

NORMAS ANTIMONOPOLIO EN ESTADOS UNIDOS Y CORRUPCIÓN FINANCIERA*

*Christine P. Bartholomew***

Resumen: El presente artículo de investigación estudia el fenómeno de la reducción de las normas antimonopolio en los últimos años en los Estados Unidos de América, donde existía una fuerte tradición antimonopolística por vía del ejercicio de acciones de carácter privado para prevenir y sancionar estos comportamientos anticompetitivos. Para esos efectos, en el artículo se estudian los antecedentes más relevantes del origen de las normas antimonopolio y su auge, y se concreta con su reciente declive. Finalmente, se hace un análisis de las posibles causas del declive regulatorio y sus implicaciones negativas en el contexto nacional e internacional de los Estados Unidos.

* El título original de este artículo es “Antitrust Norms in the United States and Financial Corruption” y corresponde a la ponencia presentada por la autora en las XLI Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia (15 al 16 de abril de 2019) – Criminalidad contemporánea y corrupción: ¿efectividad de la pena privativa de la libertad? El presente artículo ha sido traducido por Juan Diego Ramírez Fuentes y Juan David Bazzani Montoya (Universidad Externado de Colombia).

** Profesora titular en las cátedras de pruebas y prácticas antimonopolio de la Universidad del Estado de Nueva York en Buffalo (University at Buffalo School of Law). ORCID: 0000-0002-5222-1468. Correo electrónico: cpb6@buffalo.edu. Fecha de recepción: 7 de octubre de 2022. Fecha de aceptación: 13 de abril de 2023. Para citar el artículo: Bartholomew, Christine P. “La excepción por delito o fraude al privilegio abogado-cliente: privilegios probatorios y la lucha contra la corrupción en Estados Unidos”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 118 (enero-junio de 2024), pp. 175-207.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n118.06>.

Palabras clave: leyes antimonopolio, acciones de grupo, acciones privadas en defensa de la competencia y corrupción

ANTITRUST NORMS IN THE UNITED STATES AND FINANCIAL CORRUPTION

Abstract: This research article studies the phenomenon of the reduction of antitrust rules in recent years in the United States of America. In the United States there was a strong antitrust tradition through the exercise of private actions to prevent and sanction anticompetitive behaviors. For these purposes, the article studies the most relevant antecedents of the origin of antitrust regulations, their rise, and their recent decline. Finally, the article analyses the possible causes of the regulatory decline and its negative implications in the national and international context of the United States.

Keywords: antitrust laws, class actions, private antitrust actions and corruption

INTRODUCCIÓN

Por diseño, las leyes antimonopolio promueven la competencia mediante la lucha contra la corrupción. Estas leyes alcanzan a los actores empresariales que realizan sobornos, fijan precios o abusan de su poder monopolístico. Como declaró recientemente el *Deputy Assistant Attorney General*:

La corrupción impide la competencia libre y justa y crea un alto riesgo de que los precios se distorsionen y los productos y servicios sean de calidad inferior. Es importante señalar que la corrupción perjudica a las empresas honestas que no pagan sobornos. Y los sobornos impiden el crecimiento económico, socavan los valores democráticos y la responsabilidad pública, y debilitan el estado de derecho¹.

Históricamente, Estados Unidos ha sido un líder mundial en la aplicación de las leyes antimonopolio. Parte de ese éxito se debe a la estructura algo inusual del país para la utilización de este tipo de normas, puesto que se permite la aplicación compartida entre el gobierno y los agentes privados. El gobierno y los competidores pueden entablar litigios para erradicar y combatir las conductas anticompetitivas que afecten las condiciones de otros competidores en el mercado. Lo que

1 Alford, Roger (Deputy Assistant Attorney General). “*Antitrust Enforcement and the Fight Against Corruption*”, *Remarks as Prepared for the Conference on Rule of Law and Anti-Corruption Challenges*. U. S. Department of Justice. San Paolo. Brazil. 2017. Consultar en: <https://www.justicoprejemplo.ov/opa/speech/file/1001076/download>.

ocurre es que las acciones legales no suelen estar en la primera línea. En cambio, la aplicación privada por parte de los consumidores perjudicados por la conducta anticompetitiva dirige esta práctica. En las últimas décadas, sin embargo, Estados Unidos ha reducido el alcance de la aplicación de las normas antimonopolio al restringir las demandas procesales y dificultar los requisitos de procedimiento para la aplicación privada de las normas antimonopolio.

En este artículo se examina el aumento y el reciente declive de la legislación antimonopolio en los Estados Unidos. En la parte I se presentan los antecedentes de las leyes antimonopolio de los Estados Unidos y la división de las responsabilidades de aplicación. En la parte II se detalla el aumento de la aplicación de las leyes antimonopolio. Se explica el desarrollo de la aplicación privada de la ley en los Estados Unidos, así como la forma en que las acciones colectivas fortalecieron la respuesta de los Estados Unidos a los carteles mundiales. La parte III se centra en algunas de las reacciones actuales contra la aplicación privada de la ley y las consecuencias devastadoras de la reducción de la supervisión antimonopolio.

I. HISTORIA DE LA LEY SHERMAN DE 1890

El sentimiento antimonopolio tiene profundas raíces en los Estados Unidos. Durante la formación del país, varios de los padres fundadores propusieron incluir una cláusula antimonopolio en la Constitución². Incluso los antifederalistas plantearon preocupaciones sobre los monopolios³. A pesar de estas preocupaciones compartidas, Estados Unidos no aprobó ninguna ley antimonopolio hasta la Ley Sherman en 1890.

La Ley Sherman era una ley reactiva que respondía al importante cambio económico que se estaba produciendo en ese momento. Antes de 1840 –aproximadamente– no existían los grandes negocios. Las empresas más grandes eran fábricas textiles regionales en Nueva Inglaterra. Los ferrocarriles cambiaron fundamentalmente la forma en que la gente vivía y trabajaba: proporcionaron el primer transporte masivo, lo cual permitió a estas grandes empresas textiles expandir su mercado. Después de 1844, los ferrocarriles, junto con la rápida expansión de la confianza en el telégrafo, permitieron a los vendedores organizar ventas a grandes distancias en tiempo real.

2 Véase Calabresi, Steven G; Leibowitz, Larissa C. Leibowitz. “Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism”. En: 36 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 983, 1012-13.2013. (Discute las preocupaciones antimonopolio planteadas por Jefferson, Madison y Mason durante la redacción de la Constitución).

3 *Ibíd.*, p. 1013.

Estas innovaciones cambiaron la vida estadounidense y las industrias que la configuraban. La competencia fue feroz, con empresas que buscaban una gran producción, ventas rápidas y pequeñas ganancias. Mientras los consumidores disfrutaban de los beneficios de esta competencia, los actores de la industria luchaban por “resolver” el problema que esta representaba. Su respuesta: la consolidación. Los consorcios, fideicomisos y *holdings* parecían ser la cura para la pérdida de beneficios causada por la competencia. Al consolidar el poder de mercado, los actores de la industria podían controlar la competencia de precios.

Tal vez uno de los ejemplos más famosos de tales consolidaciones ocurrió en la industria petrolera. En 1882, la Standard Oil Co. creó un fideicomiso que funcionó para coordinar las refinerías de petróleo. El fideicomiso permitió a las refinerías coordinar el precio y la oferta, así como evitar los impuestos estatales y las posibles regulaciones corporativas. Otras industrias se dieron cuenta rápidamente de la utilidad potencial de tales fideicomisos, tanto que a lo largo del resto de la década de 1880 se multiplicó una consolidación industrial similar⁴.

A. Creación de la Ley Sherman y la Ley Clayton

Después de la Guerra Civil estadounidense, gran parte del público en general se preocupó de que los monopolistas corporativos se centraran en el beneficio económico a costa del detrimento de los consumidores⁵. En 1888, el descontento público era tan fuerte que ambos partidos políticos impulsaron la reforma antimonopolio como parte de sus plataformas presidenciales. La acción legislativa era inevitable. Esa acción llegó en dos oleadas: la Ley Sherman y la Ley Clayton.

La Ley Sherman antimonopolio fue aprobada 51-1 en el Senado el 8 de abril de 1890 y por un voto unánime de 242-0 en la Cámara de Representantes el 20 de junio de 1890. El presidente Benjamin Harrison firmó el proyecto de ley el 2 de julio de 1890⁶. Sin embargo, no fue sino hasta 1903 cuando el entonces presidente Theodore Roosevelt hizo una asignación para que el Departamento de Justicia dirigiera un esfuerzo antimonopolio.

La Ley Sherman tiene dos disposiciones: sección 1 y sección 2. Bajo la sección 1, “Todo contrato [...] que restrinja el comercio o la comercialización [...] es [...]

4 Véase Phillips Sawyer, Laura. *U. S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*, Working Paper 19-110, Harvard Business School. 2019.

5 Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890) (en adelante, “Sherman Act”). La ley fue oficialmente designada “Ley Sherman” por la Ley de Mejoras Antimonopolio Hart-Scott-Rodino de 1976. En: 3 *Am. Landmark Legislation: Primary Materials* 5. Irving J. Sloan Ed. 1976.

6 Thorelli, Hans B. *The federal antitrust policy: origination of an American tradition*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1955, pp. 206-210.

ilegal”⁷. Esos contratos ilegales incluyen la fijación de precios, la asignación de mercados, la manipulación de licitaciones y los *boicots* de grupo. La violación de la sección 1 puede desencadenar responsabilidad penal y civil⁸.

Por el contrario, la sección 2 sólo desencadena responsabilidad civil o medidas cautelares, incluida la ruptura de un monopolio. Esta parte de la ley se centra en los monopolios, y establece que “toda persona que monopolice o intente monopolizar [...] será considerada culpable de un delito grave”⁹. Según la sección 2, el mero hecho de ser un monopolio no es procesable: sólo lo son los abusos del poder de monopolio. Esto demuestra que en materia antimonopolio hay distintas acciones legales, que van desde lo civil hasta lo penal; y demuestra también la importancia del tema en materia criminal.

Mientras que la Ley Sherman se centraba en las restricciones al comercio, la Ley Clayton de 1914 se centraba en la regulación de las fusiones. El artículo 7 de la Ley Clayton dice: “Ninguna persona que se dedique al comercio o a cualquier actividad que lo afecte podrá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o una parte de las acciones u otro capital social [...] cuando [...] el efecto de esa adquisición pueda ser sustancialmente disminuir la competencia o tender a crear un monopolio”¹⁰. La violación de esta disposición de la Ley Clayton puede dar lugar a sanciones civiles o medidas cautelares.

II. CRECIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO

Theodore Roosevelt fue el primer presidente en utilizar estas leyes recién promulgadas, aprovechando el poder de la Ley Sherman contra dos de los jugadores en el corazón de la confianza y la consolidación de la era: J. P. Morgan y John D. Rockefeller. Las investigaciones de Roosevelt de las industrias del acero y del ferrocarril marcaron el comienzo de la era de la confianza.

7 Sherman Act § 1.

8 Véase, U. S. Department of Justice Antitrust Resource Manual, disponible en <https://www.justicoprejemplo.ov/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement>.

