículo de Shapiro & Levy “Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions”, 44 Duke L. J. 1051(1995) según que no existen unos estándares de revisión de los hechos que tengan un alcance determinado.

²¹⁸ En un sentido similar - las sentencias *FTC v. Standart Oil Co.*, 355 U.S. 396, 401(1958), *Beneficial Corp. v. FTC*, 542 F. 2d 611, 616(3rd Cir. 1976), cert. denied, 430 U.S. 983(1977).

²¹⁹ Ver Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.629.

tribunales(compuestos por jueces “generalistas”) no podrían cuestionar una valoración de expertos.

En tercer lugar el Tribunal analiza si los hechos otorgan cobertura a la decisión adoptada.Como se ha señalado anteriormente, la Federal Trade Commission está autorizada a dictar órdenes de cesación o desistimiento, previa notificación y audiencia de las partes, en caso de que esté infringida la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act –15 USC § 45 (b) (1994)- o cualquier sección de la Clayton Act que se aplica por la Federal Trade Commission –15 USC § 21 (b). Con base en los citados preceptos, existe un alcance muy limitado para la revisión judicial de las conclusiones de la Federal Trade Comisión.Según otra sentencia: “las conclusiones sobre hechos no pueden ser excluidas en caso de que las pruebas, que constan en el Acta, soporten razonablemente las deducciones administrativas, aun cuando las supuestas conclusiones alternativas pueden ser de igual modo razonables y convincentes o más razonables y convincentes”²²⁰.Si no fuese así , el resultado hubiese sido que los juzgados interfieran en la política pública que ejerce la autoridad : esto puede obstruir los objetivos de la agencia²²¹ y distorsionar el equilibrio de poderes(checks and balances).Las conclusiones deben ser confirmadas, excepto cuando son erróneas, pero no pueden ser erróneas cuando las pruebas sustanciales las soportan – Colonial Stores v. la Federal Trade Commission, 450F. 2d 733, 739-40 (5th Cir. 1971), confirmando en RSR Corp.v. Federal Trade Commission 602 F 1217, 1320 (9 th Cir. 1979), Equifax Inc. v. Federal Trade Commission 602 F 2 d, 63 (9 th Cir. 1980)- en esta última sentencia no se confirman las conclusiones de la Comisión: “las pruebas sustanciales no soportan la conclusión de la Comisión de que se ha producido infracción de la Clayton Act”²²².

²²⁰ “Findings of fact cannot and will not be set aside if the evidencie in the record reasonably supports the administrative conclusion even though suggested alternative onclusions may be aqueally or even more reasonable and persuasive. The findings must stand unless they were wrong, and they cannot be wrong – that is reversibly wrong- if substantial evidence supports them”, Colonial Stores v. Federal Trade Commission, 450 F. 2 d 733, 739-40 (5 th Cir. 1971).En la sentencia Adolph Coors Co. v. FTC, 497 F.2d 1178, 1184(10th Cir.1974),cert. denied, 419 U.S.1105(1975) se afirma, que las conclusiones de la FTC deben ser razonables, no basadas en meras conjeturas o especulaciones- ver asimismo American Optometric Assoc. v. FTC, 137 F.2d 490, 494(3d Cir.1943)- las conclusiones están hechas en base a especulación o J.B.Lipincott Co. v. FTC, 137, F.2d490, 494(3th Cir 1943), según cual “las pruebas son completamente casuales y soportan de igual modo cada una de las dos deducciones contradictorias o inconsistentes, no pudiendo soportar alguna de las deducciones y excluir la otra”.Además, aunque la deducción de la FTC es razonable, el tribunal no puede ser deferente a la misma, cuando es contradictoria a otras pruebas directas- Marcus v. FTC, 354 F. 2d85(2d Cir.1965).

²²¹ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit., pp.624 – 625; Breyer&Stewart “Administrative Law...”. op.cit., p.195.

Junto con la exigencia de que las pruebas sustanciales soporten las conclusiones de la Federal Trade Commission los juzgados requieren también otro requisito: conexión racional entre la valoración de las pruebas y las conclusiones finales de la Comisión: es decir, la conclusión de que existe o no práctica anticompetitiva(o de competencia desleal). De este modo dicha conclusión abarca cuestiones de hecho y derecho –American Home Products Corporation v. Federal Trade Commission, 695 F. 2d 681, 686 3d Cir. 1982).

2. Infracciones jurídicas.

La cuestión más importante en este aspecto es si el juez debe tratar las cuestiones de derecho con el mismo respeto como las conclusiones sobre hechos.(factfindings).¿Puede el tribunal decidir las cuestiones de derecho de una manera independiente de las interpretaciones jurídicas de la agencia?

Breyer y Stewart²²³ afirman que las dificultades surgen cuando la agencia no ha separado las conclusiones sobre hechos de la parte jurídica de la decisión(se trata de las así llamadas cuestiones “mixtas”), pero a veces es difícil separar los dos tipos de conclusiones.Del mismo modo Schwartz²²⁴ distingue tres variantes: revision de hechos básicos, interpretación del derecho basándose en los hechos, y cuestiones de derecho puro.Se considera que los tribunales pueden evitar soluciones deferentes exclusivamente en el tercer supuesto.De acuerdo con otra clasificación, del Juez Friendly²²⁵, se dan tres categorías de casos en la práctica: casos, en que se tiene que averiguar cómo, cuándo , dónde , quién, etc...: se trata de hechos que no es difícil aclarar; casos, en que es difícil conjugar los hechos con la norma jurídica y casos en que el problema principal es cómo interpretar el texto legal.

Se acepta unánimamente, que la competencia de los juzgados, sin interferir en la actividad de la agencia, son exclusivamente el tercer tipo de supuestos, o las así llamadas cuestiones de “derecho puro”.A pesar de esto algunas cuestiones de derecho se tienen que decidir por la FTC.Así en la sentencia FTC v. Ruberoid Co(S Ct.1952), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que la Comisión debe tener discrecionalidad cuando interpreta la Ley.Se ha constatado varias veces, que la decisión

²²² “substantial evidence did not support the Commission conclusion that a violation of the Clayton Act occurred”.

²²³ Breyer&Stewart “ Administrative Law...”, op.cit., p.281.

²²⁴ Schwartz, B. “ Administrative Law”, op.cit., p.643.

²²⁵ En la sentencia NLRB v. Marcus Trucking Co., 286 F. 2d 583(2d Cir.1961).

de la agencia es revisada, solamente en los casos, en que las conclusiones jurídicas son irrazonables, impermisibles o arbitrarias²²⁶.

Cuando los tribunales se resisten a confirmar las interpretaciones jurídicas de la agencia, se enfatiza que los tribunales son la última instancia para interpretar el sentido de las normas- conviene citar dos antiguas sentencias en relación con la FTC- FTC v. Gratz, 253 U.S. 421, 427(1920) y FTC v. Beach- Nut Packing Co., 257 U.S.441, 453(1922): ha habido casos de anulación de órdenes de la FTC²²⁷.En general las interpretaciones administrativas se rechazan por inconsistencia con la letra o el espíritu de la ley, o porque no siguen los objetivos o la política, establecidos por el Congreso²²⁸.

Considero conveniente señalar, que de acuerdo con la sentencia NRDC v. EPA, 725 F. 2d 761, 767(D.C.Cir.1984) existen dos extremos, en cuyas direcciones está orientada la práctica:

- la doctrina de la interpretación judicial de la norma, según la cual los tribunales son los árbitros finales de la aplicación de la ley, de acuerdo con el sentido original, que le ha querido conferir el Congreso
- la plena deferencia, con que los tribunales aceptan las interpretaciones normativas de la agencia

El mismo año en que se ha dictado la sentencia anteriormente citada- 1984- se dictó otra sentencia- clave, en relación con las interpretaciones de las conclusiones jurídicas de las agencias- Chevron v. NRDC, 467 U.S.837(1984).De acuerdo con esta sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., el criterio de cómo tratar las interpretaciones de las agencias, en caso de omisión o contradicción en la norma respecto a un problema específico, es si la interpretación de la agencia está basada en una construcción permisiva o prohibitiva de la norma.Es decir, si la norma es permisiva, se espera que el tribunal sería deferente.

Y en palabras del Juez Scalia²²⁹, la contradicción (ambigüedad) del texto legal, que ha sido interpretado por la agencia se puede atribuir a dos circunstancias:

²²⁶ Por ejemplo Rochester Telephone Corp. v. U.S., 307 U.S.125, 146(1939), NLRB v. Heaxist Publ., Inc., 322 U.S. 111(1944).

²²⁷ Por ejemplo BOC Int'l Ltd. V. FTC, 557 F. 2d 24, 28(2d Cir.1977);Official Airline Guides, Inc. v. FTC, 630 F. 2d 920,928(2d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S.917(1981).

²²⁸ Ver Breyer&Stewart "Administrative law...", op.cit., p.281.

²²⁹ Scalia, A. "Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law", 1989Duke L.J.511,516;sobre el problema de la deferencia judicial en relación con la interpretación normativa de las agencias conviene citar los siguientes libros y artículos: Antony "¿Which Agency Interpretations Should Bind the Court?", 7Yale J. on Reg.1(1990), Byse, G. "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an Análisis of Chevron's Step Two", 2 Adm. L. J.255(1988), Davis, K. C. "Administrative Law Treatise", op.cit., p.1989, Breyer, S. "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 adm. L. Rev.363(1986),

- 1) El Congreso ha perseguido un resultado concreto, pero sin determinar claramente este resultado,
- 2) El Congreso, sin la intención de intervenir, ha dejado la decisión en manos de la agencia.

De acuerdo con esta postura solamente en el primer caso la cuestión de derecho puede ser resuelta por los tribunales. El segundo caso se relaciona con la discrecionalidad de la agencia y la única cuestión, que entra en el alcance de la revisión judicial es si la agencia ha sobrepasado su discrecionalidad (es decir, si la solución elegida para resolver la respectiva contradicción de la norma es razonable).

En este contexto se argumenta también la tesis de que el intento original del Congreso ha sido que los juzgados sean deferentes a las soluciones normativas de las agencias.

Así, en el caso de la FTC, los juzgados tienen el poder de determinar y analizar las cuestiones de derecho –es decir si las conclusiones de la Federal Trade Commission encajan con las disposiciones de la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act, con otras disposiciones con rango legislativo y con la Constitución de los EE.UU. En la jurisprudencia norteamericana siempre se ha insistido en que los juzgados tienen la responsabilidad de interpretar las disposiciones de la Sección 5 FTC Act– *Official Airline Guides, Inc. v. Federal Trade Commission*, 630 F. 2d 920, 927-28 (2d Cir. 1980) *BOC International Ltd v. Federal Trade Commission*, 557 F. 2d 24,28 (2d Cir. 1977) y en este caso sus poderes son más amplios que respecto al control de los hechos.

3. El control del procedimiento.

Como se ha señalado anteriormente, la Federal Trade Commission está autorizada a dictar órdenes de cesación o desistimiento previa citación y audiencia de las partes –15 USC § 45 (b) (1994), así que tal infracción procedimental es causa de revocación o modificación de las órdenes (por ejemplo ausencia de audiencia del presunto infractor). En la revisión del procedimiento no se da el problema de la deferencia judicial. Al control sobre el procedimiento se deberían añadir los casos de inactividad administrativa y de retraso indebido, en que también es posible acudir a los tribunales²³⁰.

Pierce, R. “Chevron and it’s Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions”, 41 Vand.L. Rev.301(1988).

²³⁰ En general ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp.658- 659.

2.6.9 Revisión de las medidas de saneamiento, adoptadas en las órdenes de cese y desistimiento de la Federal Trade Commission.

La Sec. 5 (c) de la Federal Trade Commission Act – 15. U.S.C. §45 (c) 1994 y la Sec. 11 (c) de la Clayton Act-15 U.S.C. § 21 (a) autorizan a los juzgados a examinar las medidas de compensación, previstas en las órdenes y de modificar dichas medidas en caso de que cambien las circunstancias - Jacob Siegel Co. v. la Federal Trade Commission, 327 U.S. 608, 611 (1946). Éstos son los casos más frecuentes de modificación de una orden, siempre y cuando exista una relación razonable entre los hechos y las conclusiones de la Comisión y en caso de que sus disposiciones estén justificadas por los propósitos por las que se ha aprobado la Federal Trade Commission Act.

