

Fundamentos de la intervención estatal en materia de competencia, consumidor, propiedad intelectual y datos personales

— Alejandro Alterwain* —

Resumen

El autor analiza los fundamentos que habilitan al Estado a diseñar y aplicar ciertas regulaciones, particularmente la defensa de la competencia, la defensa del consumidor, la propiedad intelectual y la protección de datos personales. El autor pasa revista de las fallas de mercado que justifican la intervención estatal a través de dichas regulaciones. El autor procura demostrar la conveniencia de usar las fallas de mercado para determinar el alcance objetivo de cada una de dichas regulaciones y la jurisdicción de las agencias estatales con competencia en ellas. El autor finaliza el estudio con conclusiones y algunas sugerencias para la determinación de la ley y jurisdicción para el caso que preliminarmente se identificara que la alegada infracción procura explotar más de una falla de mercado.

Palabras clave

Fallas de mercado, poder de mercado, competencia, antitrust, consumidor, propiedad intelectual, privacidad, protección de datos

Abstract

The author analyzes the foundations that enable the State to design and enforce certain regulations, particularly the competition law, consumer protection, intellectual property and the protection of personal data. The author reviews the market failures that justify state intervention through such regulations. The author seeks to show the convenience of using market failures for the determination of the objective scope of each of said regulations and the jurisdiction of the state agencies with competence in same. The author ends the study with conclusions and some suggestions for the determination of the law and jurisdiction for the case that it is preliminarily identified that the alleged infraction seeks to exploit more than one market failure.

Keywords

Market failure, market power, competition, antitrust, consumer, intellectual property, privacy, data protection

* Dirige las áreas de práctica de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de FERRERE, Uruguay. Abogado por la Universidad de la República (Uruguay). Magister en Derecho (LL.M) por la Universidad de Columbia (Estados Unidos).



1. Introducción

El objeto de este artículo es estudiar los fundamentos económicos o de otro tipo de ciertas intervenciones estatales en los mercados.

Los Estados afectan las condiciones de competencia a través de una diversidad de acciones, por lo que focalizaremos este trabajo en el análisis de los fundamentos de la defensa de la competencia, la defensa del consumidor, la propiedad intelectual y el derecho de la privacidad o protección de datos personales.¹

Para realizar dicha tarea nos fundamentaremos en la figura de la “falla de mercado” como justificativo de cualquier intervención pública en los mercados.

Comenzaremos nuestro estudio con el análisis de la defensa de la competencia y su interrelación con el concepto de poder de mercado, lo que será central en este artículo.

En forma seguida, examinaremos otras regulaciones, como son la defensa del consumidor, la propiedad intelectual e inclusive el derecho de la privacidad o protección de datos personales (regulación de naturaleza no económica, como veremos), para así analizar las clases de fallas de mercado (u otras cuestiones) que cada una de dichas regulaciones procura corregir.

Finalmente, presentaremos ciertas conclusiones y sugerencias para la determinación de la ley y jurisdicción aplicable ante conductas que procuran explotar múltiples fallas de mercado.

2. Intervenciones estatales en los mercados

Los gobiernos (o más generalmente, los Estados) afectan las economías de mercado y sus condiciones de competencia a través de una infinidad de acciones; de diversa naturaleza, las que en adelante denominaremos “intervenciones”.

La economía de mercado, cabe recordar, es el sistema económico que se rige por la ley de la oferta y la demanda –no así por un dirigismo público– y en el que rige el *principio de libre competencia*.

Dicho principio se deriva del de libertad de empresa y puede definirse como el derecho de toda perso-

na a participar de una economía de mercado, ya sea como oferente o adquirente de bienes o servicios, sin interferencia, distorsión o intervención injustificada alguna en el mercado (sea de particulares o del Estado) y así en el desarrollo de su actividad económica.

A través de sus intervenciones, el Estado puede afectar negativamente el principio de libre competencia, como también dotarlo de mayor plenitud. Por ende, mientras algunas intervenciones pueden constituir verdaderas interferencias con la libre competencia, en otros casos el Estado interviene para facilitar el desarrollo de nuevos mercados.

La primera faceta de la intervención estatal en la libre competencia se vincula con la función estatal de garante de derechos individuales. El Estado debe propiciar un marco general de libertad, igualdad, seguridad y de respeto por la propiedad privada. Debe garantizar las relaciones de intercambio, así como las libertades públicas, como la circulación, expresión, educación, asociación, etc. (Laguna de Paz, 2016). Más aún, el Estado debe garantizar la libertad de contratación y de formación de precios, así como la libertad de acceso y salida de los mercados. Se requiere también que el Estado conceda seguridad jurídica a las inversiones y en general a las actividades económicas, además de desarrollar una política monetaria estable y predecible (Pascual y Vicente, 2013).

El Estado también interviene en los mercados cuando desarrolla tareas de planificación económica, cuando fija impuestos, el salario mínimo a los trabajadores, entre otros; y, cuando fija las reglas aplicables a la responsabilidad civil, al derecho contractual y a los procesos de bancarrota.

Por supuesto, el Estado también incide en la economía y en los mercados cuando regula –también cuando omite regular– el ejercicio del poder empresarial en materia política, como las leyes que regulan el *lobby* y el financiamiento de partidos políticos. En definitiva, el Estado es responsable por un mar de actos y hechos que, en mayor o menor medida, inciden en la libre competencia.