9 Sherman Act § 2.

10 15 U. S. C. § 18 (1976) La sección 7 de la Ley Clayton, enmendada por la Ley Antimerger Celler-Kefauver, establece en parte que “Ninguna corporación dedicada al comercio adquirirá, directa o indirectamente, la totalidad o parte de las acciones u otro capital social y ninguna corporación sujeto a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio adquirirá la totalidad o parte de los activos de otra corporación dedicada también al comercio, donde en cualquier línea de comercio en cualquier sección del país, el efecto de dicha adquisición puede ser sustancialmente menor competencia, o tender a crear un monopolio”. *Id.*

En las décadas siguientes, la Ley Sherman atravesó varios baches en el camino, incluyendo su suspensión efectiva durante la Gran Depresión. Pero Robert Jackson revivió su utilidad. Antes de ser juez del Tribunal Supremo, Jackson fue fiscal general adjunto de los Estados Unidos para la División Antimonopolio. En ese papel, emitió 1375 quejas que implicaban a 40 industrias diferentes. Basándose en este legado, en los años cincuenta y sesenta, el antimonopolio fue tratado como un componente esencial de una democracia que funcionaba¹¹. Como se detalla en esta parte, los cambios en la legislación procesal ayudaron a garantizar que la aplicación privada de las leyes antimonopolio desempeñara un papel en el fortalecimiento de la supervisión antimonopolio. Esta supervisión adicional resultó ser particularmente importante para responder a la corrupción antimonopolio mundial, que se convirtió en el centro de los esfuerzos de aplicación a finales del decenio de 1990.

A. Cambios en las leyes procesales después de 1966

Un factor que contribuye al éxito de Estados Unidos en la lucha contra la corrupción antimonopolio ha sido su gran dependencia de la aplicación privada de la ley. Los mecanismos antimonopolio de Estados Unidos son de alguna manera únicos en su división de la autoridad de aplicación. En primer lugar, los competidores pueden presentar demandas por violaciones de estas leyes. En segundo lugar, el gobierno tiene la supervisión de la aplicación de las leyes. Esta supervisión se divide entre el Departamento de Justicia¹² y la Comisión Federal de Comercio¹³ y las agencias estatales de aplicación de la ley¹⁴. Es el tercer grupo de organismos encargados de hacer cumplir la ley el que se destaca: ciertas categorías de consumidores que compraron productos o servicios que fueron objeto de conductas anticompetitivas tienen capacidad para entablar demandas¹⁵. Los tribunales suelen denominar a este tercer componente “aplicación privada de la legislación antimonopolio”¹⁶. Estos juicios privados de aplicación de la ley están disponibles además de las acciones del gobierno federal o estatal. Una vez que se anuncia una investigación del gobierno, no es raro que se sigan demandas privadas posteriores.

11 Wu, Tim, “The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age”. *Faculty Books*. 63. 2018, pp. 78-79. En: <https://scholarship.law.columbia.edu/books/63>.

12 15 U. S. C. § 15(f).

13 La FTC hace cumplir la Ley de la Comisión Federal de Comercio que prohíbe, entre otros, “métodos de competencia desleales”. 15 U. S. C. § 45. La sección 45 tiene un alcance similar a la Ley Sherman y la Ley Clayton.

14 15 U. S. C. § 15(c).

15 15 U. S. C. § 15.

16 Véase, por ejemplo, *Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Grp., Inc.*, 524 F. Supp. 2d 1031, 1037 (N. D. Ill. 2007); *Animal Sci. Prod., Inc. v. China Minmetals Corp.*, 34 F. Supp. 3d 465, 499 (D. N. J. 2014).

Tomemos, por ejemplo, el litigio sobre equipos eléctricos, una de las primeras demandas colectivas de aplicación de la legislación antimonopolio. A partir de finales de los años cincuenta, los fabricantes de equipos eléctricos se involucraron en una flagrante corrupción del mercado al amañar la industria. Los representantes asistieron a reuniones periódicas para discutir las ofertas y los precios, también coordinaron los precios y flanquearon el mercado. Trataron de encubrir su conspiración llamando a sus reuniones “prácticas de coro” y reuniones programadas con eventos de la asociación de la industria donde los competidores probablemente se reunieran colectivamente de todos modos¹⁷.

Su mala conducta salió a la luz después de que los funcionarios de la Autoridad del Valle de Tennessee solicitaran ofertas de equipo y recibieran ofertas idénticas y selladas de varios fabricantes. La autoridad informó de sus sospechas de mala conducta al gobierno federal. La mayoría de las empresas se declararon culpables de las veinte acusaciones que siguieron. Los acusados pagaron 1,9 millones de dólares en multas, y muchos funcionarios pagaron multas individuales y/o cumplieron condenas en la cárcel¹⁸.

Pero fueron los siguientes casos de aplicación de la ley privados los que fueron particularmente reveladores. En lo que se conoció como los casos de equipos eléctricos, un grupo de municipios que compraron equipo a los acusados presentaron más de 1800 demandas separadas¹⁹. Los municipios trataron de recuperar los precios supracompetitivos pagados, así como el triple de los daños, los honorarios de los abogados y las costas en virtud de la Ley Clayton²⁰. La gran mayoría de los casos llegó a un acuerdo, pero con un precio elevado. Por ejemplo, General Electric, uno de los demandados, pagó 160 millones de dólares en demandas, aproximadamente el equivalente a 1300 millones de dólares cuando se ajustó a la inflación.

Si bien los casos no eran una sola demanda colectiva, presagiaban el aumento de la aplicación privada de las leyes antimonopolio. Los casos de equipos eléctricos indicaron el interés y la voluntad de los consumidores de actuar como agentes privados de defensa de la competencia. Los casos se coordinaron, pero no procedieron como una acción de clase, principalmente debido a la confusión existente en ese momento en cuanto a los requisitos para las acciones de clase. En ese momento las acciones de clase todavía estaban sujetas a la versión de 1938 del Reglamento

17 Véase Watkins, Myron W. (1961). “Electrical Equipment Antitrust Cases: Their Implications for Government and for Business”, *University of Chicago Law Review*, vol. 29: Iss. 1, Article 3. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol29/iss1/3>. (Describe la mala conducta como “las tácticas de los famosos gánsters de los Apalaches”.)

18 Ídem.

19 Véase Phil C. Neal & Perry Goldberg, “The Electrical Equipment Antitrust Cases: Novel Judicial Administration”, 50 *American Bar Association Journal* 621. 1964.

20 *Atl. City Elec. Co. v. Gen. Elec. Co.*, 226 F. Supp. 59, 60-61 (S. D. N. Y. 1964).

Federal de Procedimiento Civil, que establecía tres categorías de acciones de clase “verdaderas, híbridas y espurias”²¹. Estas vagas clasificaciones “desconcertaron tanto a los tribunales como a los comentaristas”²², minando así la confianza en los procedimientos de acción colectiva durante décadas.

No fue hasta la enmienda de 1966 del Reglamento Federal de Procedimiento Civil cuando los consumidores dispusieron de los medios necesarios para reivindicar sus derechos en virtud de la Ley Clayton mediante acciones colectivas. La Enmienda de 1966 estableció categorías más funcionales, como las clases de medidas cautelares o de daños y perjuicios, así como algunos requisitos generales para satisfacer esta certificación²³.

A mediados del decenio de 1980, los tribunales se sintieron suficientemente cómodos con el funcionamiento de estas normas revisadas y comenzaron a certificar grandes demandas colectivas. Las demandas colectivas, incluyendo las de aplicación de las leyes antimonopolio, florecieron durante los años ochenta y noventa²⁴.

Los ejecutores privados pueden recuperar los honorarios de los abogados y los costos de las demandas resueltas con éxito²⁵. Cuando la ejecución privada adopta la forma de una demanda colectiva, también se dispone de honorarios y costos para los casos que se resuelven. Esto se suma a la posibilidad de obtener una triple indemnización por daños y perjuicios y medidas cautelares. Como explica el Tribunal Supremo, el Congreso diseñó intencionalmente las leyes antimonopolio con el objetivo de potenciar los esfuerzos de aplicación privada de las leyes antimonopolio:

Cada violación de las leyes antimonopolio es un golpe al sistema de libre empresa previsto por el Congreso. Este sistema depende de una fuerte competencia para su salud y vigor, y la fuerte competencia depende, a su vez, del cumplimiento de la legislación antimonopolio. Al promulgar estas leyes, el Congreso tenía muchos medios a su disposición para penalizar a los infractores. Por ejemplo, podría haber exigido a los infractores que compensaran a los gobiernos federales, estatales y locales por los daños estimados que las infracciones habían causado a sus respectivas economías.

21 Robert H. Klonoff, *The Decline of Class Actions*, 90 *Wash. U. L. Rev.* 729, 736. 2013.

22 Nota, *Federal Class Actions: A Suggested Revision of Rule 23*, 46 *Colum. L. Rev.* 818, 822-23.1946.

23 *Fed. R. Civ.*, p. 23.

24 Klonoff, *supra* nota 21, en 737 (“Las acciones colectivas en las décadas de 1980 y 1990 –e incluso en la década de 2000– dieron como resultado numerosos asentamientos multimillonarios y billonarios”).

25 15 U. S. C. § 15 (2000).

Pero no se seleccionó este recurso. En cambio, el Congreso optó por permitir que todas las personas demandaran para recuperar el triple de sus daños reales cada vez que resultaran perjudicados en sus negocios o propiedades por una violación de las normas antimonopolio. Al ofrecer a los posibles litigantes la perspectiva de una recuperación en el triple de la cantidad de sus daños, el Congreso alentó a estas personas a servir como «fiscal de tribunal supremo privados»²⁶.

Permitir la aplicación privada minimiza los riesgos de la autoridad centralizada de aplicación de las leyes antimonopolio. Supera las consecuencias de que la política eclipse las decisiones de aplicación. Cuando esta se limita al gobierno, las decisiones políticas pueden repercutir en las investigaciones que llevan a cabo las autoridades. Además, los políticos controlan los hilos de los reguladores gubernamentales. Es cierto que los casos antimonopolio pueden ser costosos de investigar y aún más costosos de litigar. La forma más rápida y fácil de evitar la supervisión gubernamental antimonopolio es cortar la financiación de los organismos.

La aplicación privada no se ve afectada directamente por las mismas presiones políticas y financieras²⁷. Proporciona un mecanismo alternativo para devolver a las víctimas el dinero obtenido erróneamente. También genera una mayor disuasión que la aplicación penal gubernamental por sí sola²⁸. Los casos de aplicación privada pueden llegar a la corrupción que el gobierno nunca investigó o en los que no encontró suficientes pruebas de la mala conducta²⁹. Incluso cuando se trata de una investigación gubernamental previa, las medidas privadas de aplicación de la

26 *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U. S. 251, 262 (1972).

27 Los límites de la aplicación del gobierno son significativos. Como explican los profesores Lande y Davis: “Como cuestión práctica, no se puede esperar que el gobierno haga todo o incluso la mayor parte de la aplicación necesaria por varias razones, incluyendo: restricciones presupuestarias; miedo indebido a perder casos; falta de conciencia de las condiciones de la industria; puntos de vista demasiado sospechosos sobre las quejas de los “perdedores” de que, de hecho, fueron víctimas de comportamiento anticompetitivo; mayor rotación entre los abogados del gobierno, y la desafortunada, pero innegable, realidad de que las decisiones gubernamentales de cumplimiento (o no cumplimiento) están, a veces, motivadas políticamente”. Robert H. Lande, Joshua P. Davis, *Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases*, 42 *U. S. F. L. Rev.* 879, 906. 2008.

28 Ídem, en 880. (Resumiendo los hallazgos del estudio que muestran que “los litigios privados probablemente hacen más para disuadir las violaciones antimonopolio que todas las multas y encarcelamientos impuestos como resultado de la ejecución penal por parte del Departamento de Justicia”).

29 Véase, por ejemplo, *In re Relafen Antitrust Litig.*, 346 F. Supp. 2d 349 (D. Mass. 2004); *In re Auto. Refinishing Paint Antitrust Litig.*, 177 F. Supp. 2d 1378 (E. D. Pa. 2001) (recuperando \$ 106 millones por agentes privados, a pesar de que la investigación previa del gobierno no dio lugar a acusaciones).

ley suelen ampliar el alcance del caso gubernamental anterior, ya sea identificando a otros infractores o a otras infracciones³⁰.

Dadas las ventajas de la aplicación privada de la ley, ésta se convirtió rápidamente en el mecanismo dominante para erradicar las conductas indebidas anticompetitivas. En la actualidad, el 90% de la aplicación de las normas antimonopolio se aborda mediante la aplicación privada³¹. Así pues, al crear directrices más claras y funcionales para las demandas colectivas, el Congreso proporcionó un mecanismo muy necesario para que los agentes privados lucharan contra la corrupción anticompetitiva.

B. El auge mundial de la aplicación de las normas antimonopolio

La aplicación de las leyes antimonopolio en los Estados Unidos es más fuerte cuando se combinan la aplicación privada y la gubernamental. La respuesta conjunta a los carteles mundiales demuestra cómo la aplicación de la ley por los sectores público y privado –conjuntamente– puede identificar y responder más plenamente a las conductas antimonopolio.

Si bien la Ley Sherman tiene una larga historia, no fue sino hasta el decenio de 1990 cuando las leyes se utilizaron contra los carteles mundiales antimonopolio. El caso más conocido de esta época es el de una conspiración en la industria de la lisina. Pero no fue sino hasta los años noventa y la investigación de la lisina cuando los Estados Unidos expandieron con éxito su enfoque desde el antimonopolio doméstico al global. La lisina fue la primera vez que el Departamento de Justicia aplicó con éxito medidas contra un cartel internacional en cuarenta años. El litigio de la Lisina involucró a un cartel internacional de fijación de precios compuesto por Archer Daniels Midland (ADM) así como por dos productores de

30 *In re Polypropylene Carpet Antitrust Litig.*, 93 F. Supp. 2d 1348 (N. D. Ga. 2000) (señalando a los acusados en el caso, que incluía una lista más amplia que en investigaciones gubernamentales anteriores); *In re Linerboard Antitrust Litig.* (Linerboard I), n. 1261, 2000 WL 1475559, en *1-3 (E. D. Pa. Oct. 4, 2000); *In re Linerboard Antitrust Litig.* (Linerboard II), 203 F. R. D. 197, 201-04 (E. D. Pa. 2001), *aff'd*, *In re Linerboard Antitrust Litig.* (Linerboard III), 305 F.3d 145, 147-49 (3d Cir. 2002); *In re Linerboard Antitrust Litig.*, 321 F. Supp. 2d 619 (E. D. Pa. 2004) (explicando la demanda de cumplimiento privado para el reclamo de la sección 2, mientras que la investigación previa del gobierno por conducta unilateral); *Transam. Refining Corp. v. Dravo Corp.*, n. 4:88CV00789 (S. D. Tex. filed Mar. 10, 1988) (Specialty Steel Piping Antitrust Litigation) (que involucra reclamos de cumplimiento privado que cubren un largo período de irregularidades que una demanda gubernamental anterior).

31 Rahul Singh, *The Teeter-Totter of Regulation and Competition: Balancing the Indian Competition Commission with Sectoral Regulators*, 8 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 71, 96 (2009) (“La aplicación privada sigue siendo el baluarte de la ley antimonopolio de los Estados Unidos, y las acciones privadas constituyen alrededor del noventa por ciento de los casos antimonopolio”).

lisina japoneses y dos coreanos³². El cartel pudo haber continuado durante un período más largo, pero la esposa de Mark Whitacre lo impidió. Whitacre trabajaba para ADM³³, su esposa se enteró de la conspiración en la que participaba y amenazó con informar a la Oficina Federal de Investigación (una división del Departamento de Justicia) si él no confesaba³⁴. Su esposo celebró un acuerdo de cooperación con la justicia, en este, Whiteacre accedió a llevar un micrófono y grabar las reuniones entre los supuestos rivales.

Esta investigación dio lugar a condenas de tres grandes empresas de lisina: una de los Estados Unidos y dos de Japón³⁵. También se condenó a tres ejecutivos estadounidenses y se les dio tiempo de prisión³⁶. Todos los productores de lisina se declararon culpables antes del juicio, y el cartel de la lisina generó un récord de 100 millones de dólares en multas. La investigación también terminó exponiendo a los carteles en numerosos mercados químicos relacionados conexos, como el del ácido cítrico, el gluconato de sodio, el eritorbato de sodio y el maltol. En total, la investigación sobre la lisina dio lugar a identificar a diez empresas, once personas de siete industrias diferentes, sobre la base de investigaciones adicionales derivadas de esas confesiones. Así mismo, se impusieron multas por 225 millones de dólares adicionales penales pagadas sólo en los Estados Unidos³⁷.

Los vídeos que Whiteacre proporcionó se consideraron tan espantosos y descarados que provocaron un renovado interés gubernamental en la lucha contra los monopolios³⁸. Las cintas muestran a los competidores riéndose de la posibilidad de ser observados por los clientes o por las fuerzas del orden cuando se reúnen para cometer sus delitos³⁹. Los supuestos competidores se dividieron rápidamente el mundo y acordaron los precios con eficiencia y sin remordimientos demostrables. Se escuchó

32 Eichenwald, Kurt. *The Informant*. 2000, 12.

33 Ídem.

34 Whiteacre ya estaba en el agua caliente antes del cartel de fijación de precios de lisina. Había inventado una historia de sabotaje industrial para enmascarar su propio intento de malversación de dinero de ADM. *Ibíd.*, pp. 50-53.

35 *Ibíd.*, pp. 503-506,

36 *Ibíd.*, pp. 557-558.

37 Hammond, Scott D. (Deputy Assistant Attorney General), "Caught in the Act: Inside an International Cartel", OECD Competition Committee, Working Party n. 3 Public Prosecutors Program (Oct. 18, 2005 Paris, France). Consultar en: <https://www.justicporejemplo.ov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>.

38 Hewitt Pate, R. (Department of Justice Assistant Attorney General). "International Anti-Cartel Enforcement" (nov. 21, 2004). Consultar en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.html>. (Discutiendo cómo la investigación de Lisina emitió en un renovado interés en la aplicación de la ley antimonopolio).

39 Véase cinta: *Segmento uno: enero 18, 1995 Cartel Meeting in Atlanta, Georgia The Lysine Cartel Members Show Disdain for Customers and Antitrust Enforcement*, disponible en <https://www.justicpor ejemplo.ov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>

a un ejecutivo de ADM diciendo “Quiero estar más cerca de usted que de cualquier otro cliente. No son tus amigos. No son mis amigos. Tenemos que tenerlos. Gracias a Dios, tenemos que tenerlos. Pero no son mis amigos. Tú eres mi amigo”⁴⁰.

Después del caso de la lisina, el FBI decidió que la aplicación de la ley antimonopolio iba a ser una prioridad de su programa de delitos de cuello blanco y optó por asignar dinero para hacer esto una realidad.

Pero, tal vez, más que el aumento de los recursos para la investigación, los cambios en las reglas de indulgencia fueron particularmente beneficiosos en la lucha contra la corrupción antimonopolio mundial. Similar al Programa de Beneficios para la Cooperación de Colombia, los Estados Unidos adoptaron su propio proceso de indulgencia. El primer miembro del cartel que se reporte a sí mismo obtiene inmunidad para sí mismo y para todos sus funcionarios, directores y empleados. Además, el primer delator limita su exposición civil a daños únicos, basándose únicamente en sus propias ventas. Ya no está sujeto a la tradicional responsabilidad solidaria impuesta a los demás conspiradores del antimonopolio. Del mismo modo, evita la posibilidad de que se produzcan daños triples.

Esta indulgencia tiene algunas condiciones. En primer lugar, el demandante debe proporcionar una relación completa de todos los hechos conocidos por la empresa o las personas que cooperan y que son potencialmente pertinentes para la acción civil. En segundo lugar, el demandante debe proporcionar todos los documentos y otros elementos pertinentes, dondequiera que se encuentren. En tercer lugar, en el caso de las personas que cooperan, el demandante debe estar disponible para entrevistas, declaraciones o testimonios en relación con la acción civil.

Este programa ha aumentado la aplicación de las normas antimonopolio, tanto directa como indirectamente. Directamente, ha animado a los infractores revelar todas las conductas delictivas. Pero las ganancias indirectas también son significativas. No es raro que un cartel fije los precios o manipule más de un mercado de productos. Los requisitos del programa de indulgencia ayudan a los carteles a hacer perfiles o investigaciones, lo cual significa descubrir carteles en otras industrias. Al exigir a los solicitantes de clemencia que compartan información sobre todas las fechorías conocidas, no sólo limitadas a un mercado en particular, el programa de clemencia facilita la identificación de las fechorías subsiguientes o relacionadas.

Esta lucha contra la corrupción financiera recibió un impulso adicional en 2015, cuando la entonces fiscal general adjunta Sally Q. Yates, del Departamento de Justicia, tomó medidas para coordinar los esfuerzos de investigación. Yates emitió

40 Glass, Ira. “The Fix is In”. *This American Life*. Transmisión de sept. 15, 2000.

un memorándum titulado “Responsabilidad individual por las faltas cometidas por las empresas” con el fin de ayudar a los abogados del departamento que investigaban asuntos corporativos. En este memorando se establecen los requisitos para garantizar que cuando se descubra cualquier caso de maldad, el Departamento lo maneje de forma coherente y extraiga la mayor cantidad de información posible⁴¹. Con estos esfuerzos, los investigadores federales simplemente han mejorado en la extracción de testigos cooperantes para obtener información sobre otras actividades delictivas y, posteriormente, compartir esa información con la División Antimonopolio.

Sin embargo, quizás el mayor cambio después del caso de la lisina involucra a los socios globales. Ahora varios países han adoptado o están adoptando sus normas de indulgencia (Singapur, China), o las investigaciones en curso están llegando a su fase final (Hong Kong, Corea del Sur). A medida que más países sigan el ejemplo de los Estados Unidos, habrá más información sobre las conductas anti-competitivas, así como un mayor intercambio de información entre los Estados Unidos y las autoridades de represión de otros países.

En este momento, otras 130 jurisdicciones también tienen leyes sobre la competencia. Más de 50 de esas jurisdicciones tienen ahora programas de indulgencia⁴². Además, la ley de asistencia para la aplicación de las leyes antimonopolio internacionales (“IAEAA”) autoriza a los organismos a concertar con autoridades extranjeras acuerdos de asistencia mutua específicos en materia antimonopolio.

41 Véase “Individual Accountability for Corporate Wrongdoing”, Memorandum from Deputy Attorney General Sally Q. Yates (sept. 9, 2015), disponible en The Department of Justice Archives <https://www.justice.gov/archives/dag/individual-accountability>. El memorando identifica seis pasos destinados a coordinar las investigaciones dentro del Departamento de Justicia:

1. Para ser elegible para cualquier crédito de cooperación, las corporaciones deben proporcionar al Departamento todos los datos relevantes sobre las personas involucradas en la mala conducta corporativa;
2. Tanto las investigaciones corporativas penales como civiles deben centrarse en las personas desde el inicio de la investigación;
3. Los abogados penales y civiles que manejan investigaciones corporativas deben estar en comunicación de rutina entre ellos;
4. En ausencia de circunstancias extraordinarias, ninguna resolución corporativa debe proporcionar protección contra la responsabilidad penal o civil de ninguna persona;
5. Los casos corporativos no deben resolverse sin un plan claro para resolver casos individuales relacionados; y
6. Los abogados civiles deben evaluar si entablar una demanda contra un individuo basándose en consideraciones más allá de la capacidad de pago de ese individuo.

42 Esto incluye a Colombia, por supuesto, donde la SIC tiene su propio programa de clemencia. Esta política se aplica al primer solicitante. Sin embargo, a diferencia de los Estados Unidos, el solicitante puede no ser el instigador de la fechoría. Además, la política colombiana es un poco diferente, ya que en lo que respecta a los acuerdos restrictivos de la competencia, sólo son sancionados penalmente en el ámbito de las licitaciones públicas.

A medida que el interés de los gobiernos en luchar contra los carteles mundiales ha ido creciendo, el lado de la aplicación privada también ha ampliado su enfoque. Después de la lisina, se iniciaron acciones colectivas contra numerosos carteles internacionales, incluso en los mercados del dióxido de titanio, el peróxido de hidrógeno y la vitamina C.

Sin embargo, a pesar de estos éxitos, no todo está bien con los esfuerzos de aplicación de las leyes antimonopolio en los Estados Unidos. Aun sabiendo que existen carteles mundiales, los esfuerzos de aplicación de la ley por parte del sector privado han sido objeto de numerosos ataques en los últimos decenios. Esos ataques han socavado este aspecto vital del paradigma de aplicación de las normas antimonopolio.

III. LA DESAPARICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS ANTIMONOPOLIO DE LOS ESTADOS UNIDOS⁴³

Mientras que la aplicación de la legislación antimonopolio en los Estados Unidos crecía lentamente a lo largo del siglo XX, también lo hacía un movimiento contrario que se oponía a dicha aplicación de esas normas. Este grupo de personas utilizó el derecho y la economía para reducir el alcance de las leyes antimonopolio de los Estados Unidos y logró reformular la forma de supervisión de los monopolios. Esto último sirvió como una forma de chantaje para las empresas, lo cual las perjudicaba. Estas preocupaciones sobre la eficiencia y el “mito del chantaje” ganaron el favor del legislativo y las Cortes a lo largo de las décadas siguientes. El crecimiento de las leyes antimonopolio en Estados Unidos alcanzó un punto de inflexión a principios del siglo XXI cuando el Congreso y el poder judicial restringieron la aplicación privada de las leyes antimonopolio mediante cambios de procedimiento que limitaban las demandas colectivas.

En las siguientes secciones se detalla la desaparición de la aplicación privada de las leyes antimonopolio en los Estados Unidos y se explica lo que queda de este mecanismo, otrora poderoso, para luchar contra la corrupción anticompetitiva.

A. El auge del derecho y la economía

Históricamente, y durante un período significativo después de la aprobación de la Ley Sherman, el antimonopolio se consideró un área de acuerdo apolítica. Independientemente del punto de vista político de cada uno, el engaño financiero, en particular a través de la colusión, era un error que merecía una respuesta y corrección inmediata.

43 Bartholomew, Christine P. Redefining Prey and Predator in Class Actions, 80 *Brooklyn L. Rev.* 743. 2015. (Algunas partes de esta sección están adaptadas, con permiso de la autora.)

Sin embargo, a partir de la década de 1970 comenzó a crecer un contramovimiento desde un punto de vista más conservador. Este grupo cuestionó el papel de los litigios antimonopolio. Les preocupaba que los casos antimonopolio pudieran restringir demasiado la libertad de mercado. Les preocupaba que un exceso en la corrección, en particular de los monopolios, perjudicara a los mercados más que ayudarlos. Los demandados corporativos y sus aliados temían que el antimonopolio, en particular la aplicación privada de la ley, tuviera el potencial de “reorganizar el paisaje económico”⁴⁴.

Los que tenían este tipo de inclinación antirreglamentaria encontraron apoyo en la entonces floreciente área del derecho y la economía. El análisis económico ha desempeñado un papel importante en las determinaciones antimonopolio. Sin embargo, en el decenio de 1970 se impulsó la idea de limitar las medidas antimonopolio a los casos en que se pudieran aplicar teorías específicas del pensamiento económico para cuantificar el supuesto daño. Dado que no todas las conductas anticompetitivas son propicias para ese tipo de modelización económica, el auge del derecho y la economía limitó el alcance de las leyes antimonopolio de Estados Unidos⁴⁵.

Esta visión más restrictiva de los beneficios antimonopolio se tradujo en interpretaciones más restringidas de la supervisión antimonopolio. Ahora son menos las categorías de infracciones que se tratan como presuntamente ilegales. Por ejemplo, el mantenimiento de los precios al por menor y ciertos *boicots* de grupo constituían anteriormente violaciones *per se*; una vez que se establecieron las denuncias de irregularidades, los fundamentos comerciales de la conducta eran irrelevantes. Ahora esos mismos arreglos comerciales están sujetos a un análisis de la regla de la razón⁴⁶. En virtud de la regla de la razón, los demandados pueden presentar justificaciones en favor de la competencia para determinadas restricciones anticompetitivas. Siempre que estas justificaciones superen el daño, los tribunales tratan la restricción como legal en virtud de la Ley Sherman. Si bien esto puede parecer inicialmente un buen equilibrio, la realidad es muy diferente. El análisis de la regla de la razón se considera a veces una norma en virtud de la

44 Yeazell, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven (Conn.). Yale University press. 1987, p. 264.

45 Véase Kaplow, Louis. “Antitrust, Law & Economics, and the Courts”, *Law and Contemporary Problems* 50, no. 4. 1987, 181-216, pp. 181 y 184. Consultar en: <https://doi.org/10.2307/1191460>.

46 Boicots grupales: véase *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U. S. 284 (1985). (Tratar algunos boicots grupales ilegales *per se*); véase también *FTC v. Ind. Fed’n of Dentists*, 476 U. S. 477 (1986) (se niega a tratar la negativa a negociar como *per se* ilegal). Mantenimiento del precio de reventa: *State Oil Co. v. Khan*, 552 U. S. 3 (1997) (precio máximo de reventa), *anulación Albrecht v. Herald Co.*, 390 U. S. 145 (1968); *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U. S. 877 (2007) (mantenimiento del precio mínimo de reventa), *anulación Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911).

cual los demandados ganan, ya que es mucho más difícil castigar la infracción subyacente cuando los tribunales aplican este criterio de revisión más generoso.

Sin embargo, para los efectos de este artículo, acá son más importantes los ataques basados en el derecho y la economía a la aplicación privada de las normas anti-monopolio, en particular en lo que respecta a los procedimientos para emprender acciones colectivas. Como se explica en esta sección, los reformadores de la acción colectiva presionaron para reformular las acciones colectivas. Utilizando argumentos jurídicos y económicos, estos reformadores argumentaron que las demandas colectivas no reivindicaban los derechos de los consumidores. Más bien, eran un tipo de chantaje que perjudicaba a las empresas. Una vez que este replanteamiento se arraigó, no pasó mucho tiempo antes de que los poderes legislativo y judicial tomaran medidas para dificultar la acción colectiva.

B. La aparición del mito del chantaje

Las primeras críticas a las demandas colectivas fueron alimentadas por voces judiciales y académicas que reorientaron el diálogo de las demandas colectivas alejándolo de su potencial regulador. El comentario del profesor Milton Handler ejemplifica esto:

Cualquier dispositivo que sea viable sólo porque utiliza la amenaza de un litigio inmanejable y costoso para obligar a un acuerdo no es una regla de procedimiento, es una forma de chantaje legalizado. Si los acusados que mantienen su inocencia no tienen otra alternativa práctica que llegar a un acuerdo, se les ha privado de hecho de su derecho constitucional a un juicio sobre el fondo. Las distinciones entre los acusados inocentes y culpables y entre aquellos cuyas violaciones han causado un gran daño y aquellos que han hecho poco o ningún daño se vuelven borrosas, si no invisibles. La única cuestión importante es el tamaño del rescate que se pagará por la paz total. Además, aunque el sistema judicial está menos gravado de lo que estaría si tal acción fuera litigada, la imposición del tiempo judicial es sin embargo sustancial⁴⁷.

Handler ayudó a redirigir el debate de la acción de clase [*class action*] lejos de los miembros de la clase victimizados⁴⁸. Al crear una crisis del supuesto “chantaje legalizado”, se pudo impulsar la reforma por parte de sus críticos.

47 Handler, Milton. The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits-The Twenty-Third Annual Antitrust Review, 71 *Colum. L. Rev.* 1, 9 .1971.

48 En la década de 1970 ya era un destacado estudioso antimonopolio y considerado un centrista. Véase Sylvia Nasar, Milton Handler, 95, Is Dead; Antitrust Expert Wrote Laws, *NY Times*, nov. 12, 1998, disponible en <http://www.nytimes.com/1998/11/12/business/milton-handler-95-is-dead-antitrust-expert-wrote-laws.html> (“En materia antimonopolio, la filosofía del profesor Handler

Aunque tomó más de una década, quienes promovieron este sentimiento procorporativo encontraron un aliado en el juez Posner⁴⁹. Haciéndose eco del sentimiento de Handler, el Séptimo Circuito, en una opinión redactada por Posner, se basó en el mito del chantaje para conceptualizar a los acusados corporativos como partes vulnerables que necesitan protección judicial⁵⁰. En el caso *Re Rhone-Poulenc*⁵¹ se trataba de una supuesta demanda colectiva contra los fabricantes de ciertos productos sanguíneos⁵². Los demandantes eran hemofílicos que contrajeron el VIH de los productos contaminados de los demandados⁵³. Aunque había pruebas significativas de que las transfusiones de sangre propagaban el VIH, los demandados renunciaron a los análisis de sangre, alegando el coste y la reducción del suministro⁵⁴. Los demandados tampoco advirtieron a los demandantes del peligro de contraer el sida a partir de los productos⁵⁵, lo cual dejó a este grupo vulnerable en una situación aún más desventajosa.

El tribunal del juicio concedió el tratamiento colectivo para una parte de las demandas⁵⁶. Sin embargo, sin apoyo judicial o probatorio, Posner descertificó la acción debido a las preocupaciones sobre el posible daño que los demandados

era claramente centrista”); véase también Milton Handler, *Recent Antitrust Developments*, 112 *U. Pa. L. Rev.* 159, 188 (1963) (discutiendo sus puntos de vista centristas). Por lo tanto, su crítica fue vista como moderada, aunque no tuvo en cuenta las consecuencias para los demandantes y los objetivos de cumplimiento más amplios. De hecho, luego lamentó la falta de regulación gubernamental, algo que estas acciones de clase privada podrían haber complementado. Milton Handler, *Foreword*, 75 *Cal. L. Rev.* 787 (1987) (“Sin embargo, es solo en la administración [Regan] que se ha establecido una política de incumplimiento, para gran angustia de aquellos que creen que sin antimonopolio el libre mercado no puede permanecer libre por mucho tiempo”).

49 El juez Posner no solo fue la voz judicial para denunciar las preocupaciones de chantaje. Ya en 1972 el juez Henry Friendly, el venerado jurista del Segundo Circuito, expresó su preocupación por las acciones colectivas que obligaban a los acusados a “acuerdos de chantaje”. Véase Henry J. Friendly, *Federal Jurisdiction: A General View* 120 (1973); véase también Charles Silver, *We’re Scared to Death: Class Certification and Blackmail*, 78 *N. Y. U. L. Rev.* 1357, 1430 (2003).

50 Véase *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1299 (7th Cir. 1995).

51 *Ibid.*, p. 1293.

52 Véase *Wadleigh v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 157 F. R. D. 410, 413 (N. D. Ill. 1994).

53 *Ibid.*, p. 414. Para una discusión detallada de los hechos en el caso subyacente, véase Jeff Wright, *Note, Bad Blood: Wadleigh v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, *Mandamus Uncabined*, 23 *W. St. U. L. Rev.* 549, 550-52 (1996) (discute en detalle los antecedentes del caso *Wadleigh*); véase también Jeff Lyon, *A Matter of Life or Death*, *Chi. Trib. Sunday Mag.*, April 23, 1989, en 12. (Discute la historia de los hemofílicos con VIH y los efectos sobre los hemofílicos de los recientes aumentos de precios de los medicamentos para la hemofilia).

54 Loffi, Kathryn G. *Suppliers of AIDS-Contaminated Blood Now Face Liability*, 34 *How. L. J.* 183, 187-88 (1991); véase también James K. Lehman, *Blood Suppliers’ Liability for AIDS Contaminated Blood*, 41 *S. C. L. Rev.* 107, 109 n.14.1989.

55 157 F. R. D. en 410.

56 *Ibid.*, pp. 415-18.

podrían enfrentar⁵⁷. Posner racionalizó la descertificación de la acción debido a “la mera magnitud del riesgo al que la acción de clase, en contraste con las acciones individuales pendientes o, probablemente, exponen a los acusados a una intensa presión para llegar a un acuerdo”⁵⁸.

En esencia, el argumento de Posner reflejaba la crítica anterior de Handler. Los comentarios del juez Posner se extendieron como el fuego, y el mito del chantaje pronto dominó la retórica de la demanda colectiva⁵⁹. Tildados de extorsionistas, los abogados de los demandantes se convirtieron en el centro de las críticas de la acción colectiva por poner a los acusados “bajo una intensa presión para llegar a un acuerdo”⁶⁰. Aunque esta narración ha sido desacreditada desde entonces⁶¹, pronto se convirtió en el grito de guerra del activismo judicial.

A medida que el mito del chantaje crecía en popularidad, los argumentos de costo-beneficio comenzaron a redefinir las justificaciones de eficiencia. Los análisis jurídicos y económicos iniciales de las demandas colectivas se ajustaron a la justificación normativa de la enmienda de 1966. Sin embargo, estas críticas de apoyo pronto fueron eclipsadas por los argumentos de eficiencia reformulados. Los nuevos argumentos de costo-beneficio hicieron avanzar las preocupaciones sobre la autonomía⁶². Para los críticos, los beneficios de las demandas colectivas no superan los posibles daños. Si bien las acciones de clase pueden disuadir de cometer actos ilícitos, los críticos sostienen que este beneficio es insuficiente para justificar el daño potencial a las empresas y el aumento de los costos para

57 Véase *In re Matter of Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1304 (7th Cir. 1995).

58 Ídem, 1298.

59 Esto no quiere decir que todas las acciones de clase tengan mérito. Pocas –si las hay– instituciones sociales están libres de casos aislados de abuso. Esto también ha sido así en la historia de cincuenta años de las demandas colectivas en los tribunales federales. Para la demanda colectiva, los rumores iniciales contra esta forma de litigio agregado ocurrieron en respuesta a los primeros acuerdos de cupones, donde los miembros de la clase no recibieron una compensación monetaria directa, sino que recibieron cupones de compras futuras. En lugar de reconocer los posibles atributos disuasivos y no compensatorios asociados con dichos acuerdos, el enfoque se centró en los abogados de los demandantes de acción de clase que reciben una compensación bajo las disposiciones de cambio de tarifas.

60 Véase *ibíd.*, p. 1298. Véase también *Newton v. Merrill Lynch*, 259 F.3d 154 (3rd Cir. 2001) (utiliza “presión hidráulica” para definir la supuesta presión de las acciones de clase para llegar a un acuerdo sobre los acusados, cuando quieren evitar “responsabilidad potencialmente ruinosa”).

61 En una profunda desacreditación del mito del chantaje, los profesores Kanner y Nagy señalan que las tasas de liquidación para las acciones de clase están directamente a la par con los acuerdos en otros tipos de acciones federales. Kanner, Allan Kanner; Nagy, Tibor. *Exploding the Blackmail Myth: A New Perspective on Class Action Settlements*, 57 *Baylor L. Rev.* 681, 697 (2005). No hay evidencia de que las acciones de clase creen una presión única.

62 Véase Coffee, John C. Jr. *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1465. 1995 (cuestiona la utilidad de las acciones de clase debido al costo gastado en litigar los reclamos).

los consumidores de la defensa contra tales demandas⁶³. En cambio, “[d]ebemos confiar en los litigios individuales para obtener una compensación financiera por las pérdidas financieras de los individuos, aceptando que algunas pérdidas que fueron injustamente impuestas por otros no serán compensadas porque simplemente son demasiado pequeñas para valer el costo de un litigio individual”⁶⁴. Un individuo “racional” renunciaría a los derechos de las demandas colectivas⁶⁵ y esperaría a que los organismos administrativos y los fiscales generales alcancen los objetivos que actualmente se abordan en las demandas colectivas⁶⁶.

Al igual que el mito del chantaje, los argumentos de costo-beneficio y de actor racional ignoran las consecuencias de atacar las demandas colectivas. Si se aceptan, estos argumentos excluyen la agregación para los casos de pequeñas y grandes sumas individuales. Los casos de suma individual baja –los casos originalmente previstos para la agregación de clases– no cumplen con los análisis de costo-beneficio/eficiencia debido a las pequeñas cantidades en cuestión en comparación con el gasto de la demanda⁶⁷. Los casos de grandes sumas individuales, en cambio, fracasan en esos análisis porque los individuos podrían lograr de manera rentable una compensación justa a través de los medios jurídicos más tradicionales⁶⁸. A pesar de estos puntos, los argumentos de eficiencia se arraigaron rápidamente en la opinión judicial. Sin una verdadera visión de los costos y beneficios que debían analizarse⁶⁹, los tribunales comenzaron a utilizar argumentos de costo-beneficio para justificar las denegaciones de certificación de clase⁷⁰. Las demandas colectivas se consideraron no eficientes, destripando incluso la segunda razón, más estrecha, de la expansión de 1966.

63 Sternlight, Jean R. *As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive?*, 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1, 35.2000 (discute críticas de acción de clase).

64 Hensler, Deborah R., 1942- and Rand Corporation and Institute for Civil Justice (U. S.). *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain: executive summary* / Deborah R. Hensler ... [et al.] Rand Institute for Civil Justice Santa Monica, CA (1999) Pg. 471

65 Véase Silver, Charles. “We’re Scared to Death”: Class Certification and Blackmail, 78 *N. Y. U. L. Rev.* 1357, 1361-62 (2003) (cita a *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 391 F.2d 55 [2d Cir. 1968] para demostrar los hechos de un caso con reclamos demasiado pequeños para litigar).

66 Luff, Patrick A. *Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions*, 41 *U. Mem. L. Rev.* 65, 68. 2010.

67 Véase, por ejemplo: *Legge v. Nextel Commc’ns, Inc.*, CV 02-8676DSF(VNKK), 2004 WL 5235587, en **13-17 (C.D. Cal. June 25, 2004).

68 Véase, por ejemplo: Luff, *supra* nota 66, en 73.

69 Luff, *supra* nota 66 (“Los análisis de costo-beneficio empleados por los tribunales carecen de una apariencia de uniformidad y con frecuencia se basan en conclusiones poco informadas”).

70 Véase, por ejemplo: *London v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 340 F.3d 1246, 1255 n.5 (11th Cir. 2003) (negar la certificación y señalar que “la posible responsabilidad de los acusados sería enorme y completamente desproporcionada con respecto a cualquier daño sufrido por el demandante [s]”).

C. La subsiguiente reducción de los mecanismos privados de aplicación de la ley

Una vez que se negaron las justificaciones reglamentarias y de eficiencia para ampliar las demandas colectivas, no pasó mucho tiempo antes de que los tribunales y el Congreso comenzaran a desmenuzar las demandas colectivas. Las decisiones que negaban la certificación comenzaron a incorporar el mito del chantaje y las preocupaciones de ineficiencia⁷¹. El clamor por la reforma de las demandas colectivas continuó a principios del decenio de 2000, cuando el mito del chantaje llevó finalmente al Congreso y al poder judicial a emprender cambios en los mecanismos de las demandas colectivas. Estos cambios tenían por objeto proteger a los acusados, despojándolos de las ventajas que pretendía la Regla Federal 23 del Procedimiento Civil.

El mayor cambio adoptado bajo el disfraz de igualar las demandas colectivas fue la Ley de Equidad en las Demandas Colectivas de 2005 (“CAFA”). Aunque el Congreso originalmente denominó a la Ley “Carta de Derechos de las Demandas Colectivas de los Consumidores”⁷², la ley no tenía como objetivo beneficiar a los consumidores, sino más bien resolver “el problema de los acuerdos injustos y los excesivos honorarios de los abogados”⁷³. Por lo tanto, la CAFA fue la respuesta del Congreso al mito del chantaje y a las preocupaciones sobre la eficiencia y la autonomía⁷⁴.

Además de desalentar las demandas colectivas limitando los honorarios de los abogados, la CAFA cambió la jurisdicción de la mayoría de las grandes demandas colectivas, especialmente las demandas colectivas antimonopolio, de un tribunal estatal a un tribunal federal⁷⁵. La eliminación de las demandas colectivas de

71 Véase, por ejemplo, *Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 259 F.3d 154, 168 n.8 (3rd Cir. 2001); *Castano v. Am. Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 746 (5th Cir. 1996).

72 Class Action Fairness Act of 2005, Pub. L. n. 109-2, § 3, 119 Stat. 4, 5-9 (a ser codificado en 28 U. S. C. §§ 1711-15).

73 Judiciary Comm. Report on Class Action Fairness Act, S. Rep. n. 109-14, at 27, reimpresso en 2005 U. S. C. C. A. N. en 27.

74 Véase, por ejemplo, 151 Cong. Rec. 2645 en 2092 (declaración del senador Christopher Dodd) (“la práctica actual de defensa de la demanda colectiva ha negado de manera muy efectiva la jurisdicción federal sobre casos que son predominantemente de naturaleza interestatal. Estos son precisamente los tipos de casos que los Framers pensaron que merecían para ser escuchado en los tribunales federales ... [Esta ley solo] lleva a la práctica del alegato a estar más en línea con los requisitos constitucionales. Los casos que son principalmente intraestatales en lugar de interestatales pueden continuar siendo escuchados en los tribunales estatales. Pero [...] claramente interestatales [los casos] ahora serán más propensos a ser escuchados en un tribunal federal, donde pertenecen”).

75 28 U. S. C. §1332(d)(2) (Supp. V 2005). Los abogados de acción colectiva de los demandantes buscaron refugio en los tribunales estatales. A diferencia de sus hermanos federales, los jueces

los tribunales estatales se predicó como una medida esencial para “igualar” el tratamiento de los demandados en las demandas colectivas estatales y federales pendientes, que son más pro corporativas⁷⁶. Así pues, si bien la CAFA se promulgó para promover la equidad, en realidad ha ayudado a las empresas a eludir la responsabilidad de las demandas colectivas.

Con las demandas colectivas multiestatales canalizadas hacia los tribunales federales⁷⁷, el activismo judicial federal sigue debilitando los procedimientos de las demandas colectivas. El historial del Tribunal Roberts a favor de las empresas está bien establecido. Después de sólo cinco períodos, el Tribunal Roberts falló por intereses comerciales el 61 por ciento de las veces⁷⁸. Esto contrasta con el 46 por ciento en los últimos cinco años del Tribunal de Rehnquist y el 42 por ciento de todos los tribunales desde 1953⁷⁹. La protección corporativa del Tribunal ha limitado en gran medida las acciones de clase⁸⁰. El Tribunal Roberts ha intensificado activamente los requisitos procesales, haciendo más difícil la entrada

de los tribunales estatales demostraron una voluntad más clara de permitir acciones colectivas. Estos éxitos de los tribunales estatales solo alimentaron el sentimiento de acción contra la clase y dieron a los críticos una nueva causa para revitalizar los argumentos centrados en la protección de los presuntos delinquentes corporativos. Los argumentos revitalizados encontraron un ambiente comprensivo en el ambiente neoliberal procorporativo actual.

- 76 Una vez más, la evidencia empírica no respalda esta supuesta necesidad de proteger a los acusados corporativos. Congress Watch, Pub. Citizen, *Class Action “Judicial Hellholes”: Empirical Evidence Is Lacking* (2005), disponible en <http://www.citizen.org/documents/OutlierReport.pdf> (informa que muy pocas jurisdicciones son “injustas” para los acusados y que varios estados han alterado sus reglas de acción de clase para beneficio de los acusados); cf. Willing Thomas E; Wheatman Shannon R. Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make?, 81 *Notre Dame L. Rev.* 591, 645, 652-54 (2006) (encuentra, con datos limitados, que no hay diferencias en el tratamiento de las demandas colectivas entre los tribunales estatales y federales, y observando que “las percepciones judiciales de las predisposiciones judiciales hacia los intereses de sus clientes muestran poca o ninguna relación con las decisiones judiciales en los encuestados [estado y casos federales de demanda colectiva]).
- 77 Véase Klonoff, *supra* nota 21, en 745 (“CAFA has in fact had an enormous impact in shifting most class actions to federal court.”); véase también Lees, Gail E. *et al.*, *Year in Review on Class Actions*, 13 *Class Action Litig. Rep.* (BNA) n.4, Feb. 24, 2012, en 225 (señala, de hecho, exclama que, luego de la promulgación de la CAFA, “las demandas colectivas de consumidores aumentaron en un 577% en los tribunales de distrito del Noveno Circuito”).
- 78 Epstein, Lee; Landes, William M; Posner, Richard. A. *Is the Roberts Court Pro-Business?*, sec. 3, n. 3 (Dec. 17, 2010) (unpublished manuscript), www.scribd.com/doc/50720643/EPSTEIN-LANDES-POSNER-Is-the-Roberts-Court-Pro-Business (visitado: marzo, 2012).
- 79 Véase ídem.
- 80 Véase, por ejemplo, Rutherglen, George Wal-Mart, AT&T Mobility, and the Decline of the Deterrent Class Action, 98 *Va. L. Rev. In Brief* 24, 25 (2012) (discutiendo la tendencia de la Corte Suprema a fallar contra la expansión de los mecanismos de acción de clase).

en los tribunales; más difícil la presentación de una demanda colectiva por daños comerciales; y más difícil la certificación de una clase federal⁸¹.

Ahora, la actitud judicial dominante hacia las demandas colectivas es un escepticismo instintivo. Al comienzo de cualquier acción de clase, la balanza ya se inclina fuertemente a favor del demandado. El intento de los miembros de la clase putativa de llevar a cabo demandas colectivas los coloca en una posición sospechosa para los jueces. De hecho, el tenor de algunas decisiones de certificación de clase asume que las demandas son de mérito cuestionable desde el principio. Como declaró recientemente un tribunal, “negar o conceder la certificación de clase es a menudo el momento decisivo en las demandas colectivas [...] porque puede [...] crear una presión injustificada para que los demandados lleguen a un acuerdo sobre las demandas sin fundamento”⁸².

Incluso suponiendo que los demandados corporativos necesiten más protección, la Corte Suprema ha añadido un importante control de acceso a las demandas colectivas sólo en la última década⁸³. Una de las principales puertas de entrada a las demandas colectivas de responsabilidad civil de empresas es *Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, que alteró la norma de presentación de una demanda⁸⁴. En *Twombly*, la Corte Suprema volvió a los chantajes y a las razones de eficiencia para justificar el poder de los jueces para desestimar las demandas colectivas que consideran inverosímiles en base a su “experiencia judicial y sentido común”⁸⁵. El tenor de la Corte Suprema demuestra un claro desdén por las demandas colectivas, enmarcándolas como una afirmación potencial, “una demanda en gran parte infundada [...] que se toma el tiempo de otras personas, con el derecho de

81 Véase Hovenkamp, Herbert, *The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond*, 95 *Iowa L. Rev. Bull.* 55, 56–58 (2010). Esto se suma a la reducción de los reclamos sustantivos que a menudo se presentan como acciones colectivas privadas. Por ejemplo, el Tribunal de Roberts erosionó la responsabilidad *per se* por posibles violaciones antimonopolio clave. Véase, por ejemplo, *Leegin Creative Leather Prods, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007) (anulando la antigua doctrina de la ilegalidad *per se* en sostener que el mantenimiento del precio de reventa debe juzgarse por la regla de la razón); *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U. S. 1 (2006) (encontrar un acuerdo de empresa conjunta para vender gasolina al mismo precio a sus cadenas separadas de propietarios de estaciones de servicio de marca no era ilegal *per se* como un acuerdo horizontal de fijación de precios).

82 *Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 259 F.3d 154, 165 (3d Cir. 2001).

83 Lazaroff, Daniel E. *Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation*, 7 *U. C. Davis Bus. L. J.* 1, 46-51 (2006). Para una discusión exhaustiva sobre el aumento de la vigilancia bajo la Corte de Roberts, véase en general Howard M. Wasserman, *The Roberts Court and the Civil Procedure Revival*, 31 *Rev. Litig.* 313 (2012).

84 *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U. S. 544 (2007); véase también Cavanagh, Edward D. *Twombly: The Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain Future of Private Antitrust Enforcement*, 28 *Rev. Litig.* 1, 17-27, 2008 (discute el impacto de *Twombly*).

85 *Twombly*, 550 U. S. en 565.

hacerlo representando un incremento *in terrorem* del valor del acuerdo⁸⁶. Este escepticismo y el nuevo estándar de alegato significan que los demandantes de la clase deben ahora probar su caso sin la ayuda del descubrimiento⁸⁷.

Para muchas áreas de la ley, este estándar significa poco. Por ejemplo, en un caso típico de contrato, un demandante sólo tiene que alegar hechos para cada elemento de la demanda, con un énfasis potencialmente mayor en las alegaciones de incumplimiento y daños y perjuicios. Siempre que una parte exponga hechos que “sugieran de manera plausible (no sólo coherentes con)” una conducta ilegal⁸⁸, la demanda debe mantenerse. Pero en el ámbito de la defensa de la competencia, lo que es “plausible” es mucho más relativo, dado que un juez debe decidir subjetivamente si cree que la conducta ilícita es plausible en una industria determinada⁸⁹. Esta subjetividad es particularmente mortal para las supuestas acciones colectivas antimonopolio. Dos de cada tres demandas antimonopolio presentadas desde *Twombly* han sido desestimadas por mociones de la Regla Federal de Procedimiento Civil 12(b)(6)⁹⁰, una cifra casi un 25 por ciento más alta que en los casos de agravios o contratos⁹¹.

Sin embargo, *Twombly* está lejos de ser el único obstáculo para la aplicación privada de las leyes antimonopolio. En el caso *American Express Co. v. Italian Colors*

86 *Ibid.*, p. 558 (citas internas omitidas).

87 Cavanagh, *supra* nota 84, en 22.

88 *Twombly*, 550 U. S. en 557.

89 Además, este requisito ignora que los acusados, no los demandantes, tienen acceso a los detalles necesarios para superar esta barrera. Véase también Hovenkamp, *supra* nota 81, en 58 (discute la naturaleza problemática de *Twombly* para los demandantes que intentan alegar acuerdos de división de mercado implícitos). Como explica un erudito: “Basado en las diferencias entre los jueces, un juez puede desestimar una queja mientras que otro concluye que sobrevive, únicamente debido a la forma en que cada juez aplica su ‘experiencia judicial y sentido común’. Esto seguramente creará imprevisibilidad, falta de uniformidad y confusión”. Malveaux, Suzette M., Symposium, Clearing Civil Procedural Hurdles in the Quest of Justice, 37 *Ohio N. U. L. Rev.* 621, 624. 2011.

90 Lamberg Kafele, Heather; M. Meeks, Mario, *Developing Trends and Patterns in Federal Antitrust Cases after Bell Atlantic Corp. v. Twombly and Aschcroft v. Iqbal*, Shearman & Sterling LLP Antitrust Digest (Apr. 2010). Un segmento de académicos, profesionales y organizaciones de defensa han tratado de mejorar el daño causado por esta decisión, aunque sus respuestas propuestas están lejos de ser uniformes. Algunos abogan por un descubrimiento limitado, otros buscan una anulación legislativa de la decisión o enmiendas a las Reglas Federales. Véase Malveaux, *supra* nota 89, en 629; véase también Letter from Albert A. Foer, President, The American Antitrust Institute, to Hon. Lee H. Rosenthal, Chair, The Standing Committee on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States (May 27, 2010) (avala el “descubrimiento de la linterna” que es un descubrimiento inicial limitado).

91 Hatamyar, Patricia W. The Tao of Pleading: Do *Twombly* and *Iqbal* Matter Empirically?, 59 *Am. U. L. Rev.* 553, 607. 2010.

*Restaurant*⁹², el Tribunal proporcionó a los posibles demandados una poderosa herramienta para evitar por completo las demandas colectivas⁹³. Un posible demandado sólo tiene que incluir una cláusula de arbitraje que excluye las acciones de clase para evitar tales demandas⁹⁴. Al insertar el lenguaje mágico correcto en la letra pequeña de los términos y condiciones de un producto, un posible demandado puede inmunizarse de las demandas colectivas⁹⁵.

Esta decisión refleja otra justificación basada en la autonomía para limitar las demandas colectivas: la libertad de contratación, incluso si esa libertad es ilusoria para el consumidor medio. La libertad de contratar se centra en las capacidades de los actores jurídicos autónomos, mientras que al mismo tiempo no reconoce el diferencial de poder entre las empresas y los consumidores. Para la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las demandas colectivas interfieren erróneamente en esa libertad y, por lo tanto, deben ser restringidas. Tal y como el juez Kagan describe con precisión la decisión, “La Corte hoy se equivoca en lo que se refiere a este caso. Para un martillo, todo parece un clavo. Y para una Corte empeñada en disminuir la utilidad de la Regla 23, todo parece una acción de clase, lista para ser desmantelada”⁹⁶.

Estos cambios de procedimiento limitaron considerablemente la viabilidad de las acciones de clase. Como el senador Arlen Specter señaló,

El efecto de las acciones de la Corte sin duda será negar a muchos demandantes con demandas meritorias el acceso a los tribunales federales y, con ello, cualquier reparación legal por sus lesiones, [...] Creo que se trata de un acontecimiento especialmente inoportuno en un momento en que, con los recursos de litigio de nuestro poder ejecutivo y los organismos administrativos al límite, la aplicación de las leyes federales antimonopolio, de protección del consumidor, de derechos civiles y otras leyes que benefician al público recaerá cada vez más en litigantes privados⁹⁷.

92 *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013).

93 Como uno de los comentaristas describe la decisión: “This is as big a pro-business, pro-corporate ruling as we’ve ever seen from the Roberts’ Court — and it will take explicit Congressional action to overturn it.” Cohen, Andrew. *No Class: The Supreme Court’s Arbitration Ruling*. The Atlantic (Apr. 27, 2011, 5:33 AM), <http://www.theatlantic.com/national/archive/2011/04/no-class-the-supreme-courts-arbitration-ruling/237967>.

94 *Italian Colors*, 133 S. Ct. en 2309-09.

95 Ídem.

96 *Ibíd.*, p. 2320.

97 *Specter Proposes Return to Prior Pleading Standard*, Blog of Legal Times (July 23, 2009, 11:43 am) (comillas internas omitidas), <http://legaltimes.typepad.com/blt/2009/07/specter-proposes-return-to-prior-pleading-standard.html>.

Esta oscura profecía se hizo realidad en los años venideros. Como se detalla en la siguiente sección, el efecto combinado de la reducción de los procedimientos de acción colectiva ha perjudicado los esfuerzos de los Estados Unidos para hacer frente a la corrupción anticompetitiva.

D. Lo que queda de los esfuerzos privados de aplicación de las leyes antimonopolio

A medida que se produjeron cambios en el procedimiento, las demandas colectivas se han convertido en un mecanismo menos útil para responder al comportamiento anticompetitivo. Donde el impacto es particularmente notable es en los casos de la sección 2, es decir, en los casos que buscan el reconocimiento de daños por una conducta anticompetitiva de una entidad u organización monopolística. A estos casos les ha ido particularmente mal con los requisitos de alegato más estrictos del *Twiqbal*. Un estudio realizado en 2010 encontró que aproximadamente el 44% de las quejas de la sección 2 presentadas por actores privados fueron desestimadas en la etapa de moción de desestimación⁹⁸. No es sorprendente que el número total de casos de la sección 2 que se han presentado también ha disminuido⁹⁹.

A medida que se debilitaron los mecanismos privados de aplicación, también se debilitó la aplicación de las leyes antimonopolio de los Estados Unidos. Estos cambios han contribuido a perjudicar al mercado, exacerbando las concentraciones de la riqueza corporativa y la disparidad de la riqueza en general. En los últimos veinte años, el período que se superpone con gran parte de estos cambios sustantivos y de procedimiento en la aplicación de las normas antimonopolio, se produjeron diez de las mayores fusiones registradas en la historia de los Estados Unidos. De hecho, menos del 5% de las solicitudes de fusión de los últimos diez años fueron bloqueadas o modificadas por las autoridades antimonopolio de los Estados Unidos debido a las preocupaciones relativas a los aumentos anticompetitivos de los precios al consumidor.

Incluso aparte de las fusiones, la concentración del mercado va en aumento. Dos tercios de todos los sectores corporativos se han concentrado más desde los años noventa. En el caso de algunas industrias, la concentración es particularmente asombrosa. Por ejemplo, cuatro corporaciones controlan cerca del 90% del comercio mundial de cereales, mientras que cinco empresas controlan el 90% de la industria de los medios de comunicación. Sin embargo, tal vez el sector de las aerolíneas sea el indicador más claro de la forma en que el debilitamiento de la aplicación privada de la ley se correlaciona con la concentración del mercado.

98 Hawthorne Donald, *Recent Trends in Federal Antitrust Class Actions*, Antitrust 60 (verano 2010).

99 Véase Bartholomew, Christine P. *Antitrust Objections* (forthcoming 2020) (establece conclusiones sobre acciones antimonopolio privadas de 2005-2019).

Hace treinta años, cincuenta compañías poseían el 90 por ciento del mercado de la aviación de los Estados Unidos. Ahora, cuatro aerolíneas controlan más del 80 por ciento de ese mercado¹⁰⁰.

Sin duda, en este momento, la aplicación de las leyes antimonopolio en Estados Unidos está comprometida. El país ya no lidera la lucha contra la corrupción a través de sólidos mecanismos privados de aplicación de la ley. Dicho esto, no todo es sombrío. Algunas demandas colectivas antimonopolio han navegado por los peligrosos caminos de los procedimientos. Los reclamos de la sección 1 para la fijación de precios siguen siendo terreno fértil para los esfuerzos privados de aplicación de la ley. Por ejemplo, consideremos los recientes casos de carteles bancarios mundiales: *In re Foreign Exchange* e *In re LIBOR*.

In re Foreign Exchange implicó una demanda de la sección 1 contra los principales bancos, incluidos Barclays BNP, Pariabas, Citigroup, JP Morgan, Royal Bank of Scotland y UBS. Estos bancos manipularon las divisas. La manipulación se hizo supuestamente a través de salas de chat con nombres como “El Cartel”, “La Mafia” y “El Club de los Bandidos”. Los acusados compartieron la comunicación confidencial con los clientes y los libros de órdenes internas, lo cual permitió a los bancos dirigir las operaciones de los clientes y beneficiarse de cualquier movimiento de precios. Las demandas del gobierno, incluidas las medidas de aplicación de la ley en Sudáfrica, Suiza y el Reino Unido, recuperaron aproximadamente 10.000 millones de dólares en multas. Los juicios privados de aplicación de la ley, que todavía están en curso, han generado otros 2300 millones de dólares, que se devolverán directamente a los inversores de los Estados Unidos perjudicados por este delito.

En el segundo caso, *In re Libor*, los esfuerzos privados de aplicación de la ley se dirigieron a las acciones de los mayores bancos del mundo para manipular la tasa de oferta interbancaria de Londres (LIBOR). Los compradores de instrumentos financieros que pagaban intereses indexados al LIBOR en dólares de los Estados Unidos demandaron a un panel de bancos, entre ellos Credit Suisse, J. P. Morgan, Bank of America, Deutsche Bank, The Norinchuckin Bank y el Royal Bank of Canada. En 2018, el Distrito Sur de Nueva York certificó la clase. Hasta la fecha, los acuerdos en el caso han totalizado más de 590 millones de dólares, además de las multas gubernamentales.

Por lo tanto, incluso después de décadas de estrechamiento y ataque, algunos rincones de la aplicación privada todavía son viables. Estas reformas han tenido efectos escalofriantes en ciertas demandas. Pero los que luchan contra la conducta anticompetitiva han pasado a centrarse en la estrecha gama de casos que pueden ganarse.

100 Véase Glinskies, Emmalina. *By the Numbers: The Rise of Monopolies*, The Nation (Feb. 15, 2018).

CONCLUSIÓN

En este preciso momento, Estados Unidos ya no es un verdadero líder en la aplicación de las leyes antimonopolio, como lo fue en el pasado. Su éxito histórico estuvo estrechamente ligado a su dependencia de los esfuerzos privados de aplicación de la ley para apuntalar las investigaciones y acciones del gobierno. Durante las últimas décadas, esos esfuerzos privados de aplicación de la ley se han visto perjudicados por repetidos cambios de procedimiento que han socavado su utilidad. Al comprometer este mecanismo clave de aplicación, la supervisión antimonopolio ha sufrido.

Dicho esto, otros países están intensificando su aplicación de las normas antimonopolio. Por ejemplo, Colombia también se ha mostrado activa en el ámbito antimonopolio. La Superintendencia Industria y Comercio ha investigado y procesado la fijación de precios en la industria del cemento, los mercados de suministro de agua en Bogotá y los pañales. También comenzó a investigar las colusiones de Aerocafé y en la industria de las grúas de construcción¹⁰¹.

De hecho, muchas de las posiciones más agresivas de aplicación de las leyes antimonopolio están saliendo de la Unión Europea. La Unión Europea fue la primera en presentar demandas antimonopolio contra Amazon, Sanrio y Broadcom. Fue el líder en el enjuiciamiento de un cartel de comercio de mercado al contado, incluyendo Barclays, RBS, Citigroup, y JP Morgan. Esta supervisión regulatoria ha asegurado que los mercados de la Unión Europea sean más competitivos que los de los Estados Unidos.

Lo que queda por verse es si los Estados Unidos enderezarán el barco. Algunos actores políticos en los últimos años han hecho referencias a la importancia de la aplicación de las normas antimonopolio. Incluso, algunos llegaron a proponer planes para revitalizar la aplicación privada de las normas antimonopolio. En conclusión, si la aplicación privada de la ley recupera fuerza, los Estados Unidos podrían ver un regreso a su posición anterior como líder clave en la lucha contra la corrupción anticompetitiva. De no ser así, la batalla por los mercados competitivos podría dejarse a otros países.

101 Carrillo Zuluaga, Paola Andrea. "Colombia: Superintendency of Industry and Commerce", en *The Antitrust Review of the Americas* 2019. *Global Competition Review* (sept. 3, 2018). Consultese en: <https://globalcompetitionreview.com/review/the-antitrust-review-of-the-americas/the-antitrust-review-of-the-americas-2019/article/colombia-superintendency-of-industry-and-commerce> (detalle de las decisiones e investigaciones recientes de la SIC).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Calabresi, Steven G. & Larissa C. Leibowitz, Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism, 36 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 983, 1012-13 (2013).

Carrillo Zuluaga, Paola Andrea. Colombia: Superintendency of Industry and Commerce, *The Antitrust Review of the Americas* 2019 (sept. 3, 2018).

Cohen, Andrew. No Class: The Supreme Court's Arbitration Ruling, *The Atlantic* (Apr. 27, 2011, 5:33 AM), <http://www.theatlantic.com/national/archive/2011/04/no-class-the-supreme-courts-arbitration-ruling/237967>

Castano v. Am. Tobacco Co., 84 F.3d 734, 746 (5th Cir. 1996).

Cavanagh, Edward D. Twombly: The Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain Future of Private Antitrust Enforcement, 28 *Rev. Litig.* 1, 17–27 (2008).

Coffee, John C. Jr., Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action, 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1465 (1995).

Congress Watch, Pub. Citizen, Class Action “Judicial Hellholes”: Empirical Evidence Is Lacking (2005), disponible en [http:// www.citizen.org/documents/OutlierReport.pdf](http://www.citizen.org/documents/OutlierReport.pdf).

Deborah R. Hensler *et al.*, Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain 471 (2000).

Dep't of Justice Antitrust Resource Manual, disponible en <https://www.justice.gov/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement>.

Deputy Assistant Attorney General Roger Alford, “Antitrust Enforcement and the Fight Against Corruption”, Remarks as Prepared for the Conference on Rule of Law and Anti-Corruption Challenges, (San Paolo, Brazil Oct. 3, 2017).

Deputy Assistant Attorney General Scott D. Hammond, “Caught in the Act: Inside an International Cartel”, OECD Competition Committee, Working Party n.3 Public Prosecutors Program (Oct. 18, 2005 Paris, France), disponible en <https://www.justice.gov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>

Eichenwald, Kurt. *The Informant* 12 (2000).

Epstein, Lee; William M. Landes, & Richard A. Posner, Is the Roberts Court Pro-Business?, sec. 3, n. 3 (Dec. 17, 2010) (unpublished manuscript), www.scribd.com/doc/50720643/EPSTEIN-LANDES-POSNER-Is-the-Roberts-Court-Pro-Business

Federal Class Actions: A Suggested Revision of Rule 23, 46 *Colum. L. Rev.* 818, 822-23 (1946).

Glinskies, Emmalina. By the Numbers: The Rise of Monopolies, The Nation (Feb. 15, 2018).

Friendly, Henry J. Federal Jurisdiction: A General View 120 (1973).

Glass, Ira. The Fix is In, This American Life (sept. 15, 2000).

Handler, Milton. Foreword, 75 *Cal. L. Rev.* 787 (1987).

Handler, Milton. Recent Antitrust Developments, 112 *U. Pa. L. Rev.* 159, 188 (1963).

Handler, Milton. The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits-the Twenty-Third Annual Antitrust Review, 71 *Colum. L. Rev.* 1, 9 (1971).

Hatamyar, Patricia W. The Tao of Pleading: Do Twombly and Iqbal Matter Empirically?, 59 *Am. U. L. Rev.* 553, 607 (2010).

Hawthorne, Donald. Recent Trends in Federal Antitrust Class Actions, *Antitrust* 60 (verano 2010).

Hewitt Pate, R Department of Justice Assistant Attorney General, "International Anti-Cartel Enforcement" (nov. 21, 2004) disponible en <http://www.usdoj.gov/atrp/public/speeches/206428.html>

Hovenkamp, Herbert. The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond, 95 *Iowa L. Rev. Bull.* 55, 56-58 (2010).

"Individual Accountability for Corporate Wrongdoing", Memorandum from Deputy Attorney General Sally Q. Yates (sept. 9, 2015), disponible en The Department of Justice Archives <https://www.justice.gov/archives/dag/individual-accountability>.

Kanner, Allan & Tibor Nagy. Exploding the Blackmail Myth: A New Perspective on Class Action Settlements, 57 *Baylor L. Rev.* 681, 697 (2005).

Kaplow, Louis. Antitrust, Law & Economics, and the Courts, 50 *Law & Contemporary Problems* 181, 184 (1987).

Klonoff, Robert H. The Decline of Class Actions, 90 *Wash. U. L. Rev.* 729, 736 (2013).

Lamberg Kafefe, Heather & Mario M. Meeks. Developing Trends and Patterns in Federal Antitrust Cases after *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* and *Aschroft v. Iqbal*, *Shearman & Sterling LLP Antitrust Digest* (Apr. 2010).

Lande, Robert H.; Joshua P. Davis, Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases, 42 *U. S. F. L. Rev.* 879, 906 (2008).

Lazaroff, Daniel E. Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation, 7 *U. C. Davis Bus. L. J.* 1, 46-51 (2006).

Lees, Gail E. *et al.*, Year in Review on Class Actions, 13 *Class Action Litig. Rep.* (BNA) n.4, Feb. 24, 2012, en 225.

Legge v. Nextel Commc'ns, Inc., CV 02-8676DSF(VNKX), 2004 WL 5235587, en **13-17 (C.D. Cal. June 25, 2004).

Lehman, James K. Blood Suppliers' Liability for AIDS Contaminated Blood, 41 *S. C. L. Rev.* 107, 109 n.14 (1989).

Letter from Albert A. Foer, President, The American Antitrust Institute, to Hon. Lee H. Rosenthal, Chair, The Standing Committee on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States (May 27, 2010).

Loffi, Kathryn G. Suppliers of AIDS-Contaminated Blood Now Face Liability, 34 *How. L.J.* 183, 187-88 (1991).

London v. Wal-Mart Stores, Inc., 340 F.3d 1246, 1255 n.5 (11th Cir. 2003).

Luff, Patrick A. Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions, 41 *U. Mem. L. Rev.* 65, 68 (2010).

Nasar, Sylvia & Milton Handler, 95, Is Dead; Antitrust Expert Wrote Laws, *NY Times*, nov. 12, 1998, disponible en <http://www.nytimes.com/1998/11/12/business/milton-handler-95-is-dead-antitrust-expert-wrote-laws.html>

Neal, Phil C. and Perry Goldberg, The Electrical Equipment Antitrust Cases: Novel Judicial Administration, 50 *Am. Bar Assoc. J.* 621, 622 (July 1964).

Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 259 F.3d 154, 168 n.8 (3rd Cir. 2001)

Phillips Sawyer, Laura. U. S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective, Working Paper 19-110, Harvard Business School (2019).

Rutherglen, G. Wal-Mart, AT&T Mobility, and the Decline of the Deterrent Class Action, 98 *Va. L. Rev. In Brief* 24, 25 (2012).

Segmento uno: enero 18, 1995 Cartel Meeting in Atlanta, Georgia—The Lysine Cartel Members Show Disdain for Customers and Antitrust Enforcement, disponible en <https://www.justice.gov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>

Silver, Charles. “We’re Scared to Death”: Class Certification and Blackmail, 78 *N. Y. U. L. Rev.* 1357, 1430 (2003).

Silver, Charles. “We’re Scared to Death”: Class Certification and Blackmail, 78 *N. Y. U. L. Rev.* 1357, 1361-62 (2003).

Singh, Rahu. The Teeter-Totter of Regulation and Competition: Balancing the Indian Competition Commission with Sectoral Regulators, 8 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 71, 96 (2009).

Specter Proposes Return to Prior Pleading Standard, Blog of Legal Times (July 23, 2009) <http://legaltimes.typepad.com/blt/2009/07/specter-proposes-return-to-prior-pleading-standard.html>

Sternlight, Jean R. As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive?, 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1, 35 (2000).

Suzette M. Malveaux, Symposium, Clearing Civil Procedural Hurdles in the Quest of Justice, 37 *Ohio N. U. L. Rev.* 621, 624 (2011).

Thorelli, Hans B. The Federal Antitrust Policy 206-210 (1955).

Wasserman, Howard M. The Roberts Court and the Civil Procedure Revival, 31 *Rev. Litig.* 313 (2012).

Watkins, Myron W. Electrical Equipment Antitrust Cases: Their Implications for Government and for Business, 97 *U. Chicago L. Rev.* 97, 104 (1961).

Willing, Thomas E. & Shannon R. Wheatman, Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make?, 81 *Notre Dame L. Rev.* 591, 645, 652-54 (2006).

Wu, Tim. The Curse of Bigness 78-79 (2018).

Yeazell, Stephen C. From Medieval Group Litigation to The Modern Class Action 264 (1987).

Jurisprudencia

Albrecht v. Herald Co., 390 U. S. 145 (1968).

Am. Express Co. v. Italian Colors Rest., 133 S. Ct. 2304 (2013).

Animal Sci. Prod., Inc. v. China Minmetals Corp., 34 F. Supp. 3d 465, 499 (D. N. J. 2014).

Atl. City Elec. Co. v. Gen. Elec. Co., 226 F. Supp. 59, 60-61 (S. D. N. Y. 1964).

Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U. S. 544 (2007).

Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 (1911).

FTC v. Ind. Fed'n of Dentists, 476 U. S. 477 (1986).

Hawaii v. Standard Oil Co., 405 U. S. 251, 262 (1972).

In re Auto. Refinishing Paint Antitrust Litig., 177 F. Supp. 2d 1378 (E. D. Pa. 2001).

In re Linerboard Antitrust Litig. (Linerboard I), n. 1261, 2000 WL 1475559, en *1-3 (E. D. Pa. Oct. 4, 2000).

In re Linerboard Antitrust Litig. (Linerboard II), 203 F. R. D. 197, 201-04 (E. D. Pa. 2001).

In re Linerboard Antitrust Litig. (Linerboard III), 305 F.3d 145, 147-49 (3d Cir. 2002).

In re Linerboard Antitrust Litig., 321 F. Supp. 2d 619 (E. D. Pa. 2004).

In re Matter of Rhone-Poulenc Rorer, Inc., 51 F.3d 1293, 1304 (7th Cir. 1995).

In re Polypropylene Carpet Antitrust Litig., 93 F. Supp. 2d 1348 (N. D. Ga. 2000).

In re Relafen Antitrust Litig., 346 F. Supp. 2d 349 (D. Mass. 2004).

In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc., 51 F.3d 1293, 1299 (7th Cir. 1995).

Jeff Lyon, A Matter of Life or Death, *Chi. Trib. Sunday Mag.*, April 23, 1989.

Jeff Wright, Note, Bad Blood: Wadleigh v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc., Mandamus Uncabined, 23 *W. St. U. L. Rev.* 549, 550-52 (1996).

Leegin Creative Leather Prods, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007).

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U. S. 877 (2007).

Newton v. Merrill Lynch, 259 F.3d 154 (3rd Cir. 2001).

Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 259 F.3d 154, 165 (3d Cir. 2001).

Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Grp., Inc., 524 F. Supp. 2d 1031, 1037 (N. D. Ill. 2007).

State Oil Co. v. Khan, 552 U. S. 3 (1997).

Texaco Inc. v. Dagher, 547 U. S. 1 (2006).

Transam. Refining Corp. v. Dravo Corp., n. 4:88CV00789 (S. D. Tex. filed Mar. 10, 1988).

Wadleigh v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc., 157 F. R. D. 410, 413 (N. D. Ill. 1994).

Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co., 472 U. S. 284 (1985).

Normatividad

Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890).

Class Action Fairness Act of 2005, Pub. L. n. 109-2, § 3, 119 Stat. 4, 5-9.

Judiciary Comm. Report on Class Action Fairness Act, S. Rep. n. 109-14, at 27, reimpresso en 2005 U. S. C. C. A. N. en 27.