2.6.10. Revisión en los procedimientos subsidiarios e interlocutorios en los juzgados federales²³¹.

En los Estados Unidos de Norteamérica existe también una forma de control ex ante de los actos de la Federal Trade Comisión cuando el demandado en un procedimiento administrativo, de acuerdo con la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act o Sec. 11 de la Clayton Act, puede obtener un mandamiento judicial antes de que la Federal Trade Commission dicte la orden de cesación o desistimiento²³².

Existen dos barreras en los procedimientos interlocutorios en el juzgado federal:

En primer lugar el principio de agotamiento de los remedios administrativos hace de la revisión judicial previa una medida adelantada, porque la Federal Trade Commission todavía no ha actuado²³³ – American Gen. Ins. Co. v. Federal Trade Commission 496 F.2d 197 (5th Cir. 1974), Boise Cascade Corp. v Federal Trade Commission 498 F. Supp. 772 (D. Del. 1980); Pero algunos juzgados han afirmado que se puede efectuar la revisión judicial previa del acto administrativo cuando una Agencia está actuando “claramente” contra sus facultades legalmente establecidas – Leedom v.

²³¹ Entre el momento en que se dicta la citación de la demanda y la audiencia del interesado existe un período de trámites preparatorios de la audiencia llamado en el derecho norteamericano “fase interlocutoria”.

²³² Ver Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.1119.

²³³ En este sentido Angland, J. (dir.), “Antitrust Law Developements”, op. cit., p. 630.

Kyne, 358 U.S. 184 (1950), Coca-Cola Co. v. Federal Trade Commission 475 F.2d 299, 303 (5th Cir.), cert. denied 414 U.S. 877(1973)²³⁴.

En segundo lugar la Administrative Procedure Act limita el control judicial de las Agencias, estableciendo que se puede revisar el acto definitivo de una Agencia, cuando ya no existe otro remedio adecuado²³⁵ – 5 USC § 704 (1994), R. R. Donnelley § Sons Co. v. Federal Trade Commission, 931 F.2d 430 (7th Cir. 1991), Ukiah Valley Med. Ctr. v. Federal Trade Commission, 911 F.2d 261 (9th Cir. 1990).

El litigante debe demostrar que no existe un mecanismo legal para obtener una revisión judicial adecuada. Es más difícil obtener la revisión previa después de la postura del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia *Standart Oil – Standart Oil Co. v. U.S.*, 449 U.S.232(1980) en que se ha afirmado que los actos previos de una Agencia son revisables en el juzgado de apelación solamente por medio de revisión de la orden de cesación y desistimiento definitiva. Antes de la citada sentencia los recurrentes presentaban varios argumentos afirmando que la revisión según la Sec. 5(c) de la Federal Trade Commission Act es inadecuada por la pérdida de tiempo, los gastos en un proceso, la espera de la orden de cesación o desistimiento “definitiva” y además en los casos cuando el retraso indebido por parte de la Agencia despojaría de su utilidad el remedio administrativo, previsto en la Ley.

Desde la perspectiva de los juzgados²³⁶ el control previo puede llevar a problemas, relacionados con una decisión prematura, durante la elaboración de la cual no se podrían analizar de una manera exhaustiva todas las circunstancias del caso, pronunciándose sobre cuestiones de poca importancia y gastando tiempo y esfuerzos²³⁷. Desde la perspectiva de la agencia, el control previo no solo puede privar la misma de la posibilidad de revisar o definir el acto, sino, además, privarla de la posibilidad de resolver el asunto de otra manera, basándose en el consensus(acuerdo) de las partes y evitando la intervención de los tribunales.

Considero importante insistir una vez más que el control sobre las órdenes de la FTC, excepto en los casos de que los hechos no han sido suficientemente probados o si no respaldan la decisión adoptada o cuando se constatan infracciones jurídicas y

²³⁴ Asimismo la sentencia *Seven-up Co. v. FTC*, 478 F.2d 755(8th Cir. 1972), cert. denied, 414 U.S.1013(1973); vease en general Fuchs, R. “Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency Action”, 51 Ind. L. J. 817, 859- 911(1976).

²³⁵ “agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in the court” – 5 U.S.C. § 704 (1994).

²³⁶ Ver *Roosevelt Campobello Int. Park Comm. v. EPA*, 684 F.2d 1034(1st Cir. 1982); *General Fin. Corp. v. FTC*, 700 F.2d 366(7th Cir.1983).

procedimentales, es muy limitado. Esto se debe a la misión específica de esta autoridad independiente que cuenta con una discrecionalidad considerable en su ejercicio de dictar órdenes - *FTC v. Ruberoid Co.*(S Ct. 1952): la FTC no es un simple órgano ejecutivo, sino tiene atribuidas facultades para definir la política pública de defensa de la competencia, una política que se traduce asimismo en su práctica en el ejercicio de la adjudication. El sistema de los Estados Unidos de equilibrio de poderes no permite a los juzgados interferir en esta esfera de definición de la política de competencia.

2.7. Decisiones negociadas de la FTC.

Es de gran importancia destacar que, a pesar de las amplias potestades ejecutivas de la FTC, su política está orientada a una cooperación voluntaria con las empresas, compatible con el interés público, con el fin de evitar distorsiones del mercado. Con este objetivo en el ordenamiento antitrust norteamericano se han previsto procedimientos de cooperación voluntaria y estos procedimientos se pueden iniciar antes o después de la denuncia(16 CFR 2.31, 2.32 y 2.35).En el caso de las decisiones negociadas el denunciado debe admitir la jurisdicción de la FTC y no tiene derecho a exigir cambios de la decisión²³⁸ o a apelar, sino tiene que aceptar que la denuncia será base de un acuerdo²³⁹, propuesto por la Agencia .Estos procedimientos negociados son más rápidos, más baratos y más efectivos – más efectivos, porque se evitan las confrontaciones y se busca un camino común para la consecución de los objetivos de las leyes antitrust, evitándose algunas de las sanciones y los agentes de mercado contribuyen al cumplimiento de las “reglas de mercado”, establecidas por la legislación antitrust.Además, de este modo, la FTC consigue obtener más información sobre el mercado, los agentes del mercado y el proceso de competencia con el fin de “actualizar” sus métodos y la política de defensa de la competencia. Creo conveniente aprender de la experiencia norteamericana en este aspecto, porque de este modo se incentivan a las empresas a colaborar para el eficaz cumplimiento de las leyes antitrust.

²³⁷ Igualmente en Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.1121.

²³⁸ Ver *Seeburg Corp. v. FTC*, 1966 Trade Cas.(CCH) 71955(E.D. Tenn 1966), aff’d 425 F. 2d 124(&th Cir. 1970), cert. denied, 400 U.S.866(1970).Además, la parte no puede revocar unilateralmente la orden de consentimiento(consent decree), cuando la ha aceptado- *Johnson Prods. V. FTC*, 549, F.2d 35(7th Cir. 1977) y *Ford Motor Co. v. FTC*, 547 F. 2d 954(6th Cir. 1976), cert. denied, 431 U.S.915(1977).

²³⁹ En general sobre este tema ver Shenefield&Stelzer “The Antitrust Laws...”,op.cit., p.28, Gellhorn, E. “Antitrust and Economics in a Nutshell”, op.cit., p.11; Areeda&Kaplou “Antitrust Análisis...”; op. cit., p.72; Mayer, F. “Settlements Procedures At the FTC”, 37 Antitrust L.J.261(1967- 1968).

3. COMPETENCIAS NORMATIVAS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION (RULEMAKING).

De igual forma que otras agencias gubernamentales, la FTC tiene atribuida la potestad normativa. Este poder normativo de las agencias en general difiere sustancialmente del poder del Legislativo de crear y aprobar normas, porque el legislador tiene atribuidos estos poderes por la Constitución de los EE.UU. y el poder delegado a las agencias no puede ser más que un poder subordinado²⁴⁰, secundario²⁴¹ y limitado por la delegación: el Legislativo ejerce una función primaria en la elaboración de normas, mientras que la agencia ejerce una función legislativa secundaria.

Según Kerwin²⁴² la facultad normativa es la más importante de las facultades de las agencias gubernamentales en general y esta misma facultad define su misión. Se ha expresado que la demanda de normas, es decir, de regulaciones sectoriales ha crecido en los últimos años en los Estados Unidos de Norteamérica: se trata de creación de unas normas hechas por expertos y que por esta razón deben de ser normas de calidad.

3.1. Definición de Rulemaking.

La Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) define “rulemaking” como “el proceso de formular, modificar o revocar un reglamento” - § 551 (5) Administrative Procedure Act : “an Agency process for formulating, amending or repealing a rule” – 5 USC 551 (4).

3.2. Definición de rule (Reglamento).

La Administrative Procedure Act – 5 U.S.C. 551 (4) ofrece la siguiente definición: Reglamento (rule) es la totalidad o la parte de la disposición de una Agencia de aplicabilidad general o particular y de efecto futuro, destinado a implementar, interpretar o prescribir derecho o política pública y describiendo la organización, procedimiento o requisitos prácticos de una Agencia, e incluye la aprobación o prescripción futura de tarifas, salarios, estructuras financieras o de la empresa o sus

²⁴⁰ Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.10.

²⁴¹ Douglas, W. “We, the Judges: Studies in American and Indian Constitutional Law from Marshall to Mukherjee”, ed. Garden City, New York, 1956, p.164.

²⁴² Kerwin, K. M., “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, ed. CQ Press: A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C., 1994, p. XI.

reorganizaciones, precios, instalaciones, accesorios, servicios, subvenciones, valoraciones, costes, contabilidad o prácticas relativas a éstas²⁴³.

En la definición se pueden distinguir cinco elementos:

1) El sujeto que dicta las normas (The source of Rules) - la Federal Trade Commission.

2) El objeto de las normas: desarrollar la Ley o Política pública.

3) El medio de desarrollar la Ley o la Política pública:

a. Poner en práctica (implement) la Ley o política pública, cuando no se añade nada nuevo, en general se trata de las instrucciones que puede dictar una agencia.

b. Interpretar la Ley o Política Pública— cuando la ley es establecida con claridad pero se ha producido un cambio en las circunstancias. Por ejemplo, la Federal Trade Commission crea reglamentos para aplicar actualmente las leyes creadas en la época de los grandes “trusts” :son los Reglamentos de Regulación del Comercio – Trade Regulati6n Rules.

c. Prescribir – cuando se establecen objetivos por medio de varios pasos a seguir. De este modo la definici6n del Administrative Procedure Act permite a las Agencias llenar las “brechas” que ha dejado el Congreso, el Presidente o los Juzgados en la elaboraci6n de las Leyes o la Pol6tica P6blica a seguir²⁴⁴.

4) Aplicabilidad – alcance general o particular: Una Agencia crea normas en caso de que se afecte el comercio o la econom6a en general as6 como cuando est6 afectado un grupo de empresas o particulares.

5) El efecto futuro de los actos normativos, creados por una Agencia igual que las leyes “estructurar6n el futuro, por medio de nuevas reglas, condiciones y eliminar6n las trabas existentes”²⁴⁵. Esta aceptaci6n del “efecto futuro” es importante para la interpretaci6n de la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo): de este modo se permite insistir en el contraste entre el efecto del “rulemaking” y el efecto de “adjudication”²⁴⁶.

²⁴³ Traducci6n de Moreno Molina, A.M.

²⁴⁴ Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, ed. CQ Press, Washington DC, 1994, p. 6.

²⁴⁵ *Ib6d.*

²⁴⁶ Breyer, St. y Stewart , R. “ Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 466.

Se debe poner énfasis en el problema de la elección de una agencia entre rulemaking – creación de normas y adjudication – producción de actos singulares²⁴⁷: en general se considera que la creación de normas tiene más ventajas que la formulación de actos singulares por parte de una agencia. Se sostiene que las decisiones caso por caso (la adjudication) crean inseguridad y los reglamentos son el mejor remedio para establecer la política pública y una de las razones es que facilitan el alcance de sus pronunciamientos a todos los afectados o posibles afectados- Ford Motor Co. v. FTC,

La diferencia entre los dos actos presupone la elección de la FTC de entre rulemaking y adjudication y por esto es fundamental para analizar el funcionamiento de una agencia.