En muchos casos, sin embargo, ocurre que el Estado afecta la libre competencia en forma involuntaria o accidental. Por ejemplo, el fin típicamente buscado por un incremento de impuestos es au-

1 No ingresaremos, en esta oportunidad, en el análisis de la regulación económica propiamente dicha (regulación ex - ante), la que puede presentar distintos fundamentos, cuyo estudio excede los límites autoimpuestos para este trabajo.

mentar la recaudación, no así afectar el consumo o el precio final de ciertos productos (aunque puede ser ese el objetivo principal en relación con algunos impuestos, como es el caso de los impuestos pigouvianos).

En otros casos, por el contrario, el Estado planifica intervenir en los mercados. Existe un designio intervencionista cuando monopoliza por ley ciertas actividades económicas, o cuando desarrolla actividad regulatoria, por ejemplo, fijando precios máximos para la venta de ciertos productos. También interviene intencionalmente en los mercados cuando participa en ellos, ya sea en calidad de adquirente u oferente de bienes o servicios. En este último caso, el Estado desarrolla actividad económica, ya sea monopolizada o compitiendo con el sector privado.

Como fuera dicho, en este artículo examinaremos exclusivamente las justificaciones de ciertas intervenciones estatales de tipo regulatorias, utilizando para ello la herramienta económica de la “falla de mercado”.

3. Las fallas de mercado como justificación para la intervención en los mercados

Enseña la teoría económica que los mercados se autorregulan gracias a la “mano invisible”, según la famosa expresión acuñada por Adam Smith.

Hay situaciones, sin embargo, en que los mercados librados a sus propias fuerzas no proveen resultados socialmente óptimos; imperfecciones que se conocen como –o se deben a ciertas– “fallas de mercado”.²

Algunas de las causas que generan dichas fallas de mercado son bien conocidas: la existencia de poder de mercado, los bienes públicos, la asimetría de la información, los monopolios naturales y los sesgos cognitivos, es decir, las desviaciones respecto del comportamiento humano racional.

Verificada una falla de mercado, el mercado no funciona adecuadamente (genera ineficiencias en

el sentido de Pareto, con lo cual sería posible beneficiar a un sujeto sin perjudicar a otro) o, inclusive, el mercado puede llegar a no existir. En cualquiera de dichos escenarios, hay razones que justifican la intervención en los mercados.

Más aún, la propia expresión “falla de mercado” se vincula habitualmente a la intervención estatal. Así, en un glosario del año 2008, la OCDE define el concepto de falla de mercado como “*un término general que describe situaciones en las que los resultados del mercado no son Pareto eficientes. Las fallas de mercado proveen un racional para la intervención del gobierno*” (p. 323).

Por supuesto, las regulaciones constitucionales y legales no suelen remitirse a las fallas de mercado. Sin embargo, expresiones como las “razones de interés general” (por citar la Constitución uruguaya en sus artículos 7 y 36) son los justificativos habituales para limitar el goce de ciertos derechos fundamentales de corte económico, típicamente la libertad de empresa y la propiedad.

4. La defensa de la competencia

4.1 La defensa de la competencia como intervención estatal

Señalaba Adam Smith, en un pasaje de su obra que, sin perder vigencia, ha sido excesivamente citado, que:

rara vez se verán juntarse los de una misma profesión u oficio, aunque sea con motivo de diversión (...) que no concluyan sus juntas y sus conversaciones en alguna combinación o concierto contra el beneficio común, conviniéndose en levantar los precios de los artefactos o mercaderías. (1794, p. 223)

Pues bien, la defensa de la competencia combate la tendencia natural de los competidores a eliminar o minimizar los “riesgos” de la competencia, lo que hacen típicamente a través de acuerdos anticompetitivos. Por ende, si bien Adam Smith nunca imaginó un régimen legal de defensa de la competencia, sus palabras resumen el fundamento de dicha disciplina tal cual la conocemos.

2 Debe advertirse que también se ha argumentado que, como por regla los mercados no presentan las condiciones teóricas de la competencia perfecta, según algunos autores las fallas de mercado serían la regla y los mercados que se autorregulan correctamente la excepción, concepción que pondría en tela de juicio toda la construcción acerca de las fallas de mercado como “excepciones” o “imperfecciones”. En esta línea, Stiglitz expresa que más que fallas de mercado, debiera hablarse de “fallas de gobierno”, que son las que en definitiva determinan el incorrecto funcionamiento de algunos mercados (Stiglitz, 2008).



En un primer acercamiento a la materia, podría pensarse que el rol del Estado cuando ejerce su autoridad en materia de defensa de la competencia debiera ser neutro en materia competitiva, tal como un árbitro de fútbol en un partido bajo su dirección, que no debe favorecer a ninguno de los equipos en la contienda.

Sin embargo, así como el juez de fútbol (o de cualquier otro deporte) difícilmente evite tomar decisiones que afecten el resultado del partido (algunos dirán que el árbitro es un jugador más, pero con un deber de neutralidad), algo similar ocurre en materia *antitrust*.

En este sentido, se ha dicho que la defensa de la competencia es una suerte de “esponja” que absorbe elementos sociales, económicos y políticos locales. Es en razón de dichas características que la defensa de la competencia es incapaz de alcanzar un estado de pureza analítica (Ezrachi, 2017).

A modo de ejemplo, ejercer el derecho de la competencia requiere jerarquizar el control de determinadas distorsiones en los mercados sobre otras (por ejemplo, priorizar el control de concentraciones empresariales en ciertos sectores de la economía respecto de otros) o determinar si para la autorización de una transacción debe priorizarse un aumento en los precios o un avance tecnológico. También implica adherir a una de varias escuelas de pensamiento económico que pueden servir para interpretar una misma situación de hecho.