Según el art.551(6) de la APA la orden es el pronunciamiento de una agencia, diferente de reglamento. En la doctrina se analizan principalmente dos teorías, que explican la diferencias entre las dos clases de actos:

- el Juez Holmes ha afirmado que el reglamento prescribe modelos de conductas futuros, mientras que la orden determina los derechos y obligaciones de las partes, basándose en hechos pasados o actuales (en la sentencia *Prentis v. Atlantic Coast Line Co.*, 211 U.S. 210(1908)). Asimismo *American Airlines v. CAB*, 359 F.2d 624, 636(D.C.Cir.1966).
- según la doctrina de la aplicabilidad general, establecida por el Juez Burger, los reglamentos normalmente tienen un alcance general, mientras que la orden está dirigida a personas determinadas y situaciones específicas (*American Airlines v. CAB*, 359 F.2d 624, 636(D.C.Cir.1966)).

Actualmente existe cierta confusión en la doctrina, porque la APA incluye cumulativamente los dos elementos para identificar los reglamentos: el efecto futuro y, asimismo, el alcance general o particular. Se ha propuesto un cambio en el texto de la APA para introducir más certeza respecto a la variedad de actos, que se emiten por las agencias (Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.166).

Sobre el tema de la divergencia entre el rulemaking y adjudication conviene consultar Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp. 164- 165; Lawson, G. “Federal Administrative Law”, op.cit., pp.10-24; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.132- 133; “Attorney General’s Manual on APA”, ed. Department of Justice, Washington, 1947, pp.14- 15, cit. por Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los EE.UU.”, ed. Cedex, Barcelona, 1997 y el comentario en la p.30 de la misma autora.

²⁴⁷ En general sobre el tema ver Gellhorn, W. , Byse, K. y Strauss, P. “Administrative Law: cases and Comments”, 7th ed., ed.Foundation Press, Mineola, New York, 1979, pp.210- 234; Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., pp. 538- 547; Davis, K.C. “Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry”, ed.Univ. of Illinois Press, 1969, pp.52- 96; Friendly, H. “The Federal Administrative Agencies: the Need for Better Definition of Standarts”, ed.Harvard Univ. Press, 1962; Shapiro, S. “The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy”, 78 Harv. L. Rev. 921(1965) y especialmente en relación con la FTC se puede ver Burrus, B. y Teter, H. “Antitrust: Rulemaking v. Adjudication in the FTC”, 54 Geo. L. J. 1106(1966); Note “Judicial Review of Informal Administrative Rulemaking”, 33 Duke L. J.347(1984).

673 F. 2d 1008(9th Cir.1981), cert. denied, 459U.S.999(1982)²⁴⁸. Además, por medio del rulemaking las agencias pueden hacer una elección determinada entre políticas alternativas, incrementando la eficacia de la agencia²⁴⁹. Por esta razón muchas veces los juzgados intentan hacer que las Agencias utilicen la creación de normas como un remedio más eficaz²⁵⁰ para la consecución de sus objetivos. A pesar de esto se da la postura de que por la diversidad y complejidad del problema de la elección entre rulemaking y adjudication, hay que estudiarlo independientemente y para cada caso concreto: la agencia puede elegir entre las dos potestades.²⁵¹

Se puede resumir que la política de la FTC debe ser anunciada a través de elaboración de normas de alcance general, anunciando las prohibiciones de conductas, porque lo contrario llevaría a inseguridad jurídica: en vez de expresar con claridad su visión sobre las conductas, la FTC crearía controversias en su propia doctrina.

3.3. Génesis de las competencias normativas de la Federal Trade Commission.

Antes de la codificación de las potestades normativas de la Federal Trade Commission (por la Magnuson-Moss Act en 1975) la Comisión ha establecido “rules” con diferentes efectos jurídicos: los más importantes han sido los “trade practice rules” y los “industry guides”²⁵². Los primeros no tenían carácter obligatorio, sino servían como directrices y se han creado en estrecha cooperación con los grupos industriales afectados. Las violaciones de dichas directrices no se consideraban infracciones de la Ley y no tenían influencia considerable sobre los procedimientos de adjudicación de la Federal Trade Commission.

Los segundos (igual de los “trade practice rules”) estaban orientados a varias ramas de la industria (por ejemplo, la producción de calzado, de tabacos) y otros, eran más generalizados. Los “industry guides” tenían pocos efectos jurídicos²⁵³.

²⁴⁸ Vease el comentario de Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p. 141 de las sentencias *Montgomery Ward v. FTC*, 691 F. 2d 1322(9th Cir. 1982) y *National Petroleum Refiners Assn. v. FTC*, 482 F. 2d 672(D.C.Cir 1973).

²⁴⁹ Robinson, K. “The Making of Administrative Policy: Another Look of Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform”, 118 U.Pa.L.Rev. 485(1970).

²⁵⁰ Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, op. cit., p. 267.

²⁵¹ Los asuntos *Chenery I*, 318 U.S.80(1943) en relación con *Chenery II*, 332 U.S.194(1947) y *Chenery III*, cert. denied, 340 U.S. 831(1950).

²⁵² Ver Note “Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973); Angland J. (dir.), “Antitrust Law Developments”, op.cit., p. 631-632.

²⁵³ En la actualidad existen las guidelines que son directrices orientadas a varias ramas del comercio y la industria – Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 259. En la teoría norteamericana se ha discutido su eficacia y el peligro de utilizar dichas medidas, para

¿Cómo se han establecido las competencias normativas de la FTC?

Hasta los años –60 el único poder de la FTC en el área legislativa ha sido recomendar al Congreso las enmiendas necesarias del FTC Act. En el año 1960, después de varias decisiones antitrust y el establecimiento de una amplia práctica, la FTC ha decidido promover su política para anunciar unas reglas más generalizadas, aplicables para las conductas de las empresas, porque esto llevaría a una actividad más efectiva en el área de adjudication. En 1962 la Federal Trade Commission ha empezado a promulgar los Trade Regulation Rules²⁵⁴, basándose en la Sec.6(g) FTC Act, codificada en 15 U.S.C.46(g): se trataba de prácticas concretas de negocio. Esta facultad de la FTC ha sido discutida²⁵⁵, pero confirmada, en la sentencia *National Petroleum Refiners Assoc.v. FTC*, 482 F.2d 672(D.C. Cir.1973), cert. denied, 415 U.S.951(1974), rev'g, 340F. Supp.1343(D.D.C. 1972)²⁵⁶. Los efectos jurídicos de infringir los Trade Regulation Rules son la ordenación de cesación o desistimiento por medio de cease o desist order (15 USC 45(m)(1)(A)).

Dichas competencias normativas están previstas en la Sec. 6 (g) del Federal Trade Commission Act (15 USC § 46g (1994)). Los procedimientos de creación de estas normas han sido codificados en la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo (5 USC 553 (1994)): se trata de un procedimiento que requiere resumen de las disposiciones sustantivas del Trade Regulation Rule, participación (por escrito) de las partes y publicación del Trade Regulation Rule.- 15 U.S.C.57a(b)(1994). Es de gran interés observar que la Comisión misma ha impuesto un límite en su facultad de rulemaking: las pruebas sustanciales (“substantial evidence”) tienen que ser la base del reglamento propuesto²⁵⁷. Otros límites de la facultad de

que no sea necesario el seguimiento de un procedimiento formal: a veces este instrumento se puede utilizar para evitar el rigor y los controles de los reglamentos.

²⁵⁴ Ver Note “Substantive Rulemaking and the Federal Trade Commission”, 42Ford.L.Rev.734(1978); Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.67.

²⁵⁵ Ver Auerbach, C. “The Federal Trade Commission Internal Organization and Procedure”, 48 Minn.L.Rev.383(1964); las críticas estaban basadas en tres argumentos diferentes (ver : Note “Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973)):

- se ponía en duda la atribución de facultades a la FTC para dictar normas,
- se consideraba que no se podría determinar con anterioridad qué práctica será deceptiva, engañosa o anticompetitiva, por el cambio rápido de circunstancias,
- se consideraba que una agencia federal como la FTC no podría establecer estas prácticas para el territorio de todo el país y que se suprimían las competencias de las autoridades estatales.

²⁵⁶ Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.82; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.67- 69.

²⁵⁷ Ver Statement of Basis and Purpose Used Car Rule, 49 Fed.Reg. 45, 692,45,703, FTC, 1984; asimismo en *Katherine Gibbs School v.FTC*, 612 F.2d 658(2d Cir.1979) se ha sostenido que las conclusiones sobre la práctica tienen que ser justificadas por las pruebas sustanciales y debe existir relación razonable entre la práctica concreta y las exigencias del reglamento.

rulemaking se establecen por la Ley- 15U.S.C 57a(d), que prevé la obligación de la FTC de elaborar para cada caso concreto de adopción de nuevo reglamento, un informe específico²⁵⁸, y por la Office of Management and Budget (que se van a estudiar más adelante en el trabajo).

Los poderes normativos de la Federal Trade Commission han sido desarrollados con más precisión en el año 1975 con la Magnuson-Moss Act que modifica la Sec. 18 de la Federal Trade Commission Act (codificada en 15 USC 57A (1994)). Se trata de “interpretative rules and general statements of policy” (reglas interpretativas o directrices políticas generales) prescritas, que “definen con precisión los actos o prácticas que son actos de competencia desleal” (define with specificity acts or practice which are unfair or deceptive) – 15 USC 57a (a) (1) (A), (B) (1994). Además estas reglas pueden incluir “exigencias prescritas con el objetivo de prevenir ciertos actos y prácticas” (“may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices” – 15 USC 57 (a) (A) (B)). Esta facultad de la Federal Trade Commission no permite sobrepasar la “soberanía de los actos de los estados”²⁵⁹.

A esto se debe añadir la facultad de la Comisión de aprobar reglamentos en virtud de la Sección 16 de la Federal Trade Comisión Act – 15 USC 46 (g) para llevar a cabo las disposiciones de la misma cuyo título es “Poderes adicionales de la Comisión”.Las disposiciones de dicha sección se refieren sobre todo a los poderes de investigación de la Federal Trade Comisión y a la publicidad de información de interés público. – 15 USC 46 (a) – (f).

Se puede resumir que la FTC tiene atribuidos poderes normativos que se han ampliado sucesivamente y que refuerzan la facultad de adjudication.La aprobación de normas es importante, además, porque tiene el efecto de informar a los competidores sobre las conclusiones y los objetivos de la política de la FTC²⁶⁰ en general o en varias ramas de la industria(o el comercio) como la venta de vehículos, el etiquetado, la publicidad, los créditos...Además, la aprobación de normas aporta un uso eficaz de

²⁵⁸ Este informe, llamado “Statement of Basis and Purpose Accompanying Rule”, debe determinar:la importancia y alcance de la práctica, en qué consiste el daño a los consumidores, el efecto económico del reglamento propuesto, considerando el efecto sobre el pequeño negocio y sobre los consumidores(15 U.S.C. 57a(d).

²⁵⁹ California State Bd of Optometry v. Federal Trade Commission, 910 F.2d 976 (D.C. Cir. 1990): “The Commission’s rulemaking authority does not permit it to reach the sovereign acts of states – cit por Angland, J. (dir.) “Antitrust law Developments”, op. cit., p. 633.

²⁶⁰ Ver Areeda&Kallow “Antitrust Analisis...”,op.cit., p.82.

recursos públicos, certeza y transparencia jurídica y asegura el trato igual de todos los administrados²⁶¹.