Esta particularidad del derecho de la competencia, que forma parte de las “políticas de competencia”, resulta aun más evidente en aquellos temas sobre los cuales la literatura económica se encuentra fuertemente dividida. Inclusive, no es poco frecuente que una autoridad de competencia cambie de posición en relación con su valoración de ciertas prácticas, con lo cual lo que ayer era ilegal, hoy día no sólo no es ilegal, sino que debe fomentarse.

Siguiendo con la metáfora de la esponja, la “porosidad” de la defensa de la competencia también queda de manifiesto cuando del punto de vista normativo dicha disciplina no persigue uno sino varios objetivos, o cuando su fin último no está claramente establecido en la ley. En cualquiera de estas situaciones, es común encontrar conductas que son convalidadas en una jurisdicción y prohibidas en otra, aun con leyes de competencia sin diferencias sustanciales en sus textos.

Dicho lo anterior, debe aclararse que las características señaladas no implican que el derecho de la competencia sea en todos los casos una disciplina subjetiva y maleable. De hecho, hay ciertos conocimientos económicos —principalmente derivados de la escuela neoclásica de la economía— que brindan un nivel mínimo de certeza y objetividad al derecho antitrust. Ezrachi señala que la Economía provee de una suerte de membrana al derecho de la competencia que limita la capacidad de absorción (que es natural en dicha regulación) y que evita la incorporación de valores inconsistentes con la teoría económica (p. 59).

4.2 Defensa de la competencia y poder de mercado

La disciplina de la defensa de la competencia y el concepto de poder de mercado están estrechamente entrelazados.

Germán Coloma, por ejemplo, define la defensa de la competencia como “una política pública destinada a remediar las distorsiones, originadas en el ejercicio del poder de mercado, que se producen como consecuencia de la realización de prácticas anticompetitivas o concentraciones económicas” (2009, p. 477). En un mismo sentido, Laguna de Paz señala que “el objeto del Derecho de la Competencia es el ejercicio anticompetitivo del poder de mercado” (2016, p. 318). Más recientemente, tras analizar la evolución jurisprudencial en los Estados Unidos y de la Unión Europea, Petit afirma que las leyes de competencia en dichas regiones son “más anti poder de mercado que leyes antitrust” (2022, p. 65).

Paradójicamente, las autoridades de competencia y los tribunales evitan referirse expresamente al concepto de poder de mercado. Al decir de Petit (2022), se trata de una expresión “tabú” para los tribunales de la Unión Europea.

4.3 ¿Qué es el poder de mercado?

En términos coloquiales, suele decirse que el poder de mercado es la posibilidad de una empresa de no ser “tomadora de precios”. Tiene poder de mercado quien fija sus precios con algún grado de libertad respecto de los precios de la competencia o de las preferencias de los consumidores.

Sin embargo, el poder de mercado no es un fenómeno que beneficia a unas pocas empresas. En la medida que los productos de una empresa no son perfectamente intercambiables con los de otras,

dicha empresa goza de algún grado de poder de mercado (Easterbrook, 1984). Por ello, el poder de mercado es, en realidad, una cuestión de grados y se encuentra presente en todo el mercado.

Petit (2022) identifica distintas definiciones técnicas de poder de mercado. En muy breve síntesis y sin ingresar en sus particularidades, dichas definiciones comprenden: (1) la posibilidad de una empresa de extraer renta al comercializar bienes o servicios a algunos clientes y no a todos (asumiendo una curva de demanda descendente), (2) la fijación de precios por sobre el costo de producción (esta es la definición de los autores neoclásicos) y (3) la libertad de una (o varias) empresa(s) de influir deliberadamente en los precios mediante el control de la producción del mercado (es decir, el control sobre la cantidad producida en todo el mercado) y el aprovechamiento de las limitaciones de la oferta (es decir, según aclara el autor, aprovechando ciertas restricciones exógenas a la empresa que previenen la introducción de bienes sustitutos ante la escasez generada por la reducción en la producción).

Ahora bien, la determinación del poder de mercado presenta nuevos desafíos en los llamados “mercados digitales” y genera la interrogante de si hay una nueva modalidad de poder de mercado aplicable a dicho sector de la economía.

Según la OCDE (2022), los mercados digitales se destacan por diversos factores, que incluyen la presencia de plataformas de dos lados; fuertes efectos de red, economías de escala y alcance sustanciales; aprovechamiento de grandes volúmenes de datos personales; costos de cambio (*switching costs*) significativos; relevancia de los derechos de propiedad intelectual; modelos de negocios disruptivos, verticalmente integrados (también en conglomerados) y precios bajos o inclusive cero.

En relación con las políticas de ingresos de las plataformas digitales, debe decirse que cuando las empresas no cobran un monto de dinero por sus servicios, dichos negocios no son gratuitos sino con precio “0”, lo cual es distinto. Ello, pues, con frecuencia, las empresas en los mercados digitales no cobran a sus clientes en forma monetaria sino a través de la recolección y tratamiento de sus datos personales.

También es frecuente que las empresas en dichos mercados cobren monetariamente solo por los servicios “premium”; modelo de negocios que ha dado lugar al neologismo de los servicios *freemium*, pues

dicha modalidad de fijación de precios coexiste en muchos modelos de negocios con la prestación de servicios con precio cero (“free”).

Dicho fenómeno ha desafiado el concepto de poder de mercado en su sentido tradicional, el que hoy día convive con expresiones (nos referiremos a sus nombres en inglés por ser los más conocidos) como *platform power*, *intermediation power*, *portfolio power*, *bottleneck power*, *gatekeepers*, *strategic market status* y *paramount significance for competition across markets*, todas expresiones que, cada una con sus particularidades, refieren al poder de mercado en los mercados digitales.

La OCDE (2022) ha señalado que en los mercados digitales el concepto de poder de mercado mantiene sus fundamentos técnicos, pero se manifiesta no solo en términos de precios, sino también a través de otros parámetros competitivos, como la calidad del producto, su publicidad, la recolección de datos y la presencia de sesgos en la intermediación (como la posibilidad de conceder ventajas a publicaciones propias frente a las de terceros).

Stiglitz (2022) va más lejos aún en este nuevo escenario y sugiere abandonar el concepto económico tradicional de poder de mercado y sustituirlo por un estándar más amplio. Un concepto más de “poder” que de “poder de mercado”, el que por ejemplo capture la influencia de algunas empresas, particularmente las redes sociales, en la diseminación de ideas.

De ese modo, el laureado autor ingresa en una de las polémicas actuales más relevantes, que se vincula al alcance objetivo de las leyes de competencia y de la jurisdicción de las autoridades de aplicación de dicha normativa. En efecto, si tal como señala Stiglitz el concepto de poder de mercado alcanzara a fenómenos que no tienen que ver directamente con la fijación de precios o la determinación de las calidades de los productos o servicios, cabría preguntarse si el derecho de la competencia debe también ocuparse de cuestiones tradicionalmente ajenas a su campo, como son las cuestiones sociales, políticas, ambientales, entre otras.

Al respecto se ha señalado que “*las cuestiones sobre privacidad, poder político o de inequidad social o económica son relevantes en materia legal general, pero no son problemas de antitrust salvo que amenacen con reducir las cantidades producidas, aumenten precios o restrinjan la innovación*” (Hovenkamp, 2022, p. 2006).



4.4 ¿Qué relevancia tiene el poder de mercado en materia de competencia?

El poder de mercado genera ineficiencia y afecta tanto el bienestar general (como causa del “costo social” o “peso muerto del monopolio”) como también el bienestar de los consumidores en materia de precios, innovación, calidad y variedad (bienestar o excedente de los consumidores que es transferido a los productores).

Con lo cual, el poder de mercado es una falla de mercado que genera los perjuicios que la defensa de la competencia procura evitar.

Pero la determinación del poder de mercado es también un asunto *metodológico* en el sentido que el mismo surge como un sustituto imperfecto de la noción de efectos anticompetitivos (Elhauge, Geradin, 2007). Es una suerte de atajo para anticipar la generación de dichos efectos: probado que una empresa goza de poder de mercado, las leyes de competencia presumirán que ciertas conductas generarán efectos anticompetitivos. Por el contrario, sin poder de mercado, las leyes presumirán que su comportamiento es irrelevante en términos competitivos.

Desde este punto de vista, Easterbrook señala en un conocido artículo que no importa cuán seriamente lo intenten, las empresas que carecen de poder de mercado no pueden dañar la competencia. Por ende, continúa el autor, los tribunales no deben indagar sobre prácticas cometidas por empresas sin poder de mercado. Dichas prácticas podrán perjudicar a algunos consumidores, a unos pocos rivales o a sí mismos, a través de la selección de “tácticas anticompetitivas”, pero sin poder de mercado, no sobrevivirán. Las firmas rivales terminarán por presentar mejores ofertas a los consumidores (p. 20).

En esa línea, las agencias de competencia y los tribunales generalmente infieren la generación de efectos anticompetitivos cuando determinadas conductas son realizadas por empresas con cierto nivel de poder de mercado, habitualmente con “posición dominante” o “*monopoly power*” (Elhauge, Geradin, p. 237).

Elhauge y Geradin (2007) explican que el poder de mercado actúa en ocasiones como una suerte

de escudo de las empresas sujetas a la legislación antitrust, excluyendo la aplicación de dicha normativa a las empresas que no gozan de cierto nivel de poder de mercado.

El caso típico es la exigencia de la posición dominante (o de un alto grado de poder de mercado) como condición para sancionar a una empresa por el desarrollo de ciertas conductas individuales. En términos de los citados autores: “...*el escudo que provee el concepto de poder de mercado es especialmente importante en los casos de conducta unilaterales, pues sin dicha protección, cualquier empresa correría un riesgo omnipresente de que todas sus acciones comerciales sean revisadas bajo las leyes antitrust*” (p. 237).

Desde ya, la contracara de la misma moneda es que el poder de mercado actúa como un arma o herramienta que permite atacar a las empresas que poseen dicho poder en alto grado y abusan del mismo. Con lo cual, la defensa de la competencia prohíbe el desarrollo de ciertas conductas que son perfectamente lícitas para empresas sin dicho grado de poder de mercado.

4.5 ¿Debe presumirse que la obtención de poder de mercado es siempre indeseable?

La libre competencia ofrece al ganador algún grado adicional de poder de mercado, aunque más no sea en forma transitoria. Por ello, sin poder de mercado como recompensa, difícilmente habría competencia para bajar precios, presentar nuevos productos, mayor innovación, etc. El poder de mercado es, entonces, la “zanahoria” tras la cual corren los competidores.

Desde esta perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos afirmó que “*la mera posesión de un poder monopólico y la concomitante carga de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos, al menos por un corto período, es lo que atrae “visión para los negocios” en primer lugar; induce la toma de riesgos que produce innovación y crecimiento económico*”.³

Inclusive, puede ocurrir que la propia normativa premie o tolere la adquisición legítima de poder de mercado en ciertas circunstancias. Es el caso

3 Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

de la ley de defensa de la competencia uruguaya, que reproduciendo el artículo 5° del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR dispone que “[l]a conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia” (Ley 18.159 art. 2 *in fine*).

En definitiva, el poder de mercado es una falla de mercado central en materia de defensa de la competencia, que justifica la intervención de los mercados a través de la aplicación de dicha normativa, ante la detección de su adquisición o ejercicio indebido.