3.4. El control sobre los reglamentos.

3.4.1. El control del Congreso.

Se debe insistir en que el Congreso autoriza a una Agencia a dictar “rules” porque se trata de áreas y problemas específicos que es imposible “solucionar” en todos los casos por medio de leyes, que no siempre pueden imponer un marco concreto. Pero a pesar de esto, el Congreso reserva para sí el control sobre dichas regulaciones, puesto que ha conferido a los expertos de la agencia todas las tareas importantes de la política pública en el sector. Este control tiene las siguientes dimensiones:²⁶²

En primer lugar, hay que enfatizar que se ha establecido el veto legislativo²⁶³ que es un instrumento básico para el control del Congreso²⁶⁴ (aunque hasta el momento no se han dado casos de veto sobre reglamentos de la FTC, lo que demuestra la eficacia de los demás métodos de control legislativo). Conviene recordar, que las agencias promueven políticas públicas básicas y una gran parte de sus reglamentos se aprueban a través de un procedimiento simplificado, llamado “informal rulemaking” y esto lleva a la necesidad de un control rígido por el Congreso. Se ha de apuntar, que el año 1980, con las enmiendas de la FTC Act, se ha introducido el veto bicameral (de las dos cámaras)²⁶⁵ que presupone un aumento del control legislativo sobre la FTC.

En segundo lugar, se deberían recordar las posibilidades del Congreso de adoptar leyes²⁶⁶ (statutes) que pueden tener los mismos objetivos de los reglamentos pero con superior rango normativo. De este modo se pueden prevenir amenazas de sobrepasar ciertos límites y de intentar evitar la consecución de los objetivos tasados por

²⁶¹ Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit., p.31, citando a Davis&Pierce “Administrative Law Treatise”.

²⁶² Algunos de estos aspectos están analizados detalladamente por Kerwin, K.M. “Rulemaking:.....”, op.cit. p.32.

²⁶³ En relación con esta forma de control, la sentencia más citada en la doctrina, confirmando dicha forma de control es INS v. Chadha, 462 U.S.919(1983).

²⁶⁴ Sobre el veto legislativo ver Bruff&Gellhorn “Congressional Control of Administrative Regulation: a Study of Legislative Vetos”, 90 Harv.L.Rev.1369(1977);Korn, J. “The Power of Separation: American Constitutionalism and the Myth of Legislative Veto”, cit. en “A Guide to Federal Agency Rulemaking”, disponible en [http:// www.abanet.org/adminlaw/conference/2003](http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003) .

²⁶⁵ Kinter, E., Smith, C. y Goldston, D. “The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission’s Rulemaking and Enforcement Authority”, 58 Wash. U.L.Q.847(1980).

los statutes. Ejemplos de leyes, por medio de que el Congreso controla el proceso de rulemaking son Paperwork Reduction Act, Regulatory Flexibility Act, etc... Entre las mismas es importante citar la Congressional Review Act del año 1996 (5U.S.C. (801-808), que introduce un mecanismo, mediante el que el Congreso revisa todos los reglamentos que se van a aprobar por las agencias. Las agencias se obligan a presentar el acto normativo en cualquier cámara del Congreso y ante el Controller General, junto con un informe de evaluación, que describe el acto y fijando la fecha de su entrada en vigor. Con esta ley se ha perseguido el objetivo de una revisión efectiva, responsable y rápida de las actividades de las agencias, aunque se han presentado varias críticas²⁶⁷.

“Limitar” la discrecionalidad: La mejor manera para el control por parte del Congreso es limitar la discrecionalidad de las Agencias en la elaboración de reglamentos, porque el Congreso es el que define el alcance de las funciones de la FTC. Se tienen que recordar los argumentos y afirmaciones de K.C. Davis en este sentido: “nuestros... sistemas están saturados de discrecionalidad excesiva que debe de ser limitada, estructurada y equilibrada”²⁶⁸, según el mismo autor los cuerpos legislativos tienen que hacer más en cuanto al control sobre la discrecionalidad administrativa.

La importancia del procedimiento: Siempre se ha puesto énfasis en la importancia del procedimiento para dictar reglamentos; Como se trata de objetivos relacionados siempre con los intereses particulares y políticos, es evidente que las garantías de un procedimiento estricto son importantes y necesarias²⁶⁹. Se imponen exigencias de participación pública, de análisis para la elaboración de los reglamentos y establecimiento de criterios específicos con el propósito de imponer ciertos estándares.

Deadlines (plazos) y hammers: Otro método para limitar la discrecionalidad en la elaboración de normas es el establecimiento de plazos para esta actividad y

²⁶⁶ Ver “A Guide to Federal Agency Rulemaking”, disponible en <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003>.

²⁶⁷ Ver Rosenberg, M. “Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assessment and Proposal for Reform”, 51 Adm. L. Rev. 1051(1999).

²⁶⁸ Davis, K. C. y Pierce, R. op. cit., vol. III, p. 97 y ss. “our... systems are saturated with excessive discretionary power which needs to be confined, structured and checked”, Davis, Kenneth Culp, “Discretionary Justice”, University of Illinois Press, 1969, p. 27;

²⁶⁹ Para el caso de la FTC se puede consultar “A Guide to Federal Agency Rulemaking”, disponible en <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003>.

“hammers”²⁷⁰ que son cláusulas especiales en las leyes que entran en vigor y tienen efecto inmediato desde una fecha determinada en caso de que una Agencia no dicte una regulación.

La financiación: Se trata de financiación de los proyectos de una determinada política pública en caso de que se impone una regulación. De este modo la financiación es un estímulo para elaborar reglamentos bajo el marco, impuesto por el Congreso²⁷¹.

Los métodos tradicionales de control del Congreso: desde las preguntas e interpelaciones hasta la investigación completa (ful-blown investigation), acompañada por vistas e informes del General Accounting Office. La investigación se realiza generalmente por los committees del Congreso. Desde la aprobación del FTC Improvement's Act del año 1980 este control se hace más intenso, porque dicha ley prevé una revisión semanal sobre las actividades de la FTC por el Senate Commerce Committee²⁷².

Los contactos informales entre la agencia y los representantes del Congreso son también un método de control eficaz, porque contribuyen a una aceptación más definida de los objetivos que se tienen que perseguir por la agencia a través del rulemaking²⁷³. Este medio de control se relaciona directamente con el “lobbying” y con las críticas de las interferencias en las facultades de las agencias²⁷⁴.

Se puede poner énfasis asimismo en un problema que es interesante para otro análisis más profundo: se trata de la relación principal-agente (principal-agent relation) en el proceso de elaboración y control de los reglamentos. Kerwin expone dos teorías de la relación Congreso-cuerpos administrativos: la “posesión” de información detallada en cuanto la regulación del sector hace de los cuerpos administrativos “el principal” en dicha relación; la segunda teoría insiste en la posición de “agentes” que siempre ocupan

²⁷⁰ Shapiro, S. “Congress: New Direction in Administrative Law” 13 Adm.L.News, Spring, 1988.

²⁷¹ Sargentich, T. “In Defense of Congressional Review of Rules”, <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003> considera, que la financiación es una de las formas más importantes de control del Congreso; Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 222.

²⁷² Kinter, E., Smith, C. y Goldston, D. “The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission's Rulemaking and Enforcement Authority”, 58 Wash. U.L.Q.847(1980).

²⁷³ Ver Sierra Club v. Costle, 657 F.2d 298(D.C.Cir. 1981).

los administradores, a pesar de que a ellos está conferida una importante tarea política y normativa²⁷⁵. Desde estos dos puntos de vista sería importante observar la tarea de control del Congreso sobre la potestad normativa, de la Federal Trade Commission en nuestro caso.

En resumen se puede enfatizar sobre la observación que el control legislativo sobre los reglamentos de la FTC es amplio y multidimensional. La intensidad de este control aumenta cada vez más y a veces existe desacuerdo entre el Congreso y el Presidente sobre su alcance²⁷⁶. Este control es uno de los instrumentos más importantes para el funcionamiento eficaz de la agencia, pero alguna vez se ha señalado²⁷⁷ que es, al mismo tiempo, un remedio decisivo para la obstrucción de varios objetivos por los oponentes de la agencia.

3.4.2. Control Presidencial.

Existe también un control presidencial que incluye, en síntesis, revisión de una propuesta de regulación, revisión del reglamento aprobado y la revisión del efecto del reglamento²⁷⁸.

El año 1978²⁷⁹, con la Executive Order 12044 el Presidente Carter introdujo varias formas de control sobre los reglamentos y una de las razones era la falta de coordinación entre las agencias en sus funciones normativas²⁸⁰. Se creó el Grupo de Control Analítico de las Regulaciones- Regulatory Analysis Review Group (RARG), presidido por el Consejo de Asesores Económicos (Council of Economic Advisers) y con representación de las mismas agencias. El objetivo del citado Consejo fue aprobar la calidad de los análisis en los que estaban basadas las regulaciones, identificar e intentar dar respuestas a varios problemas, analizando los costes de las propuestas de regulación.

Con la misma Executive Order 12044 se creó también la Office of Management and Budget (OMB) con el propósito de revisar los reglamentos y de controlar si sus objetivos encajan con los objetivos fijados en la Executive Order 12044. A pesar de que

²⁷⁴ Ver Sargentich, T., nota 273.

²⁷⁵ Ver Kerwin, K., p. 220, nota 273.

²⁷⁶ Prohl, P. "Congressional Control of Agency Rulemaking", 14 L.J.&Pol.1(1998), señalando, que tal desacuerdo se ha manifestado en tiempos de Clinton.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ En general ver Davis, K.C. "Presidential Control of Rulemaking", 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982).

²⁷⁹ La idea del control presidencial sobre el rulemaking ha surgido mucho antes, en el año 1952, cuando se ha propuesto que el Presidente tenga la facultad de dirigir directivas a las agencias. En este sentido ver Bruff, H. "Presidential Power and Administrative Rulemaking", 88 Yale L.J.45, 1979.

la Office of Management and Budget no tenía atribuida la competencia de reemplazar o modificar los reglamentos, estaba obligada de informar al Presidente sobre las actividades de regulación de las Agencias²⁸¹ y si se seguían los objetivos, establecidos en la Executive Order 12044. Poco a poco la OMB se ha convertido en una institución central del Ejecutivo.

Son cinco los principios de revisión de los reglamentos, establecidos en la época de Carter:

- 1) Control de la política de las agencias.
- 2) Participación pública en su elaboración.
- 3) Análisis de las regulaciones.
- 4) Eliminación de reglamentos o disposiciones normativas no necesarios en relación con las circunstancias y cambios de condiciones, revisión de la eficacia y efectividad de los reglamentos existentes: un método de control, llamado “sunset review”.
- 5) El así llamado “plan English”: hacer los reglamentos más accesibles para los que más los necesitan²⁸².

En los tiempos de Reagan fue adoptada la Executive Order 12291(1981)²⁸³, que establece un plazo de 60 días de moratorium sobre los nuevos reglamentos. Se introdujo también la obligación de análisis de los costes y beneficios de los nuevos reglamentos; la exigencia de que todas las regulaciones deben de responder al “net-benefit criteria”²⁸⁴ y revisión de todos los actos normativos finales y, asimismo, las propuestas de actos normativos - por parte de la Office of Management and Budget(y, simultáneamente por la Office of Information and Regulatory Affairs)²⁸⁵. De este modo Reagan impuso unas medidas de control sobre el proceso normativo de las Agencias²⁸⁶ que eran mucho más

²⁸⁰ Ver Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.163- 170.

²⁸¹ En la época de Carter el control de la OMB se extendía exclusivamente sobre las Agencias Ejecutivas, aunque más tarde algunas agencias independientes se han empezado a someter voluntariamente al control de la OMB, cumpliendo todos los requisitos de dicho control. En la época de Clinton se ha adoptado otro acto- clave en relación con el control de la OMB- la Executive Order 12866, en cuyo alcance entran todas las agencias independientes.

²⁸² Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 123.

²⁸³ Vease comentario en Breyer&Stewart “Administrative law...”, p.136; Kohen “A Flight Over Independence”, National J., Dec.31, 1997.

²⁸⁴ Se trata del criterio de “beneficio neto”, es decir, un beneficio para la sociedad que sería mayor que cualquier beneficio establecido por una regulación alternativa.

²⁸⁵ Ver asimismo la Executive Order 12 489 del año 1985.

²⁸⁶ Para un análisis más explícito: Rosenberg, M. “Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency Rulemaking Under Executive Order 12 291”, Mich. L.Rev.193(1981- 1982).

estrictas que las de los tiempos de Carter. El Presidente Reagan creó también el Vice President's Task Force on Regulatory Relief al que pasaron las funciones del Regulatory Council, creado por Carter. De este modo dicho órgano ocupó un lugar secundario en el control sobre las regulaciones²⁸⁷.