5. La defensa del consumidor

5.1 El derecho del consumidor y las “fallas de mercado internas”

En un conocido artículo, Robert Lande y Neil Averitt (1997) propusieron unificar defensa de la competencia y defensa del consumidor en una sola teoría: ambas regulaciones compartirían un fin común: facilitar el ejercicio de la “soberanía del consumidor” (*“consumer sovereignty”*), o lo que es lo mismo, la elección efectiva por parte del consumidor.

Según los autores, las leyes antitrust intentan asegurar que los mercados permanezcan competitivos, de modo tal que subsista una gama significativa de opciones disponibles para los consumidores, cuestión que no ocurre cuando una empresa monopoliza indebidamente un mercado o cuando las empresas coluden y, de ese modo, presentan un precio o producto uniforme.

Las leyes de protección del consumidor, por su parte, procuran que los consumidores puedan elegir efectivamente entre dichas opciones que el derecho antitrust preserva, sin que sus facultades de elección se vean afectadas por estrategias engañosas de los proveedores. Por ende, continúan los citados autores, las violaciones de las leyes de protección de los consumidores afectan su habilidad de selección, o lo que es lo mismo, su capacidad de conocer sus alternativas.

De ese modo, concluyen Lande y Averitt que la defensa del consumidor actúa ante lo que los autores denominan una “falla de mercado interna”, una suerte de falla de mercado que ocurre “*en la cabeza del consumidor*” y que por ello no reduce objetivamente sus opciones, aunque sí puede afectar su percepción sobre ellas.

5.2 La asimetría informativa

La primera falla de mercado que puede facilitar el abuso del consumidor por parte de su proveedor, y generar la “falla de mercado interna” a la que referían Lande y Averitt, es el aprovechamiento del proveedor de su superioridad informativa respecto del consumidor.

La Agencia de Defensa del Consumidor uruguaya parece suscribir esta mirada en su sitio web: “*la misión del Área Defensa del Consumidor es lograr el equilibrio en las relaciones de consumo, procurando mayor información y transparencia en el funcionamiento del mercado, eliminando los posibles abusos del sistema*”.

Desde este punto de vista, la defensa del consumidor puede entenderse como una modalidad de regulación que intenta corregir la falla de mercado de asimetría informativa, situación que ocurre cuando, en el marco de una transacción, uno de sus participantes tiene mayor conocimiento que su contraparte respecto al objeto de la transacción.

La asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor se verifica por el nivel de conocimiento de uno y otro respecto de los contratos que los vinculan, la posibilidad de redactarlos, revisarlos y negociarlos, las características del producto transado, etc.

Es por ello que las regulaciones de defensa del consumidor establecen deberes de información sobre las características y riesgos de los productos, exigen transparencia en la oferta de bienes y servicios, y con frecuencia limitan la validez de los contratos de adhesión, o la inclusión de ciertas cláusulas “leoninas” en ellos.

Las regulaciones de defensa del consumidor también prohíben ciertas modalidades de publicidad que pueden llevar a confusiones en los consumidores, cuestión que no se vincula exclusivamente con la asimetría informativa, sino también con la capacidad —y racionalidad— de los consumidores para comprender las ofertas que les son dirigidas, cuestión que veremos a continuación.

5.3 Explotación de los sesgos cognitivos del consumidor

Afirmar que la defensa del consumidor procura neutralizar, exclusivamente, la asimetría informativa entre las partes de una relación de consumo, implica partir de una premisa probablemente



equivocada: que el consumidor es un sujeto perfectamente racional y que su única debilidad respecto al proveedor es su menor nivel informativo.

La realidad demuestra que el consumidor real no es, ni de cerca, el “homo economicus”, es decir, el sujeto perfectamente racional de la teoría neoclásica.

Como señala Cohen (2019, pp. 39-40):

Todos los consumidores son irracionales en cierto punto; es la forma en que los seres humanos están configurados. Los consumidores procesan la información de forma imperfecta, tratan de conservar los recursos cognitivos simplificando en exceso sus elecciones, y son fácilmente influenciados por el comportamiento estratégico de las contrapartes más sofisticadas. Muchos carecen de conocimientos financieros básicos y no saben estimar los riesgos y los costos. La mayoría toma decisiones por impulso y tiene dificultades para sopesar sus intereses futuros con los deseos presentes. Tienen poco tiempo, poca memoria y una capacidad de atención limitada, y su juicio se ve a menudo comprometido por tensiones mentales y emocionales. En conjunto, estos factores conducen a errores sistemáticos y predecibles en la toma de decisiones de los consumidores, que pueden explotarse de forma que reducen su bienestar.

Por ello, las debilidades de los consumidores no se solucionan únicamente con más o mejor información, pues los consumidores no pueden procesar cantidades excesivas de información, o cuya extensión no guarde relación con el interés promedio de un consumidor en el tipo de contrato en cuestión. Por ende, “proveerles más información, mejor información o información más simple no guiará necesariamente a los consumidores a tomar mejores decisiones” (Herrine, 2022).

Ahora bien, como señala Cohen (2019) ingresar en la psiquis de los consumidores y aplicar una regulación en función de ello implica navegar por la delgada línea que divide la explotación ilegítima de los sesgos cognitivos de los consumidores -es decir, de los aspectos irracionales de los consumidores- con la astucia comercial de los participantes de mercado competitivos (p. 39).

Por ello, correctamente dicho autor señala que la defensa del consumidor no debe prohibir la mera explotación de los sesgos cognitivos de los consu-

midores. En efecto, en última instancia toda publicidad o promoción intenta convencer al consumidor de adquirir bienes o servicios más allá de sus verdaderas necesidades. Por ende, las leyes de defensa del consumidor deben aplicar un estándar por el que se prohíba la explotación no razonable de dichas debilidades (p. 40), pero no el mero aprovechamiento de algún sesgo cognitivo.

Desde ya, la búsqueda o delineación del estándar del consumidor para la aplicación de la normativa de defensa del consumidor excede los límites de este trabajo. Por ello, me permito terminar este apartado recordando el caso de una conocida heladería de mi país, la que realizaba una particular “promoción”: con la compra de 5 productos, la heladería regalaba 1 producto adicional, pero si el cliente llevaba 10 productos, la heladería regalaba 2.

Recuerdo haber consultado en la heladería si, como suponía, de comprar 15 productos me regalarían 3, lo cual efectivamente era sí, según me respondieron. Me pregunté entonces, cuál era la promoción de la heladería, si es que la había.

5.4 Poder de mercado

Al proveedor de bienes o servicios que entra en una relación de consumo se le aplican las normas de defensa del consumidor sin importar su capacidad económica.

Como ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Sala de Defensa de la Competencia) del Perú, “*la protección del consumidor persigue básicamente la eliminación de la desigualdad informativa del consumidor frente al proveedor, no teniendo relación alguna con los actos abusivos de quienes ostentan posición de dominio*”.⁴

Sin embargo, las legislaciones de competencia y consumidor presentan ciertos vasos comunicantes. A modo de ejemplo, la Ley 17.250 uruguaya sobre defensa del consumidor establece, entre los parámetros para calificar a las infracciones como leves, graves y muy graves, “*la posición en el mercado del infractor*” (artículo 46).

También los abusos de posición dominante de tipo “explotativos” (desarrollados por empresas con posición dominante en perjuicio de los consumidores), presentan ciertas características que emparen-

4 Resolución N° 0225'2004/TDC-INDECOPI, pág. 29.

tan ambas legislaciones, particularmente cuando se relacionan con prácticas no vinculadas a precios y que por ende pueden implicar no sólo un abuso de poder económico, sino también un abuso de la asimetría informativa o de sesgos cognitivos.

A modo de ejemplo, la *Autorité de la concurrence*, la autoridad de competencia francesa, multó a la empresa Google por abusar de su posición de dominio en el mercado de publicidad en búsquedas en Internet. Entre otras conclusiones, la autoridad de competencia señaló que la empresa sancionada había adoptado, para su plataforma de publicidad en línea, reglas opacas y difíciles de entender, y las había aplicado en forma injusta y aleatoria.⁵

6. La propiedad intelectual

6.1 Los bienes públicos

En Economía, “bienes públicos” son los dotados de dos características: (1) son bienes *no excluibles*, en el sentido de que no permiten excluir a ningún consumidor de su consumo, aun cuando dichos consumidores no hayan contribuido en su producción. El ejemplo tradicional es la defensa nacional: una vez creado un sistema de defensa, todo habitante, residente o visitante en el país se beneficia del sistema, independientemente de que pague o no por él (Nicholson, 2004), y (2) son bienes no rivales, por cuanto su consumo por parte de un consumidor no disminuye o afecta el consumo disponible para otros. Es el caso típico de los bienes intangibles, como la información, los cuales admiten una cantidad infinita de usos.

Ambas características (no excluible y no rival) no siempre coinciden. Por ejemplo, los bienes de club (*club goods*) se caracterizan por ser no rivales (al menos hasta cierto grado de consumo) pero permiten la creación de mecanismos de exclusión. Es el caso de las carreteras, grandes proyectos de infraestructura, servicios de televisión para abonados, etc.

El mercado no provee adecuadamente los bienes públicos pues existe el problema del *free riding*, es decir, el “aprovechamiento parasitario” de quien no invierte en la producción del bien, esperando que el bien sea producido por otro. Con lo cual, dado que varias personas esperan aprovecharse de

la inversión de otras, existe el riesgo de que el bien carezca de oferta suficiente o directamente no sea provisto en el mercado.

6.2 La propiedad intelectual y los bienes públicos

Los bienes intelectuales comparten en buena medida las características mencionadas de los llamados bienes públicos. Una obra musical, por ejemplo, es un bien no excluible, en el sentido de que su autor no puede impedir su uso por parte de otras personas (por supuesto, salvo por la regulación de propiedad intelectual). También es un bien no rival, pues su uso por parte de una persona no afecta al uso por parte de otras (Leveque, Ménière, 2004).

Landes y Posner (2003), por su parte, argumentan que los bienes protegidos particularmente por derechos de autor no son bienes públicos puros, sino que presentan ciertas características de bienes públicos, pues si bien su uso por una persona puede no agotar el bien, sí puede afectar su valor de mercado, por ejemplo, si es sobreexplotado.⁶

En cualquier caso, y dejando de lado la discusión acerca de si los bienes intelectuales son bienes públicos o no (lo que inclusive requeriría distinguir entre los distintos tipos de bienes intelectuales), es indudable que los inventos y demás obras intelectuales (literarias, artísticas, etc.) habitualmente demandan altísimas inversiones para su elaboración, pero el costo de copiarlos es, en algunos casos, cercano a cero.