El control total, introducido en tiempos de Reagan sobre el proceso de rulemaking, ha recibido varias críticas, algunas de las cuales han sido: la reducción de la discrecionalidad de las agencias, el retraso en la realización de sus actividades, su utilización para propósitos "no gubernamentales", eliminación de las conclusiones y valoraciones, hechos por expertos²⁸⁸. Desde otra perspectiva, los partidarios de la doctrina del Ejecutivo unitario ("unitary executive" thesis) respaldan todas estas intervenciones del Presidente²⁸⁹.

Durante el mandato de Bush el Vice President's Task Force on Regulatory Relief fue nombrado Council of Competitiveness (1991) con funciones relacionadas sobre todo con la revisión de los reglamentos y actuando como un órgano revisor super-Office of Management and Budget. Se trata de un órgano, compuesto por representantes de las grandes empresas, que han hecho varios intentos de modificar reglamentos de las agencias con el propósito de proteger la competencia fuera de las fronteras de los EE.UU.²⁹⁰.

Durante el mandato de Clinton la revisión por parte de la Office of Management and Budget sobre los reglamentos se ha limitado a los actos normativos importantes – significant rules. Las normas significativas se definen como normas que tienen efecto directo sobre la economía, el presupuesto, que son contradictorias con otras normas del mismo rango normativo o que abarcan nuevos problemas legales o políticos (Executive Order 12866). Este control se ha establecido expresamente para todas las agencias. Por estos dos motivos que afectan el alcance de los actos normativos, se puede concluir que el control presidencial de la actividad normativa de las agencias (teniendo en cuenta la

²⁸⁷ Kerwin, K. M. "Rulemaking: how government agencies write law and make policy", op. cit., p. 125;

²⁸⁸ Rosenberg, M. "Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assessment and Proposal for Reform", 51 Adm. L. Rev. 1051(1999).

²⁸⁹ Farina, S. "Undoing the New Deal through New Presidentialism", 22 Harv. J.L. & Publ. Po. 227(1998); Rosenberg, M. "Congress's Prerogative over Agencies and Agency Decisionmaker: the Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive", 57 Geo. Wash. Rev. 627(1988- 1989).

²⁹⁰ Fox, W. "Understanding...", op.cit., p.165; Bruff, H. "Presidential Management of Agency Rulemaking", 57 Geo. Wash. L. Rev. 533(1989).

importancia de los reglamentos sustantivos, adoptados por el FTC) se ha incrementado considerablemente.

La revisión de los actos normativos finales de la agencia, en palabras de algunos críticos, contribuye a una acumulación excesiva de poderes en la OMB, convirtiéndola en Super-agencia y estos poderes no le han sido otorgados por el Congreso en el momento de su creación. De este modo se establece un control intenso sobre las políticas públicas, promovidas por las agencias, pero además, se trasladan intentos de capturas de las agencias a funcionarios de la OMB. En la opinión de varios autores esto podría llevar a un entorpecimiento del proceso independiente de creación de normas por las agencias²⁹¹.

En relación con estas críticas en la teoría norteamericana existe una discusión sobre la justificación del control presidencial sobre los reglamentos. En oposición de estas críticas se considera que el Presidente es elegido por todos los ciudadanos y, en tal caso, puede ejercer una “macromanagement” de las políticas públicas. El Presidente puede lograr la coordinación en la elaboración de los reglamentos, a pesar de que existen limitaciones sobre la calidad y cantidad de información disponible, sobre todo cuando se trata del efecto futuro de las regulaciones. En la doctrina se ha sostenido la tesis, que el Presidente está mejor situado²⁹² para establecer las prioridades de las agencias y cuando se presente un caso de vaguedad o indecisión, es conveniente la expansión de sus funciones y su presencia política está legitimada. Así, el Presidente, como responsable de la organización y supervisión de las agencias, a través del control sobre el rulemaking, establece el balance entre los objetivos de las agencias en general y entre los objetivos de cada una de ellas, lo que es importante en relación con la política de competencia; distribuye los recursos de las agencias y resuelve conflictos de competencias.

3.4.3. El control judicial sobre los reglamentos.

El control judicial sobre los reglamentos en general es la forma más estricta de demostrar la legalidad o ilegalidad de los actos normativos dictados por una Agencia. Mientras que el control del Congreso y del Presidente es un control político, un control

²⁹¹ En este sentido ver Bruff “Presidential Power and Administrative Rulemaking”, 88 Yale L.J.451(1979); Olson, G. “The Quiet Shift of Power: OMB Supervision of EPA Rulemaking under Order 12 291”, 4 Va.J.Nat.Resources L.1(1984).

²⁹² Rosenberg, M. “Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assessment and Proposal for Reform”, 51 Adm. L. Rev. 1051(1999).

de los objetivos perseguidos y logrados por un acto normativo, el control judicial sobre los reglamentos es más complejo. Se trata de una revisión de si el acto normativo encaja con los principios, las disposiciones constitucionales y con lo establecido en las leyes, aunque no se debe olvidar que los jueces también tienen su filosofía política y sus ideas sobre la economía, la eficiencia y el bienestar.

Será de gran interés esbozar las dos visiones contrapuestas sobre el control judicial de los reglamentos²⁹³.

En primer lugar, en la era del “public interest”, como afirma Comella Dorda, un activismo judicial empleó la interpretación legal para la protección de amplios grupos sociales. De este modo las omisiones o ambigüedades de las normas fueron interpretadas como permisivas de un control intensivo por parte de los tribunales sobre la actuación de las agencias.

En la era de la “public choice” la preocupación se ha desplazado hacia un modelo de representaciones de intereses. Easterbrook²⁹⁴ ha estudiado la evolución ideológica del Tribunal Supremo de los EE.UU., que supone un cambio de la ideología de “public interest” a la ideología de “public choice”. En la primera ideología un lugar central ocupa la preocupación por la reparación de determinadas situaciones perjudiciales para la sociedad (que se acepta como objetivo de la ley) y la identificación de las actividades, que conduzcan a estos objetivos (en nuestro caso, las prácticas anticompetitivas). A partir de esto, el texto de la ley será interpretado de modo finalista, quedando bajo su cobertura toda la gama de actuaciones, que conduzcan a dichos resultados. No se llevará a cabo una interpretación literal de la norma y las vaguedades u omisiones serán cubiertas por el texto legal, siempre que contribuyan a la consecución del objetivo, establecido en la ley.

A contrapeso de esta doctrina, el enfoque de “public choice” interpreta la ley como el contrato, resultante de un proceso negociador entre grupos de intereses y, en consecuencia, lo que no este incluido en el contrato- ley de forma expresa no existe, puesto que las partes no han llegado a acuerdo alguno sobre dicho punto. Lo que es esencial para este enfoque es si lo que se pretende es el conjunto de intereses que han promovido la aprobación de la ley (la Sherman, Clayton o la FTC Act) o determinar qué intereses deben ser favorecidos con su aplicación. A partir de aquí debe decidirse cómo

²⁹³ Que están analizadas detalladamente por Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit., p.43.

²⁹⁴ Easterbrook, F. “The Supreme Court 1983: Foreword : the Court and The Economic System”, 98 Harv.L.Rev.4(1984), cit. por Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit.

interpretar los hechos y normas, dado que la interpretación presupone una redistribución de poder.

3.4.3.1. Jurisdicción:

La revisión de los Trade Regulation Rules se efectúa por los juzgados de apelación²⁹⁵ del distrito donde reside el recurrente o donde tiene su negocio, en plazo de 60 días después de la promulgación²⁹⁶. – 15 USC § 57 a (e) (1) (A) (1994).

3.4.3.2. Legitimación:

Tiene legitimación la persona interesada (“any interested person”) – Subsection 18 (e) Federal Trade Commission Act – 15 USC § 57 a (e) (1) (A)²⁹⁷. Esta definición incluye los consumidores y usuarios.

3.4.3.3. Poderes del juzgado y alcance del control judicial sobre los actos normativos de la Federal Trade Commission :

La exigencia de “finality” en caso de los rules está ligada a la publicación del Reglamento en el Registro Federal, cuando están agotados todos los remedios administrativos para su anulación o modificación- 15 USC 57(a)²⁹⁸.

El acto normativo puede ser revocado cuando no se soporta por las pruebas sustanciales (incluida la información relevante para su aprobación) ; cuando no se ha permitido al recurrente hacer contrainterrogaciones (cross-examinations) o refutaciones en el procedimiento de elaboración del reglamento, o en caso de que el reglamento o el procedimiento para su aprobación limita las contrainterrogaciones (cross-examinations) o refutaciones.- 15 USC 57a(e)(3)(A) y 15 USC57a(e)(3)(B) en relación con 15 USC 57a(c) .

²⁹⁵ El sistema federal de juzgados incluye 3 niveles: los juzgados de distrito, los juzgados de apelación y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Cada uno de estos niveles tiene su lugar en la resolución de conflictos, pero los actos normativos de las Agencias son objeto de control por los juzgados de apelación como primera instancia o por el Tribunal Supremo. En la facultad de creación de normas es muy importante destacar que las decisiones de los juzgados de apelación establecen precedentes para sus regiones correspondientes y las decisiones del Tribunal Supremo establecen precedentes para todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica.

²⁹⁶ Mono –Therm Indus.v. FTC, 653 F.2d1373(10th Cir.1981).

²⁹⁷ Ver Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.636.

²⁹⁸ Por ejemplo Texaco, Inc. v FTC, 393 U.S.223(1968).

En estos supuestos el juzgado puede revocar el reglamento solamente en caso de que por las tres causas citadas no se permita la investigación de los hechos que será necesaria para la determinación justa del proceso de creación de normas por la Federal Trade Commission.

Además, en la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) existen otras 4 causas para revocar el acto normativo – 5 USC § 706 (2) (A) – (D) (1994):

- a) Cuando es arbitrario, “caprichoso”, cuando existe “abuso de discrecionalidad” o cuando es ilegal.
- b) Cuando es contrario a un derecho constitucional.
- c) Cuando existe exceso de competencia – es decir está dictado fuera de las competencias de la Federal Trade Commission.
- d) Cuando no está dictado de acuerdo con el procedimiento establecido²⁹⁹.

Igual que en el caso de los actos singulares (la Sec. 706 Administrative Procedure Act) se prevé que la agencia sea obligada a dictar reglamento por inactividad o por retraso irrazonable. En las leyes, en la mayoría de los supuestos se establecen plazos y en este caso para el juez es más fácil intervenir; pero si la legislación no establece unas exigencias claras respecto a los plazos de aprobación de un reglamento por la Comisión, el juez tiene que decidir si existe o no un retraso.

Se da también otra forma de control por parte de los juzgados federales: se puede revisar la elección de la Federal Trade Commission entre adjudication y rulemaking, así que la discrecionalidad de la Comisión en este sentido tiene 4 límites:

- proceso debido (due process).
- abuso de discrecionalidad: Ford Motor Co. v. Federal Trade Commission, 673 F.2d 1008, 1010 (9th Cir. 1981). En este caso la elección del acto singular por parte de la Federal Trade Commission es vista por el juzgado como abuso de discrecionalidad.
- incongruencia con la Ley.

²⁹⁹ Este supuesto es uno de los más frecuentes: ver America Nat'l Standards Inst. v. FTC, 1982- 1 Trade Cas(CCH) 64,517(D.D.C.1982), en que el tribunal deniega la revisión de un reglamento antes de su promulgación.

- Infracción de los requisitos procedimentales del Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo).

Se puede concluir que, como el Parlamento ha conferido a la FTC importantes poderes normativos, se ha establecido un equilibrio eficaz entre el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial para controlar su tarea legislativa. La base del control judicial sobre los reglamentos, aprobados por las agencias es el principio de separación de poderes: como ya se ha señalado, las agencias ejercen simultáneamente funciones, propias para los tres poderes públicos. De este modo el control judicial, sobre todo, el control sobre las funciones normativas significa un control de esta concentración de funciones en las agencias independientes y este control es necesario para prevenir la arbitrariedad. En la doctrina se ha afirmado³⁰⁰, que únicamente el control judicial sobre la actividad normativa de las agencias (incluida la FTC) puede ser un control eficaz, porque las agencias se consideran parte del Ejecutivo, que por esta razón no puede efectuar una revisión neutral y han sido creadas por el Parlamento, que por esta razón tampoco puede ser un revisor neutral (además, ejerciendo la facultad normativa, las agencias ejercen el poder legislativo, delegado por el Congreso). Así la revisión judicial de los reglamentos de la agencia es el remedio que se ajusta más al principio de separación de poderes.

4. LEYES QUE SE APLICAN POR LA FEDERAL TRADE COMISIÓN EN CUMPLIMIENTO DE SUS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN, ADJUDICATION Y RULEMAKING.

Después de la investigación, en caso de que se considere que existe “reason to believe” (razón justificada) que la Ley está infringida, la Federal Trade Commission puede aplicar las leyes antitrust (y también las normas de protección de los consumidores y usuarios que no están en relación con el objeto del presente trabajo).

¿Cuáles son las leyes objeto de aplicación por parte de la Federal Trade Commission?

³⁰⁰ Note, “Judicial Review of Agency Rulemaking”, 14 Ga L.Rev.300(1979-80).

La Federal Trade Commission está obligada a pronunciarse sobre las prácticas que infringen las Sherman, Clayton o Robinson-Patman Act o sobre otras prácticas (que no infringen las citadas leyes, pero infringen la Federal Trade Commission Act). En los dos casos se aplica la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act como derecho antitrust (la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act se aplica también para los procedimientos de protección de los consumidores y usuarios que no son objeto del presente trabajo).

1. Aplicación de las Leyes Sherman, Clayton (15 USC 12-27, 99 (1994), 29 USC 52-53 (1994)) y Robinson-Patman (15 USC 13-13b, 21.a (1994)). Las conductas prohibidas por la Clayton Act o la Robinson-Patman Act pueden ser declaradas ilegales por la Federal Trade Commission tanto aplicando dichas leyes, como también por medio de la aplicación de la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act. En cuanto la Sherman Act, a pesar de que la Comisión no está autorizada a aplicarla directamente, puede proceder bajo la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act contra conductas que infringen la Sherman Act. Así el alcance de la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act³⁰¹ es más amplio que el de la combinación de la Sherman, Clayton y Robinson-Patman Act.

2. Aplicación de la Sección 5 de la Federal Trade Commission Act³⁰² en conductas que no infringen las Sherman, Clayton o Robinson-Patman Act.

En la famosa sentencia *Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchison Co.* (405 US 233 (1972)) el Tribunal Supremo ha subrayado que la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act autoriza a la Comisión para “definir y declarar como prácticas anticompetitivas ilegales también las prácticas que no infringen la letra o el espíritu de las leyes antitrust”³⁰³. La conclusión del Tribunal Supremo es que la Comisión, aplicando la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act tiene autoridad similar a un

³⁰¹ *Federal Trade Commission v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 US 392 (1953), ver asimismo *FTC v. Beech Nut Co.*, 257 US 441.

³⁰² En este sentido ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.79 y 790- 792 y Seplaki, L. “Antitrust...”, op.cit., p.25.

³⁰³ “to define and proscribe an unfair competitive practice even though the practice does not infringe either the letter or the spirit of the antitrust laws”, doctrina confirmada con otra sentencia del Tribunal Supremo: *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* (476 US 447, 454 (1986)): “the standard of “unfairness” under the Federal Trade Commission Act is, by necessity, and elusive one,

juzgado para tomar en consideración el interés público que a veces está más allá de la letra o espíritu de las leyes. El Alto Tribunal (en otra sentencia)³⁰⁴ ha afirmado que la Federal Trade Commission Act se ha aprobado para cumplir funciones supletorias de las Sherman y Clayton Act y, en este sentido, se puede justificar la intervención de la Federal Trade Commission fuera de los supuestos previstos en dichas leyes.

En un principio la Federal Trade Commission aplicaba la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act a prácticas que tenían las mismas características que las previstas en la Sherman³⁰⁵, Clayton o Robinson-Patman Act, pero por alguna razón no estaban prohibidas por dichas leyes. En estos casos no había un efecto anticompetitivo de elevada gravedad. Los más recientes intentos para extender la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act fuera de los límites, establecidos en la Sherman, Clayton o Robinson-Patman Act ha tenido menos éxito. En muchos casos ha sido difícil comprobar los efectos anticompetitivos. Otras decisiones han sido revocadas por los juzgados, porque la Comisión no ha hecho una distinción clara entre conductas “legales” e “ilegales”³⁰⁶.

Se podría hacer un resumen de las leyes antitrust aplicadas por la Federal Trade Commission :

?? Sec 5. de la Federal Trade Commission Act que prohíbe las prácticas anticompetitivas.³⁰⁷

?? Sec. 1 de la Sherman Act que declara ilegal “todo contrato, combinación..., conspiración que restringe el comercio”.³⁰⁸

?? Sec. 2 de la Sherman Act que declara ilegal lo de “monopolizar o los intentos a monopolizar” el mercado o el comercio³⁰⁹.

encompassing not only practices that violate the Sherman Act and the other antitrust laws, but also practices that the Commission determines are against public policy for other reasons”.

³⁰⁴ American News Co. v. Federal Trade Commission, 300 F.2d 104, 108, 371 US, 824.

³⁰⁵ Un ejemplo clásico es la sentencia FTC v. Cement Inst., 333 U.S.683(1948).

³⁰⁶ Sobre este tema Angland, J. (dir) “Antitrust ...”, op. cit., p. 556-558.

³⁰⁷ “unfair methods of competition”.

³⁰⁸ “every contract, combination..., or conspiracy, in restran of trade”.

³⁰⁹ “monopolize or attempt to monopolize” trade or commerce.

- ?? Sec. 7 de la Clayton Act, que prohíbe las fusiones y adquisiciones cuyo efecto “ puede disminuir sustancialmente la competencia, o llevar a la creación de un monopolio”³¹⁰.
- ?? Sec. 7^a de la Clayton Act (que se ha añadido el año 1976 por el Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act) que exige que las empresas notifiquen a las Agencias sus acuerdos para realizar futuras fusiones.
- ?? Otras disposiciones de la Clayton Act, incluida la Robinson-Patman Act que prohíbe ciertas formas de discriminación de precios; la Sec. 3 de la Clayton Act que prohíbe varios tipos de acuerdos exclusivos y Sec. 8 de la Clayton Act que prohíbe los “interlocking directorates and officers”, es decir cuando ciertas personas desempeñan el cargo de directores en los consejos de dirección de dos o más compañías competitivas a la vez (ver Anexo N° 2)³¹¹
- ?? La FTC tiene atribuidas facultades para aplicar asimismo varias disposiciones del derecho de la defensa de los consumidores y usuarios como la Truth – in – Lending Act, la Fair Credit Reporting Act, la Fair Packaging and Labeling Act, etc...

Después de hacer este breve resumen, se ha de constatar, que el alcance de la interpretación normativa de la FTC es muy amplio. El Congreso ha conferido a la agencia poderes ejecutivos multidimensionales, reforzando la amplia discrecionalidad de este órgano por medio de la Sec.5 de la FTC Act.

5. LA FEDERAL TRADE COMMISSION Y SU PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES (LITIGATING AUTHORITY)

La Comisión es una autoridad independiente asimismo en el sentido que puede participar en juicios en su nombre y mediante funcionarios suyos.

Excepto disposiciones legales en sentido contrario, el Attorney General es responsable de participar en todos los juicios de los cuales las agencias son parte (28

³¹⁰ “may be substantially to lessen competition, or to tend to created a monopoly”.

USC 516). La Sec. 16 de la Federal Trade Commission Act (15 USC 56) autoriza a la Comisión a representarse a sí misma mediante attorneys propios en 4 casos: 1) solicitar mandatos judiciales en virtud de la Sec. 13 de la Federal Trade Commission Act, 15 USC 53; 2) Sec. 19 Federal Trade Commission Act en defensa de los consumidores y usuarios (15 USC 57b); 3) peticiones de revisión judicial de sus reglamentos u órdenes; 4) para ejecutar procedimientos de expropiación forzosa - Sec. 6 y 9 de la Federal Trade Commission Act (15 USC 46 y 49.3).

Además de estos cuatro casos en los que la Comisión puede automáticamente representarse a sí misma, la Sección 16 de la Federal Trade Commission Act prevé que la Comisión puede representarse a sí misma en cualquier proceso civil (civil action)³¹² según el mismo subtítulo en el caso de que el Attorney General no esté de acuerdo con el aviso en plazo de 45 días de la notificación - 15 USC56(a)(1). Esta disposición autoriza a la Federal Trade Commission a participar mediante sus attorneys en una gran variedad de procesos civiles que el Departamento de Justicia está dispuesto a litigar: se trata principalmente de procesos civiles para indemnización de daños y perjuicios en cumplimiento de la Sec. 5 (1) y 5 (m) de la Federal Trade Commission Act.

Otras normas regulan la representación ante el Tribunal Supremo: la Federal Trade Commission puede representar a sí misma ante el Tribunal Supremo en los casos expuestos en 15 USC 56 (a) (1) y (2) que se han analizado anteriormente - 15 USC 56 (a)(3) y también cuando la Federal Trade Commission autoriza al Solicitor General 60 días después del inicio del proceso y 10 días antes de la resolución y éste renuncia a representarla o no responde a la solicitud de representación.

³¹¹ Ver Shenefield, J. y Stelzer, I. "The Antitrust Laws:A Primer", op.cit., p.23.

³¹² La Federal Trade Commission Act autoriza a la Comisión de incoar proceso civil por indemnización de daños y perjuicios en dos supuestos: 1) la Sec. 5 (1) Federal Trade Commission Act (15 USC§45 (m) (1) (1994) – por violaciones de ordenes de cesación o desistimiento y 2) la Sec. 5 (m) autoriza a la Comisión de incoar proceso civil por violaciones de los Reglamentos de la Federal Trade Commission para prácticas previamente declaradas como desleales- 15 USC§45 (1) (m).

El juzgado debe de investigar si la parte tiene conocimiento actual o pueda tener conocimiento basándose en las circunstancias objetivas que dicho acto de competencia desleal está prohibido por el Reglamento- 15 USC§45(m) (1) (A) (1994).

En el primer caso el juzgado puede hacer sólo 2 tipos de determinaciones: de si la conducta del demandado ha sobrepasado la orden y la cantidad de la multa - FTC v. Sunkist Corwers [FTC Complaints § Orders –1983-1987 Transfer Binder) . La cantidad de la multa no puede sobrepasar 10.000\$ para cada infracción. En caso de violación continuada cada día más es tratado como violación separada 15 USC§45 (1)(c)(1994): Para determinar la cantidad final de la multa el juzgado debe considerar:

- El grado de la violación
- Otras conductas similares efectuadas por parte del infractor.
- Su solvencia económica.
- Su posibilidad de continuar su negocio después de pagar la multa ; otros requisitos.

6. OTRAS ACTIVIDADES Y FUNCIONES DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

6.1. Las recomendaciones y directrices.

Las partes en el proceso pueden solicitar recomendaciones (request advice) de la comisión (16 CFR 1.1-1.4 (1996)). Las recomendaciones formales pueden abarcar solamente cuestiones sustanciales o nuevas de hecho o derecho, o de interés público importante. Las partes pueden solicitar información (advisory opinions) sobre cualquier actividad propuesta por la Federal Trade Commission que no es hipotética, basándose en la investigación o procedimiento de la Comisión y en caso de que se requiere una investigación profundizada (16 CFR 1.1 (b) (1996)). La respuesta de la Federal Trade Commission por medio de recomendación (advisory opinion) no es vinculante³¹³ y no puede ser objeto de revisión judicial excepto en caso de necesidad excepcional o ilegalidad³¹⁴ porque se trata de una actividad discrecional de la Comisión.

La Federal Trade Commission ha propuesto recomendaciones³¹⁵ (advisory opinions) sobre fusiones, fijación de precios o autorizaciones. Las advisory opinions se publican , junto con una copia de la solicitud para la recomendación (16 FR 1.4 (1996)).

La Comisión puede reconsiderar y revocar la advisory opinion en cualquier momento, pero en caso que el solicitante ha actuado de buena fe de acuerdo con la recomendación, ha expuesto todos los hechos relevantes y ha dejado de ejercer la práctica después de la notificación , la Comisión no podrá demandar al mismo por los hechos que son objeto de la advisory opinion³¹⁶(16 CFR 1.3 (b) (1996)).

Las advisory opinions son una vía práctica para evitar infracciones y futuros procesos contra las empresas. De esta manera se introduce más seguridad jurídica para las empresas y confianza en las instituciones antitrust.

³¹³ U.S. v. New Orleans Chapter Assoc. Gen. Contractors. Of Am., 382 U.S. 17 (1965).

³¹⁴ Floersheim v. Weinberger, 346 F. Supp. 950 (D.D.C. 1972), aff'd in part, rev'd in part, and remanded on other grounds sub. nom. Floersheim v. Engman, 494 F.2d 949 (D.C. Cir. 1973).

³¹⁵ Neale A. D. "The Antitrust....", op.cit., p. 395; Areeda & Kaplow "Antitrust Analisis...", op.cit., p. 111; Angland, J. "Antitrust...", op.cit., p. 638.

6.2. Las guías para la industria (Industry Guides)

Como se ha puesto de relieve, las guías pueden tener relación con una industria concreta o prácticas específicas comunes para varias industrias (16 CFR 17-24, 228-260). Estos documentos de la Federal Trade Commission son destinados a informar sobre las actividades que la Comisión considere impropias para la economía de libre mercado con propósito de que los sujetos abandonen voluntaria- y simultáneamente dichas actividades(16 CFR 1.5 (1996)).

Las guías no tienen fuerza obligatoria (force of law)³¹⁷ o efecto vinculante³¹⁸, pero la Comisión puede empezar un procedimiento de oficio, por violación de las guías (16 CFR 1.5 (1996)): mediante las guías los agentes de mercado pueden averiguar cuál es el límite de sus acuerdos o prácticas.

Así, para la consecución de los objetivos de la política de defensa de la competencia, la FTC puede emplear medios más flexibles que los Trade Regulation Rules o las órdenes.

6.3. Los informes (statements) de la Federal Trade Commission.

La Federal Trade Commission informa a los empresarios en relación con las conductas y prácticas futuras en el mercado competitivo. Igual que los “industry guides”, los informes pueden ser dirigidos a una industria específica o a problemas de varias industrias (16 CFR 14.11, 14.12, 14.15, 14.17).A pesar de esto, los policy statements son más generalizados que las guías .Estos informes son muy útiles para los agentes de mercado, porque les ayudan para valorar sus conductas y abstenerse de algunas de ellas- en esta misma línea se pueden ofrecer como ejemplo los dos informes recientes- “Competition Policy, Patent Law and Innovation”, de 28 de sept. de 2005³¹⁹ y “Overview of Antitrust Action in Health Care Services and Products”, de 3 de octubre de 2005³²⁰.

³¹⁶ Dixon, P. “FTC Advisory Opinions”, 18 Adm. L. Rev.65(1965- 1966).

³¹⁷ Ash Grove Cement Co., 81 FTC 1021, 1051(1972), aff’d, 577 F.2d 1368, 1374(9th Cir.), cert. denied, 439 U.S.982(1978).

³¹⁸ AMREP v. FTC, 768 F.2d 1171(10th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S.1034(1986).

³¹⁹ Que se puede consultar en www.ftc.gov/speeches .

6.4. Abogacía de la competencia .

La Federal Trade Commission realiza una función de abogacía ante otras entidades reguladores federales (Securities and Exchange Comisión, Federal Communications Comisión, etc...), estatales o locales, siempre en relación con problemas de defensa de la competencia y protección de los consumidores y usuarios. Los textos y comentarios en relación con la citada actividad de la Federal Trade Commission se publican en la revista “Antitrust and Trade Regulation Report (BNA)” en el título “The Federal Trade Commission and Act – Intervention Program”. Dicho programa está criticado actualmente por su ineficacia y por la falta de coordinación, ya que se crean conflictos entre las instituciones lo que lleva a un alto grado de ineficacia de la regulación.

6.5. Defensa de los consumidores y usuarios.

La Federal Trade Commission realiza también otras actividades cuyo objetivo es la defensa de los consumidores y usuarios. Entre ellas se pueden destacar:

1) Garantías de los consumidores y usuarios: la Federal Trade Commission proporciona información sobre la calidad de los productos, los plazos de caducidad de los mismos, etc. ...(Magnuson-Moss Warranty Act),

2) Regulación del etiquetado: para facilitar la información al consumidor y usuario sobre la calidad de los productos para que el consumidor elija el mejor producto en el mercado – 16 CFR pt. 500.

3)Regulación de los créditos³²¹.

³²⁰ www.ftc.gov/bc/051 .

³²¹en aplicación de Federal Trade Commission Act; Consumer Credit Protection Act (15 USC §§ 601-1693(1994)), modificado en Pub. I, No. 104-29, 109 Stat. 271 (1995); Federal Reserve Board Regulations, Fair Credit Billing Act (15 USC § 1666 – 1666 j (1994)), Consumer Leasing Act (15 USC § 1667-1667 j (1994)) con la Regulation M 2 CFR pt. 213, Fair Credit Reporting Act 15 USC § 1681-1681 t (1994), Equal Credit Opportunity Act – 15 USC § 1691-1691 F (1994), Fair Debt Collection practices Act – 15 USC § 1692 – 1692-16920, Electronic Fund Transfer Act – 15 USC § 1692 k (1994).

6.6. Actividad internacional.

La FTC(y la Antitrust Division) están autorizadas para aplicar el derecho antitrust estadounidense para prevenir conductas fuera de las fronteras de los Estados Unidos, cuando estas conductas afectan a los consumidores en los Estados Unidos³²² o las exportaciones de los Estados Unidos.³²³ En este sentido ha sido elaborada la Internacional Antitrust Enforcement Assistance Act(1994), que trata la asistencia de autoridades extranjeras a la FTC, por medio de intercambio de información confidencial, búsqueda de pruebas, etc... y la Antitrust Enforcement Guidelines for Internacional Operations(1995). Además en esta área de cooperación internacional los Estados Unidos han firmado acuerdos bilaterales con Alemania(1982), Francia(1984), la Unión Europea(1991). En este sentido asimismo es importante la participación de los Estados Unidos, por medio de sus instituciones antitrust, en el proyecto de Ley Internacional de Defensa de la Competencia que se va a realizar por medio de un acuerdo multilateral en la Organización Mundial del Comercio.³²⁴

En el derecho norteamericano se dan dos conceptos contradictorios respecto a la competencia de las autoridades de los Estados Unidos en el derecho antitrust.³²⁵ Se distinguen la teoría de la aplicación estrictamente territorial de las leyes antitrust – defendida por el juez Holmes en la sentencia *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S.347(1909) y la teoría según la cual el efecto es parte del acto criminal y que teniendo lugar el efecto dentro del territorio de los Estados Unidos, el acto mismo está dentro de su jurisdicción – postura defendida por el juez Hand en el asunto *ALCOA – United States v. Aluminium Company of America*, 148F.2d 416(2nd Cir.1945). En esta última sentencia el juez Hand afirma que la Sherman Act incluye en su ámbito los acuerdos internacionales y otros convenios en el sector del comercio, cuya intención fuese la restricción del comercio exterior de los Estados Unidos y que hubiesen restringido este comercio. Esta misma doctrina ha sido seguida desde el año 1945 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Conviene citar asimismo en este contexto ³²⁶

³²² Se afirma que se trata del interés de los consumidores no solamente en los EE.UU., sino en general, que las finalidades del derecho antitrust son las mismas y que el objetivo de la actividad internacional de las instituciones antitrust estadounidenses es promocionar la competencia y el bienestar del consumidor, porque las reglas y los abusos de mercado no conocen fronteras- en este sentido ver Oliver, D. “FTC Antitrust Policy in International Trade” en Hawk, B.(ed) “US and Common Market Antitrust Policies”, ed. Matthew Bender, New York, 1987, p.1.

³²³ Shenefield, J y Stelzer, I. “The Antitrust Laws...”, op.cit. pp.102 - 105.

³²⁴ Ver asimismo Ley-tipo de Defensa de la Competencia, UNCTAD, 2004.

³²⁵ Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, op.cit. p 118; ver asimismo Holmes, W. “Antitrust Law Handbook”, op.cit. pp.625-629.

³²⁶ Ver el comentario de Neale, A.D. “The Antitrust Laws...”, op.cit., pp.363- 364.

la sentencia *Timberlane Lumber Co.v.Bank of America*, 549 F.2d 597(9th Cir.1976), donde por primera vez es expresada la doctrina de la “jurisdictional rule of reason” que consiste esencialmente en la valoración y balance de los intereses de los EE.UU. y el interés extranjero.Fox³²⁷ considera, que no existe una doctrina de aplicación unánime, sino que siempre se considera el interés de los EE.UU. para cada caso concreto y de esta consideración depende la aplicación de dicha regla de razonabilidad³²⁸.Areeda&Kaplow enfatizan en que no se ha determinado hasta el momento el punto de partida para la solución en este tipo de asuntos³²⁹: se trata de balance entre una serie de factores, aunque el efecto sobre el comercio de los EE.UU.es la determinante³³⁰.

Sin duda alguna en aquel entonces no se podía tener una idea clara de la importancia que estos aspectos iban a tener en el futuro .Los cambios estructurales de los mercados a escala internacional llevaron a una formación progresiva de mercados oligopolísticos. El derecho antitrust tiene que afrontar nuevos excesos de poder de mercado y equilibrar estos poderes de mercado(que no siempre se pueden separar nítidamente del poder político)A veces estos poderes de mercado se manifiestan en territorios distintos y pueden tener efectos en varios estados. Hay que recordar que los mercados oligopolísticos raramente están representados exclusivamente por un número reducido de grandes empresas que compiten entre sí, sino que estas empresas incluyen en su “estrategia de mercado” otro número de empresas de menor dimensión que compiten entre sí.³³¹ Además, según Amato³³² las empresas oligopolísticas no tienen poder exclusivo, pero sí un poder mucho más grande en comparación con los monopolios, porque adoptan estrategias para subir precios(no como práctica paralela, sino seguidamente), desarrollan estrategias para división de los mercados en el plano internacional, etc...De este modo se puede crear un nuevo sistema de equilibrio de poderes, en otros niveles que se interpone a las reglas de mercado, establecidas por las leyes antitrust. En estas bases algunos juristas y economistas estadounidenses

³²⁷ Fox, E. “Extraterritoriality and Antitrust- is Reasonableness the Answer?”, en Hawk, B.(ed) “US and Common Market Antitrust Policies”, ed. Matthew Bender, New York, 1987, p.51 y ss.

³²⁸ Ver *Laker Airways v. Sabena*, 731 F.2d 909, 953-956(D.C. Cir.1984).

³²⁹ Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., pp.156- 166 ; ver asimismo Griffin, J. “Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Law”, 67 *Antitrust L.J.*(2000); McNeil, J. “”Extraterritorial Antitrust Jurisdiction:Continuing the Confusion in Policy, Law and Jurisdiction”, 28 *Cal.W. Int'l.L. J.* 425(1998) y Lowe, A. “Extraterritorial Jurisdiction: an Annotated Collection of Legal Materials”, 1983.

³³⁰ Uno de los casos recientes de la aplicación de la teoría del efecto es *U.S. v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F 3d1, 8-9(1st Cir. 1997), rev'g. 944 F. Supp.55(D.Mass.1996).

³³¹ Una explicación de este fenómeno en Petitbó Juan, A. “Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones”, en “Anuario de la competencia”2001, ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pp.45-75.

³³² Amato, G. “Antitrust and the Bounds of Power”, ed Hart Publishing,Oxford, 1997, pp.106-107.

encuentran la justificación de una estrategia antitrust a nivel internacional en la elaboración de la que participa activamente la FTC.

VI. LOS CONTROLES SOBRE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

1. CONTROLES INTERNOS.

La FTC es un órgano colegiado y las decisiones se toman por un quórum y mayoría determinados (tres comisarios).La pertenencia de no más de tres comisarios al mismo partido político, garantiza un mayor grado de control, evitando así decisiones conforme a una misma ideología política. Se considera que los órganos colegiados son menos vulnerables a las presiones políticas o privadas que un órgano monocrático³³³.Además, la colegialidad del órgano decisor es una garantía más de la racionalidad de las decisiones adoptadas.

2. CONTROLES EXTERNOS.

2.1.Control político.

Este control sobre la Federal Trade Commission y las agencias independientes en general está determinado por el principio de separación de poderes y por la forma de organización del Estado en relación con la misión de las agencias de determinar la política pública a seguir y elaborar los medios para conseguir los objetivos de dicha política³³⁴.La importante misión de la FTC como reguladora del grado de competencia en el mercado sitúa esta agencia en un lugar específico respecto al Congreso y al Presidente y determina el alcance del control de estas dos instituciones.

³³³ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”,op. cit., p. 120.

³³⁴ En este sentido en general, Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, op. cit.; Kerwin, K. M., “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit. ; Schwartz B.,

2.1.1. Control del Congreso.

Se trata de un control demasiado intenso³³⁵ y esto es posible porque aun sin existir previsión constitucional al respecto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido expresamente que corresponde al Congreso controlar la actividad administrativa³³⁶.

En primer lugar el Senado debe aprobar el nombramiento de la Comisión, efectuado por el Presidente, pudiendo controlar el Congreso sus actos y actividades, aprobar el presupuesto y reformar el régimen jurídico de la Agencia(incluso disolver la agencia).

Como se ha apuntado anteriormente en relación con el control sobre los reglamentos, los demás instrumentos de control son los instrumentos comunes: las preguntas, interpelaciones e investigaciones³³⁷ sobre un problema concreto. Existen comisiones permanentes o comités parlamentarios: la actividad de la Federal Trade Commission, como también de las otras Agencias Independientes está supervisada por 4 comités, 2 de los cuales supervisan las actividades normativas (uno en cada Cámara) y 2 controlan la actividad económico-presupuestaria (también uno en cada Cámara)³³⁸.

El lugar principal entre los controles parlamentarios sobre la actividad normativa lo ocupa el veto legislativo, que garantiza la subordinación de los programas de la FTC a la política del Congreso.

El control presupuestario por parte de los dos comités correspondientes se realiza a instancia del Controller General (el responsable de la fiscalización del gasto público), de cualquier comisión o diputado. Se supervisa no sólo el presupuesto, sino también el contenido de los proyectos en los que se ha invertido el dinero público³³⁹.

“Administrative Law”, op.cit.; Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit ;Moreno Molina, A.M., “Las aspectos institucionales de la defensa de la competencia”, op. cit.

³³⁵ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit., p. 122; McGrain v. Daigherty, 273 US 135 (1927).

³³⁶ *Ibíd.*

³³⁷ Se convocan a los responsables de la Comisión, funcionarios, ciudadanos y a expertos externos. El Congreso redacta informes o estudios sobre el problema concreto y proponiendo reformas en la organización de la Agencia.

³³⁸ Stewart, R. “La justicia administrativa en los Estados Unidos de Norteamérica” en Barnés, J. (ed.), “Breve introducción al sistema estadounidense de judicial review o control judicial de la actividad administrativa”, op. cit.

³³⁹ Sobre los métodos del control del Congreso: Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.40-44;Breyer&Stewart “Administrative Law and Regulatory Policy”, op.cit., p.92-93; Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.6; Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.10; Cushman, R. “The Independent Regulatory Commissions”, op.cit; Kerwin, K. “Rulemaking...”, op.cit., p.32; Kovacic, W.

Ultimamente en la doctrina se sostiene que la idea de las agencias como meras transmisoras de la voluntad legislativa es claramente errónea y no responde a la realidad de las difíciles decisiones redistributivas que deben efectuar. En consecuencia, es conveniente redefinir el esquema de relaciones entre el Legislativo y las agencias, tomando en consideración varios factores, como: la necesidad de cooperación entre los reguladores, los efectos indirectos de eliminación de la competencia, que suscitan algunas regulaciones, la necesidad de llegar a acuerdos con industrias con capacidades económicas y de innovación importantes, la ausencia de información suficiente³⁴⁰. En el caso de la FTC estos factores definen unas relaciones de control, pero asimismo de coordinación con el Congreso, para la consecución eficaz de los objetivos de las leyes antitrust.

2.1.2. Control Presidencial

Las Agencias Independientes en general no responden políticamente ante el Presidente: el Presidente no puede destituir ninguno de los comisarios excepto por las causas tasadas por la Ley³⁴¹. A pesar de esto, como se ha analizado anteriormente existen mecanismos de control ex ante, establecidos por el Presidente Carter y desarrollados en la Executive order (Decreto) 12 291 de 1981, Executive Order (Decreto) 12 498 de 1985 del Presidente Reagan y en el Decreto 12 866 del Presidente Clinton. En resumen se puede decir que se trata de mecanismos de control de los programas, llevados a cabo por las Agencias y de sus actos normativos³⁴² y este control es cada vez más intenso. En consecuencia, resulta que, de este modo, se introducen mecanismos de coordinación entre la política del Presidente y la política de la FTC, en nuestro caso. Este control se considera necesario en relación con la coordinación de objetivos en el Ejecutivo en general.

“Congress and the Federal Trade Commission”, 57 Antitrust L.J.869(1988) y “The FTC and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement”, 17 Tul.L.J.587(1981- 1982).

³⁴⁰ Ver Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit., p.43 y Stewart, R. “The Transformation of American Administrative Law”, 88Harv.L.Rev.1669(1975).

³⁴¹ *Humphrey’s Executor v.U.S.*, 295 U.S.602(1935).

³⁴² Kerwin, K. “Rulemaking...”, op.cit., p.123, Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.136; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.165; Bruff, H. “Presidential Management of Agency Rulemaking”, 57 Geo.Wash.L.Rev.533(1989) y “Presidential Power and Administrative Rulemaking”, 88 Yale L.J.451(1979); Olson, G. “The Quiet Shift of Power: OMB Supervision of EPA Rulemaking under Order 12 291”, 4 Va.J.Nat.Resources L.1(1984) ;Davis, K.C. “Presidential Control of Rulemaking”, 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982); Rosenberg, M. “Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency rulemaking under Executive Order 12 291”, Mich. L.Rev.193(1981- 1982).

Otros medios de control por parte del Presidente son: el poder de destitución del Director de la Federal Trade Commission, para lo que no se prevén causas tasadas y la facultad de revisión de los anteproyectos de presupuesto.

Según la opinión mayoritaria en la doctrina, la mayoría de los Presidentes han respetado la distancia “jefe del Ejecutivo”- Agencias Independientes.

2.2. Control judicial.

Antes ya se ha destacado la importancia del control judicial sobre los actos individuales y normativos de la Federal Trade Commission. Para generalizar se va a enfatizar en dos notas más en cuanto el alcance y los efectos de dicho control³⁴³. En primer lugar varios autores han insistido en el margen de discrecionalidad demasiado amplio con que se mueven las agencias, dictando decisiones y normas: de este modo el alcance del control jurisdiccional está limitado por un fenómeno típico de los Estados Unidos, porque los tribunales demuestran una especial “deferencia”³⁴⁴ con las decisiones tomadas por una Agencia- así, los juzgados revisan un pequeño número de actos de las agencias. Dicho fenómeno se explica en primer lugar por la complejidad técnica y carácter específico de las normas y los actos singulares dictados por la Federal Trade Commission, en nuestro caso. Se trata de actos y normas creadas por expertos en la materia, cuyos estudios e investigaciones son difíciles de revisar y reemplazar por los jueces, que en general no tienen los mismos conocimientos y especialización. Además en los Estados Unidos existe la tradición de no interferencia de los jueces en el Poder Ejecutivo – una interpretación formalista del principio de separación de poderes³⁴⁵. Existe la posibilidad de que, en caso contrario, la denuncia que lleve a una sentencia desfavorable para la FTC será seguida por miles de denuncias, atacando otros actos singulares y esto no es admisible por la misión específica de la agencia de promover una área importante de la política pública.

He enfatizado(en relación con el control sobre los reglamentos), que desde la perspectiva del principio de separación de poderes, los tribunales están “mejor

³⁴³ Sobre el tema se ha hecho una exposición detallada en general en: González García, J.V. “El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996 ; Cuchillo Foix, M. “Jueces y Administración en el federalismo norteamericano: el control jurisdiccional de la actuación administrativa”, ed. Civitas, Madrid, 1996.

³⁴⁴ En general: Breyer & Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.197; Lawson, G. “Federal...”, op.cit., pp.502- 505; Scalia, A. “Judicial Deference to Administrative Interpretations of law”, Duke L.J., 511(1989); Anthony, D. “Which Agency Interpretations Should Bind the Court”, 7 Yale J. on Reg. 1(1990); Starr “Judicial Review in the Post- Chevron Era”, 3 Yale J. on Reg. 283(1986).

³⁴⁵ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit., p. 124.

situados”, para revisar los actos de las agencias independientes .En el caso de la FTC, el objetivo de este control debe ser el funcionamiento eficaz de la agencia para la protección de la competencia.De tal modo, los que han sido tratados injustamente por la agencia deben ser compensados a través de remedios adecuados³⁴⁶, siempre respetando la amplia discrecionalidad de la FTC.

VII. LA FINANCIACIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Se debe insistir en la autonomía financiera de la Federal Trade Commission como un rasgo típico de las Agencias Independientes.

La principal fuente de la financiación son ingresos públicos controlados por el Congreso: se trata de una manera indirecta de influir sobre la política reguladora. Moreno Molina ofrece varios ejemplos, entre ellos el cese de actividades de la Federal Trade Commission en 1980 por falta de presupuesto. De este modo, el Congreso puede modificar los programas e incluso el régimen jurídico de una agencia.Para la aprobación del presupuesto de la Federal Trade Commission se sigue el régimen general: la Federal Trade Commission remite al Presidente el anteproyecto de presupuesto; la Office of Management and Budget integra este anteproyecto en el proyecto de presupuesto del Ejecutivo (modificando lo que considere necesario). Como se ha señalado este es un medio del Presidente para influir en la actividad de la Comisión, ampliando o disminuyendo los ingresos de varios programas. Finalmente, el Presidente remite el proyecto al Congreso que es quien lo aprueba, especificando:

- la cantidad asignada
- cómo debe gastarse
- en qué objetivos³⁴⁷.

Junto con el Presupuesto existen también otras dos vías de financiación pública: la Autorización y las Appropriations.

³⁴⁶ Breyer&Stewart “ Administrative Law...”, op.cit., p.196- 198.

³⁴⁷ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p. 117; Moreno Molina, A.M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”,op. cit., p. 205 y ss.

Por medio de una Ley, denominada Autorización - Authorization, el Congreso puede autorizar a la Comisión para llevar a cabo un programa concreto –se trata de autorizaciones presupuestarias para acciones concretas, que es una forma poderosa de control por parte del Congreso.

A través de una ley –Appropriation, el Congreso determina el importe de los créditos presupuestarios que la Comisión puede acumular en un año fiscal: también se trata de autorizaciones para una actividad concreta que son otro medio de dirección y control por el Congreso³⁴⁸.

También existen medios privados de financiación, que a pesar que no tienen la importancia de los ingresos públicos forman una parte considerable de la financiación de la Comisión. Se trata ante todo de las tasas por el control sobre las fusiones y del procedimiento de resolución de conflictos; el patrimonio de la Federal Trade Commission y las rentas derivadas del mismo.

Como se ha señalado, el control financiero sobre la Federal Trade Commission corresponde al Parlamento a través de los comités que existen en las dos cámaras del Congreso.

Se ha podido observar que existe una variedad de medios de financiación de la FTC, algunos de los cuales garantizan los controles (del Congreso y el Presidente) sobre la agencia, pero asimismo ofrecen la posibilidad de que la FTC disponga de considerables recursos para realizar su misión específica en defensa de la competencia.

³⁴⁸ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p. 119.