En términos de Landes y Posner (2003):

Un nuevo producto puede requerir a su desarrollador el incurrir en altos costos antes de poder implementar cualquier aplicación comercial, por lo que un competidor que pueda copiar el producto sin incurrir en dichos costos tendrá una ventaja de costos, que llevará a una caída en el precio de mercado a un punto en que el desarrollador [original del producto] no podrá recuperar sus costos fijos. (p. 294)

La regulación se presenta allí como una respuesta ante dicha falla de mercado. Estimula la oferta, habitualmente a través de la concesión en exclusiva a un único operador. Es decir que el régimen de

5 Decisión 19-D-26 del 19 de diciembre de 2019.

6 Con frecuencia, este mismo razonamiento es defendido por los titulares de marcas de productos de lujo como justificación para desarrollar ciertas prácticas comerciales que si bien limitan la competencia e impiden la baja en los precios (por ejemplo, la fijación de precios de reventa), por otro lado aseguran una mayor exclusividad en la tenencia de dichos productos, lo que sostienen es valorado por sus clientes.



propiedad intelectual, principalmente a través de las regulaciones de patentes y de derechos de autor, se constituye como una regulación de mercado que procura corregir dicha falla de mercado, confiriendo al inventor o al autor una serie de derechos exclusivos (o en algunos casos, derechos de retribución) por un período limitado de tiempo.

De ese modo, el régimen de la propiedad intelectual procura hacer del bien intangible en cuestión un bien excluible, pues su titular podrá impedir o cobrar un precio por el uso y explotación económica del mismo (Leveque, Ménière, 2004, p. 5).

La propiedad intelectual también facilita la transferencia y comercialización de dichos bienes a fin de que sean poseídos por quien más lo valora (Leveque y Ménière, 2004).

Resta aclarar que la propiedad intelectual es siempre una regulación imperfecta, por cuanto difícilmente pueda evitarse la discusión acerca de si el alcance y duración de los derechos exclusivos son adecuados o equilibrados.

7. La protección de datos personales

Como bien recuerdan Economides y Lianos (2021), la regulación de protección de datos personales —la más novedosa de las regulaciones estudiadas— no está dirigida a resolver una falla de mercado, sino a la protección de la intimidad (p. 791). Con lo cual, es una regulación que busca dar plenitud al derecho a la intimidad y proteger a su titular de intentos de avasallamiento de ese derecho.

No obstante lo anterior, los datos personales son también bienes económicos, cuestión que la revolución digital ha puesto de manifiesto y no requiere hoy día de mayor desarrollo. Sus titulares pueden (o podrían) acordar y lucrar por la transferencia de sus datos personales, lo que demuestra que es posible asignar a la intimidad o a los datos personales un valor monetario (Botta, Wiedemann, 2019). Ello permitiría hablar, en consecuencia, de un mercado de datos personales.

Se ha señalado que el mercado de datos personales presenta una serie de fallas de mercado, entre los que se destaca la llamada “paradoja de la privacidad”. Ésta refiere al fenómeno por el cual una amplia mayoría de usuarios de plataformas digitales alega preocuparse por su privacidad y la necesidad de proteger sus datos personales, pero luego no lo hace, por ejemplo, al transferir sus datos en forma

gratuita o aceptando políticas de privacidad sin consentimiento alguno (Botta, Wiedemann, p. 432).

También se ha destacado la falta de transparencia que enfrentan los usuarios para comprender las políticas de privacidad y el alcance de su consentimiento. Dicha situación se vincula con la asimetría de información entre los proveedores y los usuarios, que con frecuencia no logran tomar decisiones racionales y debidamente informadas (Botta, Wiedemann, p. 433).

A su vez, el poder de mercado (en el sentido amplio referido por Stiglitz) también incide en la posibilidad de algunas plataformas de recolectar datos personales en términos poco equitativos para con los usuarios.

Más aún, Economides y Lianos señalan que las políticas de precio cero de las plataformas de servicios digitales han impedido el surgimiento de un potencial mercado “vibrante” de datos personales (2021, p. 774).

Dichos autores señalan que las plataformas también aprovechan ciertos sesgos cognitivos de los usuarios, quienes mayormente consideran su costo actual de transferir sus datos personales (con frecuencia cero), pero desatienden el costo futuro de haberlo hecho (p. 788).

En ese contexto de numerosas fallas de mercado, no es de sorprender que las autoridades de competencia, de consumidor y de protección de datos personales reciban reclamos por comportamientos económicos de similares características, casi en forma indistinta.

Esto ocurrió, por ejemplo, en relación con ciertos reclamos (no idénticos entre sí, pero sí vinculados) contra la empresa Meta (previamente Facebook), referidos a ciertas transferencias no autorizadas de datos personales. Mientras en Alemania el caso fue resuelto por la agencia de competencia (con una resolución luego anulada por el Poder Judicial de aquel país), en Italia fue la autoridad de defensa del consumidor la que sancionó a la empresa, basándose para ello en el *Codice del Consumo* italiano.

Por otra parte, las agencias de protección de datos personales suelen proteger a los titulares de datos en función de sus derechos de intimidad y no de fallas de mercado, como el poder de mercado de los titulares de las plataformas.

Sin embargo, con seguridad en muchos casos los reclamos por conductas abusivas vinculadas con

la recolección y tratamiento de datos personales se han presentado ante otras autoridades —de competencia e inclusive de consumidor— y no ante las agencias de protección de datos, no por razones estrictamente técnicas, sino mayormente institucionales, que se explican por el mayor desarrollo y capacidades de las agencias de competencia y de consumidor, respecto a las más noveles agencias de protección de datos personales.

8. Conclusiones

Cada una de las regulaciones examinadas presenta diferentes fines, estándares legales y de prueba, rango de sanciones y demás características. En algunos países, hay agencias con competencia o jurisdicción en más de una de dichas regulaciones, pero con frecuencia son agencias independientes entre sí, algunas más desarrolladas y sofisticadas que otras.

Por ende, si la denuncia por una supuesta violación a dichas regulaciones pudiera presentarse, sin reglas claras, en más de una agencia o jurisdicción (o bajo más de una regulación subyacente) a discreción del denunciante, la suerte del infractor podría ser distinta, según el foro y ley aplicable, favoreciéndose así el *lex o forum shopping*.

Desde ese punto de vista, pensamos que comprender la clase de falla de mercado que cada regulación procura corregir, permite dirigir los reclamos o denuncias ante el foro y bajo la ley pertinente.

Por ello, pareciera un corolario de cuanto viene de decirse que cada agencia u órgano de aplicación debiera intervenir exclusivamente en presencia de la falla de mercado que habilita la aplicación de la regulación subyacente.

Así, sería sistémico determinar que una agencia de competencia solamente podrá intervenir en presencia de un abuso de poder de mercado, que una agencia de defensa del consumidor solamente podría intervenir en presencia de una asimetría informativa (o sesgos cognitivos del consumidor), y así sucesivamente.

Pensamos, sin embargo, que no debe realizarse una sistematización rígida o absoluta de las distintas regulaciones de mercado, pues la realidad económica es siempre más rica y compleja que cualquier sistematización humana posible.

En este punto, es ilustrativo recordar a Vaz Ferreira (1963), quien enseñaba en sus lecciones de filosofía que se puede pensar por sistemas o por ideas. Explicaba el reconocido autor uruguayo que:

Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un sistema destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservar, anotar, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que tener en cuenta cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos. (p. 153)

Por ende, en presencia de conductas que explotan varias fallas de mercado (como con frecuencia es el caso), en la medida que el principio del *non bis in idem* lo permita, se debe autorizar la presentación o tramitación de denuncias o investigaciones ante diversas agencias u órganos de aplicación (o bajo las distintas regulaciones subyacentes, si una misma agencia tuviera competencia en varias regulaciones) de forma tal de sujetar al eventual infractor a las responsabilidades previstas en las diversas regulaciones aplicables.

Por el contrario, si el *non bis in idem* no lo permite, la regulación aplicable y la jurisdicción competente será, a nuestro juicio, la de la falla de mercado predominante, es decir, la de la falla de mercado presuntamente explotada con mayor intensidad por el sujeto investigado. Con lo cual, en escenarios de multiplicidad de fallas de mercado, la predominante funcionará como punto de conexión más estrecho para la intervención regulatoria.

A modo de ejemplo, si una misma conducta explotara el poder de mercado del proveedor de bienes o servicios, pero también aprovechará la asimetría informativa entre las partes, deberá analizarse si el caso investigado es principalmente un caso de explotación de poder de mercado o de aprovechamiento de asimetrías informativas.

Para ello, la agencia receptora de la denuncia deberá analizar en forma preliminar la sustancia de la alegada infracción, de forma tal de determinar *ab initio*, ya no la responsabilidad final del sujeto investigado, sino la naturaleza de las fallas de mercado supuestamente explotadas, para así confirmar su propia competencia y dar inicio a la investigación de la conductas denunciada, si correspondiera.



Referencias bibliográficas

- Botta, M y Wiedemann, K. (2019). The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey. *The Antitrust Bulletin* 2019, Vol. 64 (3), p. 428-446.
- Cohen, J. (2019). Bringing down the average: the case of a “less sophisticated” reasonableness standard in US and EU Consumer Law, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 32.1, p. 1-44.
- Coloma, G. (2009). *Defensa de la Competencia*, 2° Edición Actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid.
- Easterbrook, F.H. (1984), Limits of Antitrust, *Texas Law Review*, Vol. 63, N° 1, p. 1-40.
- Economides, N y Lianos, I. (2021). Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective. *Journal of Competition Law & Economics*, Vol.17. 4, p. 1-83.
- Elhauge, E. y Geradin, D. (2007), *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Portland.
- Ezrachi, A. (2017), Sponge, *Journal of Antitrust Enforcement* (Vol. 5 No. 1), 49-75.
- Herrine, L. (2022), What is Consumer Protection For? *Loyola Consumer Law Review*, p. 1-55.
- Hovenkamp, H. (2021). Antitrust and Platform Power, 130 *Yale Law Journal*, p. 1952-2050. *130 Yale Law Journal* 1952
- Laguna de Paz, J.C. (2016), *Derecho Administrativo Económico*. Civitas/Thomson Reuters (Legal) Limited.
- Lande, R.H. y Averitt, N.W. (1997), Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law, *Antitrust Law Journal*, Vol 65, p. 713-756.
- Landes, W. y Posner, R. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Leveque, F y Ménière, Y. (2004). *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press.
- Miranda Londoño, A y Márquez Escobar, J.P. (2004), Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación, *Vni-versitas*; Vol. 53, Núm. 108 (2004); 71-117.
- Nicholson, W. (2004). *Teoría Microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, Octava Edición, Thomson.
- OECD (2008). *Glossary of Statistical Terms*.
- OECD (2022). *Handbook on Competition Policy in the Digital Age*.
- OECD (2022). *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*.
- OECD Competition Law and Policy. (2 de marzo de 2022). *2022 OECD Competition Open Day - Keynote Address by Joseph Stiglitz* [Archivo de Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=xRIEmb789Zo&t=1651s>
- Pascual y Vicente, J. (2013). *Mercado, competencia y Estado*, Marcial Pons, Madrid.
- Petit, N. (2022). Understanding Market Power, *RSC Working Paper 2022/14*.
- Smith, A. (1794), *Investigación de la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, Libro I Cap. II, versión traducida por Josef Alonso Ortiz, Valladolid.
- Stiglitz, J. (2008), *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*.
- Vaz Ferreira, C. (1963). *Lógica Viva*, Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay.