

---

# La soberanía del consumidor

## Una teoría unificada de la Ley Antimonopólica y de Protección al Consumidor<sup>(\*)</sup>

**Neil W. Averitt**

Abogado. Funcionario de Política y Evaluación en el Bureau de Competencia de la Federal Trade Commission.

**Robert H. Lande<sup>(\*\*)</sup>**

Profesor en la Escuela de Leyes de la Universidad de Baltimore.

Este artículo aborda la relación entre las leyes antimonopólica y de protección al consumidor. Su propósito es definir que área abarca cada una de las leyes, delinear las fronteras entre ellas, mostrar cómo interactúan una con otra, y mostrar cómo, en última instancia, se soportan como dos partes componentes de una unidad principal.

Esa unidad principal es **la soberanía del consumidor**. La Ley Antimonopolios y la Ley de Protección al Consumidor comparten un propósito común, en tanto que ambas pretenden facilitar el ejercicio de la soberanía del consumidor o la elección efectiva del consumidor. La soberanía del consumidor existe cuando dos condiciones fundamentales se encuentran presentes. Tiene que haber una gama de opciones que se haga posible a través de la competencia

y los consumidores deben poder elegir efectivamente entre estas opciones.

La frontera entre la Ley Antimonopolios y de Protección al Consumidor se define mejor con referencia a estos dos elementos de la soberanía del consumidor. Las leyes de libre competencia tienen como propósito asegurar que el mercado sea competitivo, para que los consumidores tengan a su disposición una importante gama de opciones, que no se vea deteriorada por prácticas como la fijación de precios o concentraciones anticompetitivas<sup>(1)</sup>. Las leyes de protección al consumidor tienen como propósito asegurar que los consumidores puedan elegir efectivamente de entre esas opciones, sin que sus facultades críticas se vean deterioradas por violaciones como el engaño o la retención de información

(\*) Título original: *Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law*. Artículo originalmente publicado en el *Antitrust Law Journal*, volumen 65, número 3. (Primavera de 1997). Reproducido con autorización expresa de los autores. Traducción del inglés de Liliana Mavila Ríos, alumna del novenociclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Alvaro Díaz Bedregal, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Se ha introducido notas de traducción respecto a términos específicos que pudieran generar interpretaciones distintas a la deseada por los autores al redactar en su idioma.

Agradecemos al profesor Alfredo Bullard González por su valiosa colaboración en la traducción y corrección del presente texto.

(\*\*) Las opiniones vertidas en este artículo son exclusivamente de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de sus colegas, del Bureau de Competencia, la Comisión ni de ningún comisionado. Descamos agradecer a Richard Craswell por la estimulante, profunda y útil crítica a la totalidad del presente artículo; a David Balto, Fred Dooley, Mary Engle, José Ignacio Gonzaga Franceschini, Luis Greisman, Perry Kraft, Michael Meyerson, Thomas Morgan, Paul Pautler, Mary Dee Pridgen, Sean Royall, Eric Schneider, Charles Shafer y Mary Lou Steptoe por sus extremadamente útiles comentarios, y a Robert Jay Feldman y Cheryl Gordon por la excelente ayuda en la investigación.

(1) Sin embargo, no toda actividad que restringe o distorsiona las opciones que de otra forma estarían abiertas a los consumidores es una violación de las leyes antimonopólicas. La actividad en cuestión debe además encontrarse dentro de la jurisdicción de un estatuto antimonopólico específico. De modo similar, no todo lo que interfiere irrazonablemente con la posibilidad de elegir entre las opciones disponibles del consumidor es una violación de las normas de protección al consumidor. La actividad deberá también entrar en el ámbito de una ley de protección al consumidor determinada.

relevante. Es necesaria una protección a estos dos niveles para asegurar que la economía de mercado continúe operando efectivamente<sup>(2)</sup>.

La protección legal de este tipo es necesaria sólo cuando el libre mercado no está trabajando apropiadamente. Pueden aparecer sin embargo “fallas de mercado”, que podrían crear o permitir el surgimiento de problemas de competencia o problemas de protección al consumidor. Este artículo mostrará que las violaciones a la libre competencia (las que deterioran la gama de opciones) provienen de fallas en el mercado en el ámbito externo de los consumidores, mientras que las violaciones de protección al consumidor (que deterioran la habilidad individual para elegir) fluyen a partir de las fallas internas que se dan, en cierto sentido, “dentro de la cabeza del consumidor<sup>(3)</sup>”.

Pese a que esta proposición parece ser de una simpleza dórica, provee una plataforma teórica coherente desde donde las leyes de antimonopolio y de protección al consumidor pueden ser mejor entendidas y aplicadas.

El desarrollo de una teoría unificada de la soberanía del consumidor no tiene sólo un interés conceptual, sino también importantes consecuencias prácticas. En primer lugar, puede explicar por qué la *Federal Trade Comisión* (FTC, en adelante) fue creada para responsabilizarse por temas de antimonopolio y protección al consumidor, y por qué debe retener esa jurisdicción dual. Una toma de conciencia sobre la relación entre las dos partes de la Ley de la FTC puede servir también para identificar categorías específicas de casos, que pueden ser resueltos más adecuadamente por ésta que por el Departamento de Justicia. En segundo lugar, una teoría unificada de antimonopolio y de protección al consumidor ayudará a la FTC a determinar cuándo

una conducta o transacción particular debe ser perseguida por los terrenos de antimonopolio, en oposición a los de protección al consumidor<sup>(4)</sup>. En tercer lugar, el modelo de soberanía del consumidor que proponemos puede ayudar a determinar cuándo los acuerdos de dudosa calificación contravienen los propósitos subyacentes de las leyes de protección al consumidor y cuándo las antimonopólicas, de tal manera que justifiquen el proceso. En cuarto lugar, la importancia de las opciones del mercado en el modelo de soberanía del consumidor sugiere que la ley de antimonopolios debería prestar más atención de la que presta en este momento a la competencia no relativa al precio. En ciertos sectores de la economía -industrias de alta tecnología o industrias relacionadas con medios de comunicación, por ejemplo- la diversidad de las opciones puede ser más importante para los consumidores que la competencia por precio. Finalmente, definiendo los elementos de la soberanía del consumidor de manera intuitiva y entendible, este trabajo servirá a los países que están estableciendo o reorganizando programas de regulación del comercio por primera vez.

Este artículo está dividido en cinco secciones principales. La parte 1 introduce y define el concepto de soberanía del consumidor, y demuestra que requiere tanto de la disponibilidad de las opciones de consumo como de la posibilidad para escoger entre ellas. La parte 2 revisa la legislación de antimonopolios y de protección al consumidor<sup>(\*)</sup> y muestra que es consistente con (y explicable por) este modelo, opcional y orientado, de soberanía del consumidor. La parte 3 identifica y discute las fallas del mercado que pueden tender a evitar el ejercicio de la soberanía del consumidor, deteriorando el menú de opciones o la capacidad de los consumidores para elegir entre ellas. La parte 4 considera aplicaciones más complejas de la

(2) Esta afirmación es una síntesis que se construye en base y asimismo extiende el trabajo previo de los autores en el tema. Ver: AVERITT, Neil W. *The meaning of 'Unfair Acts or Practices' in section 5 of the Federal Trade Commission Act*. 70 GEO. L.J. 225, 281-84(1981); LANDE, Robert H. *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L.J. 65, 123-26 (1982).

(3) No toda falla del mercado es o debiera ser ilegal. Ciertas fallas del mercado llevan a actividades específicas que la sociedad ha calificado como ilegales, sin embargo, como las prácticas colusorias y la publicidad denigratoria.

(4) Muchos aspectos y efectos concretos de un proceso varían dependiendo de si es calificado como de materia antimonopólica o de protección al consumidor. Sólo las violaciones de la regulación antimonopolio arrastran sanciones criminales y daños *per se*, por ejemplo, y sólo en los casos de protección al consumidor la FTC es impulsada a usar ciertas directivas y procedimientos de investigación. Una teoría unificada hará claro cuál es el enfoque correcto.

(\*) Nota del traductor: La referencia es hecha en forma específica a la regulación de estas materias en los Estados Unidos y posteriormente a las aplicaciones de éstas, hechas por los órganos competentes de dicho país.(5) No nos preguntamos si la soberanía del

teoría propuesta, en la cual los dos tipos de protección interactúan de manera simultánea o secuencial. Finalmente, la parte 5 explora las implicancias prácticas y las consecuencias del trabajo teórico propuesto.

## 1 Un concepto opcional y orientado de soberanía del consumidor.

Puesta de una manera sencilla, la soberanía del consumidor es una situación de mercado que prevalece o debería prevalecer en una moderna economía de libre mercado. Es el conjunto de arreglos sociales el que causa que la economía actúe, primeramente, en respuesta de las señales agregadas de la demanda del consumidor, en vez de hacerlo en respuesta de las directivas gubernamentales o las preferencias de los negocios individuales<sup>(5)</sup>. Es la situación del mercado en la que los consumidores son verdaderamente soberanos, en el sentido de que tienen poder para definir sus propias necesidades a precios no excesivamente mayores a los costos asumidos por los proveedores de bienes y servicios relevantes<sup>(6)</sup>. El concepto de soberanía del consumidor va tan lejos como para incorporar por lo menos algunas nociones implícitas sobre relaciones propias entre el individuo y el Estado. Es parte de la respuesta del mundo occidental a las prescripciones del marxismo.

La esencia de la soberanía del consumidor es el ejercicio de la **elección**. Es a través de la elección de algunos bienes o de algunas opciones entre otras, que los consumidores satisfacen sus propias necesidades y envían sus señales a la economía. Es crítico, por lo

tanto, que el ejercicio de la elección de los consumidores se proteja.

Ya hemos visto que la elección efectiva de los consumidores requiere de dos cosas: opciones en el mercado y la habilidad para escoger libremente entre ellas. Sin embargo, cierto grado de cuantificación es necesario, con el objeto de cambiar este paradigma conceptual en una política operacional. ¿Cuántas opciones tienen que estar presentes en el mercado? ¿Qué tan libres deben ser los consumidores de las influencias externas? En un mundo imperfecto, las respuestas a estas interrogantes deberían ser estándares de suficiencia más que de perfección<sup>(7)</sup>.

Así, no sólo necesitamos el número máximo de opciones. La ley antimonopólica no previene todas las conductas o transacciones que tienen como efecto reducir el número de opciones disponibles para los consumidores. Tampoco exige afirmativamente la creación de opciones. Por el contrario, previene conductas comerciales que limitan artificialmente la gama natural de las opciones existentes en el mercado<sup>(8)</sup>. Claro está, la ley permite algunas reducciones artificiales, tales como algunas fusiones de empresas, si los beneficios de esta acción parecen compensar sus costos. A través de estos medios, la ley antimonopólica intenta preservar un orden suficiente, aunque no perfecto, de opciones para los consumidores.

Las leyes de protección al consumidor son similares, en el sentido de que buscan proteger la posibilidad de los consumidores para realizar elecciones informadas entre las opciones que compiten, pero las leyes no necesariamente luchan para asegurar

consumidor es mejor conceptualizada como la descripción de un resultado o como un proceso. En ambos eventos, el fin último de la regulación mercantil debe ser el evitar que las restricciones en la competencia u otros factores que interfieren con la libre y plena competencia, dañen algún aspecto del bienestar del consumidor. El óptimo bienestar del consumidor tiene conjuntamente un componente de corto plazo, que consiste en los precios de los productos, calidad, y variedad que la libre competencia entrega, y un componente de largo plazo que incluye niveles óptimos de innovación y una economía más eficiente. La soberanía del consumidor, entonces, tiende a maximizar la riqueza del consumidor y su excedente, mas no el excedente del productor, como son definidos y distinguidos estos conceptos en LANDE. supra nota 2, pp. 71-77.

- (6) Más aún, cada producto tiene además otros atributos, como calidad y disponibilidad de servicios relacionados. El libre mercado decidirá la combinación de precio, calidad y atributos relacionados que los consumidores valoren más.
- (7) Nosotros buscamos suficientes opciones y libertad para asegurar que las opciones sean correctas (i.e. maximizadoras del bienestar) la mayor parte del tiempo. Este enfoque no previene resultados insatisfactorios en algunos casos, pero debe asegurar que las opciones insatisfactorias sean eliminadas relativamente rápido.
- (8) Algunos productos son retirados del mercado porque no suficientes consumidores desean comprarlos, algunas empresas salen del mercado porque no son tan innovadoras o eficientes como las empresas rivales, y algunas firmas desaparecen a través de fusiones porque no han alcanzado una escala mínima de eficiencia. Estos procesos reflejan el funcionamiento ordinario del mercado. Lo que la ley antimonopólica prohíbe es la conducta que artificialmente reduce el número de opciones directamente y sin la intermediación de la elección del consumidor.

que los consumidores tengan información absolutamente perfecta<sup>(9)</sup>. Probablemente ningún consumidor sea una perfecta máquina razonadora que existe libre de toda influencia extraña de educación temprana, libre de valores culturales, o de campañas publicitarias de años atrás medianamente recordadas<sup>(10)</sup>. Lo que pedimos de la Ley de Protección al Consumidor es, por lo tanto, algo relativamente modesto. Pedimos que los consumidores puedan para tomar decisiones racionales al extremo que ellos mismos deseen concentrarse en hacerlo así. La ley de protección al consumidor asegura que los compradores se encuentren protegidos de la coerción, del engaño, y otras influencias que son difíciles de evadir o de las que es difícil protegerse, pero no protege a los compradores de las influencias leves, conocibles, de cosas como imágenes publicitarias, que los consumidores podrían evitar, si así lo desearan.

El ejercicio de la soberanía del consumidor, protegida por estos dos principios, debería ser beneficioso para la sociedad en una serie de formas concretas. Apoyará y conducirá a una economía de

mercado eficiente<sup>(11)</sup>, eso tenderá a producir un ambiente que ofrezca los precios más bajos, la mejor calidad y variedad de productos, el grado más alto de excedentes de consumo, y todos los demás beneficios de una economía competitiva<sup>(12)</sup>.

## 2 Cómo la finalidad personifica este acercamiento opcional y orientado a la soberanía del consumidor.

La finalidad en ambas áreas antimonopólica y protección al consumidor es consistente con el modelo de soberanía del consumidor que hemos propuesto. La finalidad del antimonopolio puede ser explicada en términos de protección del suministro de opciones en el mercado, y la finalidad de la protección al consumidor puede ser explicada en términos de la protección de la posibilidad de los consumidores para escoger entre las opciones disponibles. Así, el modelo que estamos presentando se convierte en un medio para unificar, explicar, organizar e interpretar una larga lista de precedentes legales<sup>(13)</sup>.

- (9) La FTC tiene la autoridad de requerir que cierta información fundamental esté disponible para los consumidores para fines como corregir afirmaciones que, de no hacerse, generarían confusión, o suplir omisiones en circunstancias en las que hacerlo traería un beneficio neto a los consumidores. El alcance de esta facultad se encuentra limitado por ciertos factores, sin embargo. Existen límites prácticos relativos a cuando la exigencia de revelar información puede ser hecha y límites constitucionales a cuánto puede ser requerido. Ver: *International Harvester Co.*, 104 FTC 949 (1984).
- (10) Tampoco sería necesario desear que los consumidores sean "racionales" a este grado. Algunas asociaciones "irracionales" de un producto, como su conexión con un jingle pegajoso o un promotor prestigioso (es el caso de personas famosas o prestigiosas que promueven personalmente un producto en anuncios publicitarios) son reales, si son intangibles, atributos del producto que los consumidores son libres de valorar si lo desean. (Paréntesis del traductor).
- (11) Las leyes antimonopólica y de protección al consumidor tienen la meta de aumentar la eficiencia económica. Ver: LANDE, *supra* nota 2, pp. 106-126. Estas leyes sirven a otros fines también. La meta primaria de estos es la transferencia injusta de riqueza de los consumidores a Firmas con poder en el mercado (ley antimonopólica) o a Firmas que actúan injustamente contra los intereses del consumidor (ley de protección al consumidor).
- (12) Algunos refinamientos y complejidades deben ser agregados a nuestro modelo básico de soberanía del consumidor si las circunstancias lo requieren. En algunos casos, los "consumidores" que requieren protección son verdaderas corporaciones, que podrían estar comprando un insumo industrial para usarlo en sus propias operaciones. Ver: discusión de *Eastman Kodak v. Image Tech Servs.*, 504 U.S. 451 (1992), *infra* parte IV.A. En otros casos, la dirección en que el poder de mercado es ejercido puede ser revertida, y pueden ser los fabricantes los que necesiten ayuda en encontrar una serie de mercados a donde dirigirse. Este podría ser el caso, por ejemplo, si un fabricante enfrenta a un único comprador o está enfrentándose a un cartel de compradores que han acordado una política para mantener bajos los precios. Con ajustes apropiados, el concepto de soberanía del consumidor puede corregir estas diferentes circunstancias. En busca de la sencillez, sin embargo, en la discusión que sigue normalmente hablaremos en términos de la situación más común, que es la de consumidores finales comprando a un número limitado de fabricantes.
- (13) El objetivo principal de la soberanía del consumidor ha sido referido por la Corte Suprema en varias ocasiones. La fórmula usada en *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958) es a la vez impactante y familiar: "La Ley Sherman fue diseñada para ser una ley comprensiva de la libertad económica orientada a preservar la libre e irrestricta competencia como regla del comercio. Descansa en la premisa de que la interacción irrestricta de fuerzas competitivas permitirá la mejor ubicación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la más alta calidad y el mayor progreso material, al mismo tiempo proveyendo un ambiente conducente a la preservación de nuestras instituciones democráticas, políticas y sociales. Incluso si esa política estuviera en discusión, la política dispuesta en la Ley es la competencia". Ver asimismo: *Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1, 52 (1911). La Corte ha enfatizado que la política de libre mercado requiere la decisión libre del consumidor como también libre competencia entre las empresas. "Mientras preservemos una economía predominantemente de libre empresa, la ubicación de nuestros recursos se hará en gran medida a través de numerosas decisiones económicas privadas. Es de interés público que esas decisiones, adicionalmente, sean inteligentes y bien informadas. En este sentido, la libre transferencia de información es indispensable".

## 2.1 Las violaciones de la ley antimonopólica reducen las opciones.

Las tradicionales violaciones de la ley antimonopólica o -como la fijación de precios, restricciones horizontales, el establecimiento de precios predatorios, concentraciones anticompetitivas, y restricciones verticales irracionales- encajan bien en nuestro modelo de soberanía del consumidor. Las conductas en mención pueden distorsionar la oferta de opciones, en el sentido de imponer restricciones en la variedad de precios y productos que el mercado libre ofrecería. Las leyes antimonopólicas, por lo tanto, han prohibido esa conducta.

Por ejemplo, la fijación de precios y otras restricciones horizontales ilegales de la competencia<sup>(14)</sup> restringen artificialmente las opciones de precios que un mercado competitivo proporcionaría bajo otras circunstancias<sup>(15)</sup>. La fijación de precios impide a los consumidores acceder al mejor precio (o al precio ajustado a la mejor calidad - o variedad -); el que, bajo otras circunstancias, hubiera estado disponible<sup>(16)</sup>.

Los precios predatorios pueden interferir, de manera similar, con el orden de elecciones que un mercado competitivo presentaría<sup>(17)</sup>. Los precios predatorios son buenos para los consumidores sólo en el corto plazo. A largo plazo<sup>(18)</sup>, amenazan con eliminar a las empresas que están proporcionando opciones que los consumidores realmente preferirían.

Las concentraciones anticompetitivas de empresas proporcionan otro ejemplo de violaciones tradicionales de la ley antimonopólica, las cuales tienen efectos directos a corto plazo e indirectos a largo plazo en la gama de opciones disponibles para los consumidores. Una concentración anticompetitiva horizontal puede eliminar directamente a la competencia significativa, disminuyendo las opciones en el precio, en la calidad de los productos, o en la variedad de los productos. También tiene el efecto indirecto, o efecto a largo plazo, de hacer más fácil o probable la colusión a nivel de toda la industria<sup>(19)</sup>, llevando a la eliminación de más opciones que los consumidores podrían preferir.

La fijación del precio de venta (en adelante RPM)<sup>(\*\*)</sup> y otras restricciones verticales también pueden tener el efecto de limitar las opciones de los consumidores. La RPM restringe directamente el precio de las opciones abiertas a los consumidores, limitándolas al precio preferido por los fabricantes<sup>(20)</sup>. Las restricciones no relativas al precio, tales como los pactos de exclusividad y los territorios exclusivos, tienen efectos similares, usualmente restringiendo significativamente las elecciones que las empresas de la parte baja de la cadena productiva de distribución pueden ofrecer a los consumidores<sup>(21)</sup>. Claro está, cada una de estas prácticas puede causar significativas compensaciones potenciales con efectos pro-

Virginia State Bd of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council Inc. 425 U.S. 748, 765 (1976); ver asimismo FTC v. Radlam Co., 283 U.S. 643, 647 (1931) (citando con aprobación FTC v. Sinclair Ref. Co. 261 U.S. 463, 476 (1923)) (La Ley Sherman y la Ley de la FTC evidencian el interés público extendiendo los procesos competitivos). Por consiguiente, en los contextos antimonopólicos y de protección al consumidor la política nacional general está basada en la soberanía del consumidor.

(14) No toda restricción horizontal es ilegal. Un *joint venture* que incrementa la innovación en la industria, es generalmente procompetitivo y legal. Ver: ABA Antitrust Law Section, Antitrust Law Developments 393 (4ta Ed. 1997); HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy* 140-240 (1993).

(15) A pesar de que nosotros condenamos la fijación de precios porque elimina la opción de competencia en precios del mercado, la fijación de precios puede también distorsionar la elección del consumidor. Los consumidores podrían no comprar un producto en particular, por ejemplo, si supieran que los precios en este producto han sido fijados.

(16) La fijación de precios tiene también un número de efectos anticompetitivos. Protege a las empresas ineficientes de la competencia dura. Ver LANDE, supra nota 2, pp. 78-79. Causa también ineficiencia y transferencia ilícita de riqueza de los consumidores a los productores. Ibid. pp. 72-77.

(17) Ver: HURWITZ, James D. y KOVACIC, William, *Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends*, 35 Vanderbilt Law Review 63 (discutiendo teoría y casos de precios predatorios); HOVENKAMP, supra nota 14, pp.298-328.

(18) Esto asume la existencia de barreras efectivas de acceso y otras condiciones del mercado conducentes al poder monopólico, pues, ausentes estas condiciones, los intentos de predación únicamente generan menores precios en el mercado y por ende son un beneficio para los consumidores.

(19) Ver HOVENKAMP. Op.cit.; pp. 455-466 y pp. 479-488.

(\*\*) Nota del traductor: RPM por *resale price maintenance*, traducido como fijación de precios de venta. Esta abreviatura se mantiene en todo el texto.

(20) Para una revisión de estos efectos, ver: FISHER, Alan A.. *Do the DOJ Vertical Restraints Guidelines Provide Guidance?*. 32 Antitrust Bulletin 609, pp. 615-623 (1987).

(21) Ibid.

competitivos<sup>(22)</sup> y, si éstas son impuestas por empresas sin poder en el mercado, la posibilidad de que sus efectos pro-competitivos (la distorsión en las opciones, por ejemplo) sea significativa es probablemente pequeña<sup>(23)</sup>. No obstante, es la posibilidad de pérdida de las opciones competitivas lo que hace que éstas transacciones le conciernan a la ley antimonopólica.

Un enfoque en las opciones también explica por qué ciertas prácticas que aumentan los costos de los consumidores son indeseables<sup>(24)</sup>. Los altos costos de los rivales los fuerzan a elevar sus precios (o a reducir su inversión en el mejoramiento e innovación de la producción), lo cual facilita que el predador eleve sus propios precios (o reduzca la inversión en investigación e innovación incrementadoras de las opciones)<sup>(25)</sup>. Así, los consumidores pierden la opción de adquirir mejores productos, o productos con precios más competitivos.

En pocas palabras, la ley antimonopólica puede ser entendida como una manera de proteger de

la variedad de opciones del consumidor en el mercado<sup>(26)</sup>.

## 2.2 Las violaciones de la ley de protección al consumidor deterioran la posibilidad de los consumidores para escoger entre las opciones.

La finalidad de la protección al consumidor se explica como un medio para salvaguardar la posibilidad de los consumidores<sup>(27)</sup> para elegir entre las opciones que el mercado proporciona<sup>(28)</sup>. Así, por ejemplo, la FTC ha encontrado que la información falsa o incompleta sobre características objetivas de los productos es engañosa. Por consiguiente, ha actuado en forma acorde para prevenir tergiversaciones en reclamos que comprometan puntos como los materiales con los que el producto está fabricado<sup>(29)</sup>, las funciones que éste puede ejecutar<sup>(30)</sup>, o la efectividad con la que puede ejecutar dichas funciones<sup>(31)</sup>. Las garantías también deben ser descritas de una manera completa

(22) Ibid: pp. 615-616. Más aún, estas eficiencias compensadoras pueden ser caracterizadas algunas veces como intentos de sobrellevar fallas del mercado. Ver: e.g., id. (discutiendo el punto de los usuarios permanentes de rebajas en el precio).

(23) Ver: Ibid. Por ésta razón, restricciones verticales de la competencia fuera de precios son juzgadas bajo la regla de razonabilidad. Ver: *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 41 (1977). Muchos creen que la RPM debe ser juzgada bajo la regla de razonabilidad, o incluso que debe ser considerada *per se* como legal. Ver FISHER Op.Cit.; p. 615 n. 18.

(24) Ver KRATTENMAKER, Thomas G. y SALOP, Steven C. *Anticompetitive Exclusion: Rising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*. En: 96 Yale Law Journal 209 (1986).

(25) Para una completa explicación y discusión de los requisitos necesarios a esta conducta, ver: KRATTENMAKER, Thomas G. et al., *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law* 76 Georgia Law Journal 241, pp. 248-253 y 265-269 (1987).

(26) Dependiendo del principio antimonopólico involucrado, podrían ocurrir restricciones inapropiadas a la elección del consumidor como resultado de acciones de las empresas frente a sus clientes, o indirectamente, como resultado de acciones de las empresas frente a sus competidores. Por ejemplo, si una empresa con poder de mercado sobre un producto lo vende solamente cuando este viene junto a un segundo producto, las opciones del consumidor son directamente reducidas y distorsionadas. La acción de la empresa frente a sus clientes puede ser sancionada como un acuerdo ilegal de unión de productos. En forma alternativa, supongamos que una empresa se fusiona con todos sus competidores y luego sube los precios a nivel monopólico. Aunque el precio monopólico y la producción de una sola marca no sean ilegales, el proceso por el que la empresa adquiere este poder para restringir opciones ciertamente puede serlo. Las acciones de la empresa frente a sus competidores pueden entonces ser sancionadas como causantes de uniones anticompetitivas.

(27) Las acciones que recortan la posibilidad de firmas competidoras de hacer decisiones libres o bien informadas son apropiadamente consideradas como violaciones de normas antimonopólicas, al menos mientras éstas afecten la amplitud de opciones disponible en el mercado. Por ejemplo, la predación puede ser lograda mediante el uso de información falsa o denigratoria si una empresa relevante implementa una "ruidosa" estrategia de precios, que contiene el hecho de que sus bajos precios no se deben a una eficiencia superior sino a que están bajo el costo de producción. Alternativamente, una empresa podría desarrollar una reputación inmerecida por precios predatorios, en estos dos casos la información falsa tiende a afectar las ofertas de la empresa víctima en el mercado en vez de sus compras en el mercado y entonces, arrastra aspectos antimonopólicos mas que de protección al consumidor. Ver infra, nota 73.

(28) La FTC ha sido enfática acerca de este enfoque orientado a las opciones (*choice oriented approach*): "La Comisión no busca comúnmente ordenar conductas o resultados sociales específicos, pero en su lugar se asegura simplemente de que los mercados operen libremente, para que los consumidores hagan sus propias decisiones." *International Harvester Co.*, 104 F.T.C. 949, 1061 (1984).

(29) Ver: *FTC v. Algoma Lumber Co.*, 291 U.S. 67, 77-79 (1934). (El "pino amarillo", de calidad inferior, no podía ser vendido como "pino blanco"); *FTC v. Winsted Hosiery Co.*, 258 U.S. 483, 490 (1922) (La ropa de un material en parte de lana no podía ser vendido como "ropa de lana").

(30) Ver: *Carter Prods. Inc. v. FTC*, 268 F. 2d. 461 (noveno circuito), 361 U.S. 884 (1959); *Charles of the Ritz Distribs. Corp. v. FTC*, 143, F 2d. 676 (segundo circuito, 1944).

(31) Ver: *Continental Wax Corp. v. FTC*, 330 F. 2d. 475 (segundo circuito, 1964); *Warner-Lambert Co.* 86 FTC 1398 (1975), 562 F. 2d. 749 (D.C. Cir. 1977), 435 U.S. 950 (1978).

y no engañosa<sup>(32)</sup>. La falta de información en alguno de estos puntos impedirá que un consumidor realice la elección más apropiada entre las opciones en el mercado.

Por razones similares, la FTC ha actuado para asegurar la exactitud de los testimonios y de los endosos<sup>(\*\*\*)</sup>. Ha tomado una postura según la cual las declaraciones realizadas en los endosos “tienen que reflejar siempre las opiniones sinceras, descubrimientos, creencias o experiencias del endosante<sup>(33)</sup>”. El fortalecimiento de éste principio no podría justificarse por una medición directa del daño ocasionado en los consumidores. Aun cuando los endosos no afectan directamente la calidad o características del producto, éstos pueden ser altamente relevantes para el ejercicio de la soberanía del consumidor. La FTC protege, asegurando la validez de los endosos, a los consumidores, quienes pueden darle una particular importancia a la certificación de un producto, hecha por alguien que, en su opinión, tiene mayor conocimiento acerca de éste. Por lo tanto, en cuanto a los testimonios, la ley es mejor entendida como protectora de los procesos de elección de los consumidores, que como protectora de algún resultado en particular.

La importancia de la elección en materia de protección al consumidor está particularmente bien ilustrada por una tercera clase de casos. Estos involucran tergiversaciones relacionadas con los atributos sociales colaterales y con los atributos negociales de una empresa. Algunos casos de este tipo

pueden involucrar declaraciones falsas o engañosas, en el sentido de que un producto en particular es benigno para el ambiente, o que fue producido sin dañar el ambiente<sup>(34)</sup>. Otros casos involucran el uso impropio de la designación “*made in U.S.A.*”. La información en estos puntos es muy importante para algunos consumidores, aun cuando tampoco se refiere directamente a características funcionales del producto. Por ejemplo, algunos consumidores consideran el hecho de que un producto fue fabricado domésticamente, como indicativo indirecto de la calidad del producto, mientras que otros consumidores podría preferir comprar productos domésticos con la meta patriótica de apoyar la economía americana. Al hacer propias las tergiversaciones en tales temas, la Comisión ha dejado bien en claro que el deterioro de la habilidad de los consumidores para elegir entre las opciones (en concordancia con sus propios gustos y preferencias) es un daño por si mismo y que no es necesario que se muestre un daño concreto<sup>(35)</sup>.

Así, la finalidad de la protección al consumidor puede ser entendida como una preocupación acerca del deterioro de la habilidad de los compradores para seleccionar entre las opciones que el mercado ha proporcionado<sup>(36)</sup>. El centralismo de este elemento es subrayado por la política de la FTC sobre el engaño al consumidor<sup>(37)</sup>. Ésta establece que un prerrequisito para que exista responsabilidad por engaño es que la tergiversación alegada sea “material”, lo que significa que “es posible que afecte la elección del consumidor o su conducta respecto de un producto<sup>(38)</sup>”.

(32) La autoridad para esta proposición difiere dependiendo del tipo de garantía involucrada. Las estándares de información mínima requerida para las garantías establecidas por escrito a favor del consumidor contra defectos o malfuncionamiento están dispuestos en la *Magnusson Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act*, 15 U.S.C. 2301-2312. Guías más generales están incluidas en las *Guides for the publishing of Warranties & Guarantees*, C.F.R. 239.

(\*\*\*) Nota del traductor: “Endoso”, por la declaración que hace a título personal y en promoción de un bien o servicio, una persona famosa y/o reconocida como especialista en el tema por los consumidores, dentro del anuncio o la campaña publicitaria de la empresa promotora de dicho bien o servicio.

(33) Guías relativas al Uso de Endosos (*endorsements*) y Testimonios en la Publicidad, 16 C.F.R. 255.1(a) (1996).

(34) Ver: *Guides for the Use of Environmental Marketing Claims*, 16 C.F.R. Part. 260(1996).

(35) Las especificaciones de la ley pueden continuar evolucionando, por supuesto, en términos de la cantidad de contenido doméstico que sea encontrado para ser implicado en un reclamo acerca de un “Hecho en U.S.A.” no calificado como tal. La FTC recientemente auspició un taller para abordar este y temas relacionados. Ver: Meeting Notice, 60 Fed. Reg. 65,327 (1995). Propuestas de nueva guías han sido publicadas para comentario público. Ver 62 Fed. Reg. 25,020 (7 de mayo de 1997).

(36) Los casos de la FTC citados en los párrafos inmediatamente anteriores involucraron circunstancias de engaño al consumidor. Los temas que involucran a la autoridad de la Comisión menos frecuentemente invocada también comprenden la posibilidad de hacer elecciones libres. Ver la discusión acompañando la nota 81.

(37) FTC. *Policy Statement on Deceptive Acts and Practices*, 4 Trade Reg. Fed. (CCH) punto 13,205 (1983).

(38) *Ibid*, punto 20,916. Pese a que la “conducta del consumidor respecto a un producto” es tratada en forma separada de la decisión de compra inicial, los dos conceptos son claramente relacionados en que ambos estriban en la utilidad y la deseabilidad del producto y se apoyan en la elección entre opciones.

### 3 Las fallas del mercado que pueden amenazar la soberanía del consumidor.

La soberanía del consumidor, como hemos visto, puede ser descrita como la situación del mercado en la cual los consumidores tienen una habilidad no deteriorada para tomar decisiones para sus intereses individuales y en la que los mercados operan eficientemente respondiendo al efecto colectivo de esas decisiones. Sin embargo, estos mecanismos del mercado pueden dejar de trabajar óptimamente por varias razones, llevando a un deterioro de la soberanía del consumidor. Las fallas del mercado toman una de dos formas. Algunas son externas al consumidor, o “fuera de la cabeza,” conduciendo a la falta de habilidad del mercado para proporcionar suficientes opciones. Otras fallas son internas al consumidor, o “dentro de la cabeza del consumidor”, en el sentido de que pueden hacer que el consumidor no realice elecciones efectivas entre las opciones disponibles.

Las leyes de prácticas antimonopólicas y de protección al consumidor pueden ser vistas, en términos económicos, como destinadas a identificar y compensar estos dos tipos de fallas del mercado<sup>(39)</sup>. Al hacer eso, son vistas nuevamente, ésta vez a través de los lentes de la economía, como ayuda para alcanzar la meta primordial de la soberanía del consumidor.

En la discusión que continúa, explicaremos primeramente, qué se entiende generalmente por “fallas del mercado” y luego discutiremos las fallas específicas del mercado que conciernen al antimonopolio y a la protección del consumidor.

#### 3.1 Definición de fallas del mercado.

Es axiomático que la competencia perfecta, el funcionamiento perfecto de un mercado competitivo, maximizará el bienestar de los consumidores<sup>(40)</sup>. Los mercados que divergen significativamente de la competencia perfecta no pueden hacerlo así. Si las características del mercado difieren dramáticamente de aquellas requeridas para una competencia perfecta, una condición denominada “falla del mercado” puede existir. El nivel general de bienestar del consumidor puede entonces ser más bajo de lo que de otra manera sería, y la riqueza que el Congreso asignó a los consumidores a través de la regulación del comercio sería “injustamente” adquirida por las empresas con poder de mercado<sup>(41)</sup>.

Aún cuando los economistas coinciden generalmente con el concepto fundamental de competencia perfecta, no hay un acuerdo universal acerca de la lista de factores que la definen o cuya ausencia pueda llevar a una falla del mercado. Sin embargo, generalmente los desacuerdos están referidos únicamente a materias taxonómicas - visiones acerca de qué conceptos están implícitos en otros, cuáles son asumidos como necesario predicado o consecuencia de otros, y son causados por otros factores que por sí solos impiden a los mercados funcionar óptimamente-.

Uno de los principales eruditos sobre la materia, Edwin Mansfield, piensa que la competencia perfecta requiere de cuatro condiciones: homogeneidad del producto<sup>(42)</sup>, relativamente pequeños compradores y vendedores<sup>(43)</sup>, recursos móviles<sup>(44)</sup>, e información

(39) Esto no debe ser tomado como implicante de que toda práctica que tenga los efectos económicos adversos de sacar provecho de las fallas de mercado, distorsionar las opciones o restringir las opciones del consumidor es o debería ser una violación de la ley. Frecuentemente, estos efectos son insignificantes o son rebasados por enormes beneficios procompetitivos. Otras veces, las consideraciones prácticas podrían sugerir que la regla más apropiada es la relativamente barata, predecible y fácil de administrar. aún si no cubre todas las instancias del comportamiento anticompetitivo. Para una discusión de estos temas jurisprudenciales, ver FISHER, Alan y LANDE, Robert H. *Efficiency considerations in Merger Enforcement* 71 California Law Review 1580 pp. 1670-1677 (1983); ver también: AREEDA, Phillip, *Monopolization, Mergers and Markets: A Century Past and the Future* 75 California Law Review 959,960 (1987) (“antitrust law cannot feasibly address every deviation from perfect competition”).

(40) Ver e.g., SCHERER, F.M. y David ROSS. *Industrial market structure and economic performance*. 3era ed., 1990. pp-15-29.

(41) Ver LANDE, Supra nota 2.

(42) Mansfield describe la homogeneidad del producto como sigue:

“La competencia perfecta requiere que el producto de cualquier vendedor sea igual al producto de cualquier otro vendedor. Esto es una condición importante porque los consumidores no reparan en si compran el producto de un vendedor u otro, mientras el precio sea igual. Nótese que el producto puede ser definido por mucho más que las características físicas del bien”. MANSFIELD, Edwin. *Microeconomics: Theory & Applications* 232. 5ta Ed. 1985.

(43) De acuerdo con Mansfield, “la competencia perfecta requiere que cada participante en el mercado, ya sea comprador o vendedor, sea tan pequeño, en relación al mercado entero, que él o ella no pueda afectar el precio del producto(...) Por supuesto, si todos los productores actúan juntos, los cambios en su conducta ciertamente afectarán al precio, pero cualquier productor actuando sólo no puede hacerlo”. Ibid.

(44) Al respecto, Mansfield sostiene que “(...) la competencia perfecta requiere que todos los recursos sean completamente móviles. En otras palabras, cada recurso debe estar apto para entrar y salir del mercado, y cambiar de un uso a otro, muy rápidamente. Más



perfecta<sup>(45)</sup>. Jack Hirshleifer ha considerado la situación contraria y ha proporcionado una lista de tres posibles imperfecciones que pueden evitar que el mercado funcione perfectamente: información imperfecta<sup>(46)</sup>, retrasos de tiempo,<sup>(47)</sup> y costos de transacción<sup>(48)</sup>. Problemas significativos en cualquiera de estas áreas pueden causar que la competencia no sea óptima.

Fallas adicionales del mercado son sumadas a otras listas. Estos problemas potenciales incluyen las tomas de decisión a través de la coerción<sup>(49)</sup>, barreras para el ingreso de nuevas empresas<sup>(50)</sup>, circunstancias de monopolio natural<sup>(51)</sup>, externalidades positivas o negativas<sup>(52)</sup>, y situaciones que involucran “bienes públicos”<sup>(53)</sup>, “*free riders*”<sup>(54)</sup>, dilemas del

específicamente, esto significa que la labor debe estar apta para moverse de una región a otra y de trabajo en trabajo; significa que las materias primas deben no ser monopolizadas; y significa que nuevas empresas pueden entrar y dejar la industria”. Ibid, p. 233 (nota a pie omitida). Los costos hundidos (*sunk costs*), una pieza clave de las barreras de acceso, son incluidas dentro de esta figura.

- (45) Mansfield describe la información perfecta como sigue: “la competencia perfecta requiere que los consumidores, y los dueños de recursos tengan perfecto conocimiento de la información económica y tecnológica relevante. Los consumidores deben estar advertidos de todos los precios. Trabajadores y dueños de capital deben estar advertidos de cuánto traerán sus recursos en todos los posibles usos. La empresas deben saber los precios de todos los insumos y las características de todas las tecnologías relevantes. Más aún, en su sentido más puro, la competencia perfecta requiere que todas estas unidades económicas de decisión tengan un conocimiento apropiado del futuro, junto al pasado y al presente”. Ibid.
- (46) HIRSHLEIFER, Jack *Price Theory and Applications* 418. 3a Ed. 1984.
- (47) De acuerdo con Hirshleifer “un mercado perfecto digeriría instantáneamente la información y proclamaría el precio de mercado correcto (*market-clearing price*). Pero ninguna máquina mágica así existe en el mundo real. Entonces un granjero trayendo vegetales a una ciudad podría, por sagacidad o casualidad, percibir una venta a un precio más alto del (desconocido) verdadero equilibrio. O, desafortunadamente, el granjero podría aceptar un precio menor del que podría haber sido obtenido”.
- (48) En el tema de costos de transacción, Hirshleifer señala: “(...) Los mercados perfectos serían también gratuitos. En el mundo real, los ‘hombres-medio’ (*middle-men*) como mayoristas y minoristas, *brokers*, distribuidores y trabajadores existen y, obviamente, deben ser remunerados por sus servicios. Mientras estos hombres-medio mejoran la perfección del mercado en otros aspectos, las tarifas y pagos que ellos reciben constituyen una carga en el proceso de intercambio. Los impuestos a las transacciones, en los que el Estado recoge los pagos a los hombres-medio (posiblemente prestando servicios efectivos a los contribuyentes, pero posiblemente no) son otro factor importante. Ibid, p. 419.
- (49) SCHERER & ROSS, *supra* nota 40, pp. 574-80. Para una estimación crítica acerca de si el concepto de coerción ayuda al análisis, ver *supra* nota 61.
- (50) Ibid.; p. 17.
- (51) Ibid.; p. 30.
- (52) Robert Cooter y Thomas Ulen han definido el problema de las externalidades como sigue: “el intercambio dentro de un mercado es voluntario y recíprocamente beneficioso; en contraste, un efecto económico *externo* al intercambio del mercado puede ser involuntario y perjudicial. Entonces, una externalidad perjudicial es definida como un costo o beneficio que las acciones voluntarias de una o más personas impone o confiere a uno o más terceros sin su consentimiento. Un ejemplo de costo externo es la contaminación (...) La razón por la que el mercado falla en presencia de costos externos es que el generador de la externalidad no tiene que pagar por dañar a otros, y entonces ejerce una desincentivo al daño muy pequeño (...). Nos gustaría que la empresa tome en cuenta **todos** los costos de producción, incluyendo los costos impuestos a otros, al elegir su estructura de costos (...). Cuando esto se haya logrado, se dice que la externalidad se ha “internalizado” en el sentido que la empresa privada ahora la toma en consideración”. COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. pp. 45-46. (Énfasis añadido).
- (53) De acuerdo con Cooter y Ulen “un bien público es un bien con dos características íntimamente relacionadas: primero, el consumo del bien por una persona no deja menos de él para cualquier otro consumidor (...) y segundo, los costos de excluir a los beneficiarios no pagantes que consumen el bien son tan altos que ninguna empresa privada maximizadora de beneficio está dispuesta a distribuir el bien. Considérese el ejemplo convencional de un bien público: defensa nacional. El hecho de que un ciudadano esté seguro frente a la amenaza de invasión por un ejército extranjero no deja ninguna seguridad menos para otros ciudadanos. Más aún, es difícil excluir a cualquier ciudadano de la seguridad otorgada a otros. Debido a estas dos características, los bienes públicos no son susceptibles de ser provistos en forma alguna en el mercado, o si estos son provistos, lo son en cantidades menores a las socialmente óptimas”. Ibid; p. 46.
- (54) Cooter y Ulen proporcionan un ejemplo clásico del problema del *free-rider*: “hay una fuerte inducción a los consumidores de bienes provistos en forma privada a intentar ser *free riders*. Ellos esperan beneficiarse sin costo para ellos mismos, del pago de otros. El problema relacionado del proveedor privado de un bien público como la defensa nacional es que es muy costoso excluir a los beneficiarios no pagantes del servicio. El intento de distinguir a quienes se han suscrito de quienes no se han suscrito a la defensa nacional es casi seguramente un fracaso(...). Como resultado(...), no es muy probable que la compañía privada sea capaz de inducir a mucha gente a adquirir servicios de defensa. Si las empresas maximizadoras de su beneficio son las únicas que darán el servicio, muy poco de este bien será provisto”. Ibid, p. 47-48.
- Para un problema de *free rider* distinto, ver GREEN, Jerry y LAFFONT, Jean Jaques, *Characterization of Satisfactory Mechanisms for the revelation of Preferences for Public Goods*, 45 *Econometrica* 427 (1977). Estos autores están preocupados por *free riders* que desean pagar, pero menos que los demás. Esta situación puede surgir, por ejemplo, si mucha gente deseara usar un puente, pero quisieran pagar precios significativamente diferentes por este servicio. Si aquellos que van a decidir construir el puente no pudieran discriminar en precios a los potenciales usuarios, tal vez no podrían recolectar suficiente retorno para hacer al proyecto rentable. Más aún, es posible que quienes tomen la decisión relevante decidan no construir el puente, pese a que sería socialmente deseable hacerlo.

prisionero<sup>(55)</sup>, “limones”<sup>(56)</sup>, y selección adversa<sup>(57)</sup>. A pesar de las disputas sobre la taxonomía utilizada<sup>(58)</sup>, esta lista básica de factores que pueden plausiblemente causar que la competencia se convierta en poco óptima es relativamente no controversial.

Más allá de la controversia, existe la pregunta de qué tan seguido ocurren las fallas del mercado y, por lo tanto, que tan seguido serían apropiadas las acciones reparadoras de las normas antimonopólicas y de protección al consumidor<sup>(59)</sup>. Esta controversia puede ser ilustrada por el rol de la información imperfecta, tal vez la falla más importante del mercado. Aún aquellos adheridos a la Escuela de Chicago consideran que la información es usualmente imperfecta. Sin embargo, mucho de lo que separa el antimonopolio post-Chicago del antimonopolio de la escuela de Chicago<sup>(60)</sup>, consiste en creencias diferentes

---

¿Cuántas opciones tienen que estar presentes en el mercado?  
¿Qué tan libres deben ser los consumidores de las influencias externas? En un mundo imperfecto, las respuestas a estas interrogantes deberían ser estándares de suficiencia más que de perfección

---

acerca de la frecuencia y el grado con el que la información es imperfecta, las implicancias que esto tiene en la competencia, y si es probable que la

- (55) Cooter y Ulen explican como la situación de dilema de un prisionero, en la que dos participantes buscan coordinar sus acciones, mientras que al mismo tiempo están inseguros y hasta cierto punto desconfiados del curso de acción del otro, que puede resultar en un resultado subóptimo para cada parte afectada. En este juego bipersonal no-cooperativo dos sospechosos de un crimen son llevados a custodia, puestos en celdas separadas, e incommunicados entre sí. Las autoridades ofrecen a cada prisionero la oportunidad de confesar el crimen. Supongamos que si cualquier prisionero confiesa y su compañero no, el confesor recibirá medio año en prisión y el no confesor recibirá 10 años en prisión. Si confiesan, cada uno recibirá cinco años en prisión. Si ninguno confiesa, cada uno recibirá un año en prisión. Los prisioneros estarán mejor si ninguno de los dos confiesa. Pero si cualquiera de los dos adopta la estrategia de no confesar el crimen podría recibir una larga condena si su compañero confiesa. En esta situación, la mejor estrategia para cada prisionero es confesar. Así, cada uno pasará 5 años en prisión. Nótese cuán diferente hubiera sido la solución a este juego si los participantes hubieran podido comunicarse. Presumiblemente, ellos habrían coordinado sus estrategias para que cada uno se niegue a confesar, con el resultado de que cada uno sólo habría pasado 1 año en prisión. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Op.cit.*; p.93 n. 3.
- (56) George Akerlof identificó una interesante falla del mercado causada por información imperfecta del consumidor. En ciertos mercados, los consumidores podrían no obtener fácilmente suficiente información respecto a la calidad de bienes específicos y podrían confundir la calidad de bienes específicos con la de la mayoría de bienes en el mercado. Con el tiempo, la competencia de bienes inferiores (que pueden venderse a menores precios, dados sus menores costos) podría sacar a los bienes de mayor calidad (que tienen mayores costos, y por tanto mayores precios) del mercado. Eventualmente, sólo “limones” de baja calidad podrían quedar en el mercado. Ver: AKERLOF, George A. *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* 84 Q.J. Econ. 488. 1970.
- (57) Para un ejemplo de selección adversa, ver infra nota 122. Para una excelente discusión sobre problemas de selección adversa y citas de literatura relevante, ver CRASWELL, Richard. *Freedom of Contract*. En: Chicago Law & Economics. Working Paper No. 33. 1994. pp.13-18.
- (58) Por ejemplo, un mercado con dificultades de acceso y con compradores o vendedores lo suficientemente grandes para afectar el precio podría calificarse de estar sufriendo una falla “física” del mercado. Podríamos preguntarnos asimismo cómo esas empresas pudieron llegar a ser tan grandes, y caracterizar las causas (e.g. la información imperfecta o costos de transacción) como “fallas del mercado”.
- (59) Una falla del mercado es necesaria para una violación de la ley antimonopólica, pero el Gobierno debe actuar sólo si hacerlo mejoraría materialmente las condiciones del mercado en beneficio de los consumidores.
- (60) Esta distinción puede ser entendida en los siguientes términos: “la escuela de Chicago tiende a creer que los negocios deben protegerse a sí mismos obteniendo cualquier información necesaria, mientras que la escuela post-Chicago cree que no pueden actuar siempre tan efectivamente debido a necesidades no anticipadas o información demasiado costosa. La escuela de Chicago cree que el mercado casi siempre proveerá cualquier información necesaria, mientras que los post-Chicagoistas piden evidencia de que esto ocurrirá. La escuela de Chicago cree que los efectos subóptimos de la información imperfecta son relativamente raros, mientras que la escuela post-Chicago cree que frecuentemente son suficientemente comunes como para afectar la competencia en el mercado. La escuela de Chicago cree que los intentos de curar los alegados problemas basados en la información son usualmente peores que los problemas mismos, mientras que la escuela post-Chicago es más optimista. La escuela de Chicago dejaría estas situaciones a las leyes de contratos y cree que los negocios deben protegerse asimismo mediante contratos. Los post-chicagoistas son más tendientes a concluir que, debido a que la información imperfecta puede afectar a la competencia y los mercados, esas consideraciones deberían ser parte de la ley antimonopólica”. LANDE, Robert H. *Chicago Takes it on the Chin: Information Could Play a Crucial Role in the post-Kodak World*, 62 Antitrust Law Journal 193 (1993); ver también: DEMSETZ, Harold. *Information and Efficiency: another Viewpoint*. En: 12 Journal of Law & Economics 1. 1969.

corrección sea más óptima o más rápida con la intervención gubernamental que con el mercado.

Los puntos de vista de los proponentes del post-Chicago se encuentran, probablemente, más inclinados a pensar que las fallas informativas importantes, y otras<sup>(61)</sup> fallas del mercado, pueden existir debido a que se ha convenido en creer que existe un número de maneras en las que este tipo de fallas, probablemente pequeñas entre ellas, pueden interactuar las unas con las otras y reforzarse. En el análisis final no existe un sustituto para el estudio de los hechos de casos individuales.

Aún cuando la historia legislativa de la FTC no se refiere explicativamente al concepto de fallas del mercado, con la ventaja del análisis posterior a los hechos, uno puede bien concluir que el Congreso tuvo algo como eso en mente. La FTC puede haber sido establecida debido a la creencia del Congreso de que factores de ese tipo, tal como la información falsa<sup>(62)</sup>, la información imperfecta o incompleta<sup>(63)</sup>, los problemas de costos de transacción<sup>(64)</sup>, o los recursos insuficientes<sup>(65)</sup> explican el fracaso del libre mercado al no de proteger el bienestar del consumidor adecuadamente. El Congreso creyó, aparentemente, que bajo estas circunstancias, la intervención del

gobierno, llevada a cabo con prudencia, posiblemente mejoraría el bienestar del consumidor.

El caso de la intervención gubernamental puede ser expresado en términos diferentes, recaracterizando posibles fracasos del mercado en términos de costos de transacción<sup>(66)</sup>, los cuales son, obviamente, permanentes. Algunas veces estos costos de transacción son tan onerosos que causan el “fracaso” del mercado. Por ejemplo, un cartel puede mantenerse unido por un período extenso antes de que una nueva entrada pueda ser organizada, o un anunciante engañoso puede tener mucho éxito engañando muchos consumidores antes de que la información correcta les llegue. Sin embargo, en otros contextos, los costos de transacción son relativamente menores y el mercado se corregirá a sí mismo eficientemente. La velocidad y la confianza en la corrección son cruciales.

### 3.2 Las fallas del mercado divididas en aquellas internas y externas a los consumidores.

Las fallas del mercado identificadas pueden ser, generalmente, divididas en dos tipos. Algunas se llevan a cabo “fuera de la cabeza” del consumidor final del

(61) Otra falla del mercado muy debatida involucra la coerción. Mientras los estudios fuera de Chicago creen que negocios y consumidores son vulnerables a la coerción, los estudios de Chicago “normalmente no hablan de coerción” PAGE, William H. *Legal Realism and the Shaping of modern Antitrust*, 44 Emory Law Journal 1,45 (1995). El profesor Page explica: “Wesley Libeler ha sugerido, por ejemplo, que la coerción ‘no tiene significancia económica operativa’ porque todas las gangas suponen mutua concesión. Si usan el término, Los Chicagoans igualan la coerción con el ejercicio del poder monopolico. La coerción, en términos de Chicago, es entonces como máximo un concepto redundante y debe salir del análisis(...) Los consumidores no parecen ser controlados por la publicidad, aunque esta cambie sus preferencias, y las barreras de acceso o imperfecciones del mercado son rara vez vistas como preventivas de que competidores y nuevos ingresantes ofrezcan alternativas a las propuestas monopolicas. Al asunción de mayor autonomía individual implica que el análisis de Chicago verá pocas propuestas como faltas de alternativas razonables”. Ibid, pp. 45-46 (citas omitidas).

(62) Ver *Report of the House Committee on Interstate and Foreign Commerce*, H.R. Rep. No. 533, 63d Cong., 2d Sess. at 4 (1914) (“La publicidad aprobada por la Agencia Gubernamental deberá ser tal que prevenga la confusión del público a través de ocultamiento de información secreta en la organización y manejo de las combinaciones industriales o a través de información falsa”) (citando el reporte final de la Comisión Industrial, sometido al Congreso en 1902, vol. 19, pp. 650-651).

(63) El Congreso creyó que si la FTC provee la información necesaria, los mercados imperfectos serían corregidos. El *House Report* en el listado que luego se convirtió en la Ley FTC sugirió que la publicación de excesivas utilidades de los negocios estimularían a otras empresas a entrar en la industria, pero bajando los precios. H.R. Rep. No. 533 p.3. Un empresario declaró que la publicación de los niveles de utilidad causarían que los negocios mantuvieran los precios bajos para evitar atraer nueva competencia. Ibid.; p.52. Otros miembros del Congreso también declararon su creencia en que la publicación de la información sobre utilidades invitaría a la entrada al mercado, obviándose entonces la necesidad de una ley antimonopolica. Ibid; pp. 65, 204-205, 220.

Fue también dicho que la publicación de ‘privilegios especiales o discriminaciones’ usadas para obtener monopolios asegurarían acciones privadas que les pondrían fin. Ver: Ibid.; pp.3-5, también 51 Cong. Rec. 8843, 8858, 8980-81, 8983, 8985 (1914).

(64) En *FTC v. Klesner*, 280 U.S. 19, 28 (1929), la Corte sostuvo “algunas veces, debido a que, pese a que el agregado de la pérdida generada pueda ser tan serio y esparcido como para hacer del asunto uno de consecuencias públicas, ninguna demanda privada sería interpuesta para detener la conducta injusta, dado que la pérdida para cada individuo es demasiado pequeña para motivarlo”.

Para soporte en esta visión en la historia legislativa de la Ley Sherman, ver: 21 Cong. Rec. 3150 (1980)(Notas del Senador George).

(65) El Senador Newlands, por ejemplo, declaró su creencia en que las demandas antimonopolicas privadas no eliminarían la competencia desleal porque “la demanda de un individuo contra una combinación fuerte sería el concurso de un liliputiense contra un gigante”. 51 Cong. Rec. 11.083 (1914).

(66) Ver: ZERBE, Richard, O Jr. y McCurdy Howard E. *The failure of the Market Failure*. Junio 21, 1996 (manuscrito inédito).

producto o servicio en disputa y, además, involucran imperfecciones en el mercado externo. Estas fallas pueden terminar en una elección de opciones reducida y en problemas de antimonopolio. Otras fallas se llevan a cabo “dentro de la cabeza del consumidor”. Estas fallas involucran la imperfecta habilidad del consumidor para procesar la información y para distinguir lo verdadero de lo falso. Ellos pueden llegar a tener una habilidad reducida para elegir entre las opciones y, por lo tanto, pueden aparecer problemas de protección al consumidor<sup>(67)</sup>.

Un consumidor se ve afectado en diferentes grados por estos dos tipos de fallas del mercado. El consumidor modelo de la economía -todo lo sabe, todo racional, y supremamente inteligente- no es vulnerable a problemas de violaciones de la ley de protección al consumidor. Pero aún ese “perfecto” consumidor hipotético, puede ser vulnerable a violaciones de la ley antimonopolística. Ningún consumidor, no importa que tan astuto, experimentado, o bien informado sea, puede protegerse a sí mismo de un cartel o de un monopolio adquirido ilegalmente. Con excepción de ocasiones extrañas, los consumidores finales no tienen otra opción que lidiar con un supuesto cartel o monopolio (o, en todo caso, moverse donde un sustituto menos deseable); generalmente no es eficiente para un consumidor individual crear por él o por ella misma, su propia fábrica<sup>(68)</sup>.

Al dividir las fallas del mercado entre esas que se llevan a cabo “dentro” y “fuera” de la cabeza de los consumidores finales, hacemos a las categorías de nuestro análisis económico más congruentes con las dos clases de problema de soberanía del consumidor que conciernen a las agencias de control.

### 3.3 Las violaciones a la libre competencia requieren fallas del mercado externas al consumidor.

Las fallas del mercado que permiten violaciones a la libre competencia se llevan a cabo en el mundo externo al consumidor. Sin fallas del mercado de ese tipo, tal como este término ha sido ampliamente definido antes, podría no haber prácticas anticompetitivas que dañen significativamente el bienestar de los consumidores.

En un mundo perfecto, sin fricciones, los negocios podrían, todavía, encontrarse y fijar precios. Esto resultaría en una violación técnica de las leyes antimonopolísticas e, inclusive, en sanciones penales<sup>(69)</sup>. Pero esto no podría dañar sustancialmente el bienestar de los consumidores porque la información perfecta entre los negocios permitiría a algunos entrar rápidamente al mercado de precios concertados y competir lejos de los márgenes supracompetitivos. De hecho, si otros negocios de la industria poseyeran información verdaderamente perfecta, ellos sabrían que los precios estarían a punto de elevarse debido a un esquema de fijación de precios, y tendrían un incentivo para entrar rápidamente y obtener una participación en las ganancias del monopolio. Esta competencia, si ocurriera rápida y perfectamente, llevaría abajo los precios, prontamente, hasta una insignificante fracción por encima del nivel competitivo. El bienestar de los consumidores no disminuiría significativamente.

Lo que hace posible que la libre competencia se vea dañada en estas circunstancias es la presencia de fallas externas del mercado. Las imperfecciones del mercado, así como los costos de búsqueda, información

(67) La economía subyacente también revela otra distinción entre antimonopolio y protección al consumidor. Las violaciones antimonopolísticas involucran búsqueda de renta sobre el excedente del consumidor, que es usualmente definido como la diferencia entre el precio que un consumidor paga por un producto y su valor para este consumidor. Ver: SCHERER y ROSS Op.cit.: p.24. citando a MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. 8va. ed. 1920, 124, 467. La ley de protección al consumidor, en contraste, no está limitada a disputas sobre el excedente del consumidor. Cuando alguien fraudulentamente vende un falso reloj de oro, más que el excedente del consumidor es transferido al vendedor. Parte del no-excedente del consumidor es también tomado por el vendedor fraudulento.

(68) Si asumimos hiper-racionalidad, un consumidor individual estará algunas veces capacitado para anticipar que un cartel o monopolio será formado alguna vez en el futuro, y para comprar adelantándose a este suceso. Sólo consumidores excepcionales, sin embargo, serían capaces de hacer esto. Para ilustrar las dificultades, asuma que Microsoft gradualmente se convierte en monopolista respecto al software de operación del sistema de las PC y sube el precio de su software a nivel monopolístico. Si esto pasara, ni siquiera los consumidores más astutos se verían presionados a desarrollar una estrategia que les permita comprar software de precio competitivo.

(69) Ver: *Antitrust Law Developments*. Op.cit.: pp. 244-293.

defectuosa, atrasos temporales y costos ocultos (*time lags, and sunk costs*), pueden facilitar que un cartel mantenga los precios elevados por un período significativo.

Las fallas externas del mercado pueden ser necesarias para la existencia de precios bajos no competitivos y precios elevados no competitivos<sup>(70)</sup>. La forma más directa de depredar en base a precios (“*deep-pocket predation*”) requiere que haya un flujo en el mercado de capital, flujo sin el cual, la víctima podría asegurar un préstamo y aguantar con buen éxito el período de precios por debajo del costo<sup>(71)</sup>. La *reputation predation*<sup>(72)</sup> y la *noicy pricing predation*<sup>(73)</sup> también dependen de una importante falla en la

información, externa a los consumidores finales<sup>(74)</sup>. En verdad, para cada estrategia de predación posible, una estrategia contraria podría ser divisada por un competidor, cliente, prestamista, o víctima potencial, astutos y bien informados<sup>(75)</sup>.

Otros casos de monopolio involucran prácticas que se aprovechan de las imperfecciones del mercado, aun cuando ellas no las causan o exacerban. Por ejemplo, un estudio de la FTC, acerca de casos de gases industriales, concluyó que el mercado de gases industriales estaba cambiando, y que los fabricantes de gases tomaron conocimiento de este cambio antes que los distribuidores. Entonces, los fabricantes se

- (70) Ver: ZERBE, Richard O. Jr. y COOPER, Donald S. *An empirical and Theoretical Comparison of Alternative Predation Rules*, 61 Texas Law Review 655, 658 (1982). Los autores explican: “Los precios predatorios son una estrategia para crear o cambiar expectativas y puede ocurrir únicamente cuando las expectativas son diferentes o imperfectas, o cuando la información es imperfecta”. Los autores elaboran su razonamiento como sigue: “la predación puede ocurrir cuando la información es perfecta, pero los cortes de precio reales no ocurrirían en ese caso. Con información perfecta, una simple amenaza sería suficiente, y el depredador no necesitaría recortar precios realmente. En este punto, el depredador y el depredado tendrían inmediatamente una negociación, acordando una fusión, una absorción, o algún otro acuerdo, y toda acción y reacción futura sería conocida. En la situación más realística en que la información es imperfecta, la predación en precio puede ser usada como un medio de transmisión de información a fin de cambiar expectativas. Una vez que el corte predatorio está completo, la víctima sólo cambiaría su comportamiento si el corte cambiara su expectativa de sobre la posibilidad de futuros cortes. Los cortes de precios predatorios sólo ocurrirán entonces cuando el depredador espera cambiar las expectativas del objetivo acerca de la intención del depredador de continuar o involucrarse en futuros cortes de precio. Desde esta perspectiva, la predación en precio es efectiva solamente mientras amenace más actividad depredadora”. *Ibid* p. 715.
- (71) Si la información es perfecta y un futuro depredador baja el precio, un competidor igualmente eficiente tendría un incentivo para cerrar su planta y reabrirla luego de que la predación termine. Si la víctima pretendida se queda sin dinero rápidamente, puede conseguir un préstamo y pagarlo de sus esperadas ganancias monopólicas. Debido a que este cierre temporal puede suceder, la predación que antecede no sucederá a menudo. En *Matsushita Electric Industrial Corp. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 589 (1986). La Corte Suprema citó al Juez Bork y otros analistas de la escuela de Chicago extensivamente, y esencialmente abrazó la visión de que la predación en precios era un fenómeno extremadamente raro. Supongamos que el dueño de la fábrica cerrada temporalmente va a un banco por un préstamo. Los banqueros probablemente dirán que -debido a la información imperfecta- ellos no estuvieron seguros de que la víctima fuera tan eficiente como el monopolista. Los banqueros entonces o negarían el préstamo o prestarían únicamente a una tasa extremadamente alta. Entonces, si la información es perfecta, incluso la predación por precio “*deep-pocket predation*” de estilo antiguo sería posible.
- (72) Varios estudiosos del derecho de la competencia han reconocido la posibilidad de que una empresa desarrolle una reputación por involucrarse en conductas predatorias y usando esa reputación para destruir la competencia. Ver: HURWITZ, James D. y KOVACIC, William E. *Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trend*. En: 35 Vanderbilt Law Review 63,73 (1982); ver también infra nota 75.
- (73) Hurwitz y Kovacic explican como una empresa podría ser capaz de depredar convenciendo a sus víctimas que su falla se debe a fuerzas naturales del mercado, como la superior eficiencia del predador, en vez de precios predatorios. Si las víctimas se dieran cuenta de que el predador está involucrándose en precios bajo el costo, podrían resistir porque los esquemas de precios predatorios frecuentemente no funcionan. Si se les hiciera creer que el predador es significativamente más eficiente que ellos, sin embargo, las víctimas serían mucho menos capaces de resistir porque hacerlo parecería ser fútil. *Ibid.*; p. 74.
- (74) Mientras que la información es muchas veces imperfecta, solamente reducciones substanciales en el valor (*substantial impairments*) pueden conducir a una predación exitosa.
- (75) Ver: EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 University of Chicago Law Review 263 (1981). Frecuentemente asumimos que ciertas ofensas antimopólicas son altamente improbables en un mercado en el que la competencia está presente porque las víctimas potenciales podrían dirigirse a otro proveedor. Este cambio podría no ocurrir si las víctimas son inconscientes del precio supracompetitivo y la consecuente necesidad de tomar medidas defensivas. Por ejemplo, si el precio y otros términos son tan complejos como el precio respecto al ciclo vital involucrado en *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), una empresa puede no darse cuenta de que está siendo victimada mediante predación. Una empresa podría no tomar medidas de respuesta porque creería en vez que va a la bancarrota por el funcionamiento normal del mercado. Incluso la reputación de predador probablemente no es posible sin una falla del mercado. Una empresa que opere en 25 mercados geográficos podría perder dinero por involucrarse “ilógicamente” en predación en 5 mercados para desarrollar una reputación de ser tan duro (o tan loco) que ninguna empresa quiera enfrentarse a ella. Podría más que recuperar sus pérdidas en los otros 20 mercados pues ninguna empresa en esos mercados querría resistir sus esquemas. Este tipo de predación podría ocurrir, sin embargo, sólo si hay una inhabilidad de parte de las potenciales víctimas para ejercer una defensa colectiva, en sí misma una falla del mercado.

protegeron a sí mismos, celebrando contratos de concesión exclusiva con sus comerciantes. Estos comerciantes se dieron cuenta muy tarde que los acuerdos de concesión exclusiva los había desventajado de tal manera, que dañó la competencia. Así, una asimetría en la información explicó cómo pudo ser impuesta la concesión exclusiva y por qué fue anticompetitiva<sup>(76)</sup>. Robert Steiner y Sharon Oster concluyeron, de manera similar, que fue información imperfecta la que condujo al uso anticompetitivo de los precios de venta en el caso Levi Strauss<sup>(77)</sup>.

Algunas de estas fallas del mercado impactaron directamente en los individuos y algunas en las entidades comerciales. Sin embargo, independientemente de quienes eran los consumidores finales, las fallas en todos estos casos de monopolio fueron externas a los consumidores.

### 3.4 Las violaciones de protección al consumidor requieren de fallas del mercado internas a los consumidores.

Los problemas de protección al consumidor no pueden ocurrir estando ausentes las fallas del mercado que se llevan a cabo “dentro de la cabeza” de los consumidores finales. Los consumidores hipotéticos, que se encuentran perfectamente bien informados, y que son razonables e inteligentes, no pueden ser objeto de abusos de protección al consumidor. Sin embargo, los consumidores ordinarios tienen mayores dificultades.

Las fallas internas del mercado más comunes, caen dentro de cinco categorías: 1) coerción premeditada; 2) influencia indebida; 3) engaño; 4) información incompleta; o 5) información confusa.

En primer lugar, algunos consumidores están sujetos a coerción y no pueden actuar con libre voluntad. Esta situación puede aparecer de manera más obvia cuando los individuos han sido sometidos a coerción premeditada. Un caso que involucra esta situación apareció cuando una compañía de calefacción adoptó la práctica de instruir a sus vendedores para desensamblar las unidades de calor de los dueños de casa y, luego rehusarse a ensamblarlos hasta que el dueño de casa acordara comprar partes o servicios adicionales<sup>(78)</sup>.

Un segundo tipo de fallas del mercado involucra situaciones en las que los consumidores son miembros de grupos vulnerables y, por lo tanto, son susceptibles de recibir influencias indebidas de los vendedores. Por ejemplo, se ha encontrado que algunas técnicas de lotería para vender caramelos son impropias, en parte porque ellas fueron dirigidas a “niños, demasiado jóvenes como para ser capaces de ejercer un juicio inteligente de transacción<sup>(79)</sup>”.

De lejos, el tipo de falla del mercado de protección al consumidor más importante involucra a consumidores que son capaces de tomar decisiones racionales, pero cuyas habilidades para tomar estas decisiones han sido deterioradas por informaciones incorrectas. El uso de información falsa o engañosa por parte de los fabricantes es, probablemente, la mayor y única amenaza para el libre ejercicio de elección de los consumidores. El engaño se encuentra específica y separadamente prohibido en el Decreto de la FTC, así como excluido por la prohibición más general en contra de las prácticas de consumo<sup>(80)</sup>.

Un tipo de falla del mercado “dentro de la cabeza” puede aparecer si es que cierta información

(76) BROCK, Gerald, *Vertical Restraints in Industrial Cases*. En: *Impact Evaluation of Federal Trade Commission Vertical Restraint Cases* 386 (Ronald N. Lafferty et. al.eds.,1984).

(77) Levi Strauss & Co., 92 F.T.C. 171 (1978). Cuando los jeans eran un producto relativamente nuevo para los consumidores de clase media, Levi Strauss tuvo que usar la fijación de precios de venta para garantizar el margen del minorista y, en efecto, “comprar espacio” en el mercado. Durante este período, la información imperfecta del consumidor relativa a este nuevo producto condujo a la imposición procompetitiva de la fijación de precios de venta. Después de que el producto estuvo bien establecido, la fijación de precios de venta no fue necesaria y Levi Strauss mantuvo anticompetitivamente los precios a un nivel muy alto. La información imperfecta de parte de Levi Strauss causó que la compañía no dé cuenta de que debió cambiar las estrategias de mercadeo. Mantuvo la estrategia de fijación de precios de reventa más tiempo del óptimo para la sociedad o para Levi Strauss. Ver: OSTER, Sharon. *The FTC v. Levi Strauss: An Analysis of the Economic Issues* En: *Impact Evaluations* p. 48. Este estudio contiene también citas del análisis inédito de Robert Steiner sobre el caso.

(78) Ver Holland Furnace Co., 55 F.T.C. 55 (1958), *aff'd*, 295 F.2d 302 (7mo Circuito 1961).

(79) FTC v. R.F. Keppel & Bro., 291 U.S. 304 (1934).

(80) Los casos de engaño, una parte integrante del esfuerzo más grande para proteger la soberanía del consumidor, son una aplicación específica de la gran prohibición de las prácticas injustas para el consumidor incluidas en el punto 5 de la Ley FTC. Ver en forma general: AVERITT, Neil Op. Cit.; p. 265.

importante no se encuentra realmente disponible, excepto para el vendedor. Los vendedores pueden retener ese tipo de información aun cuando los consumidores la necesitan para hacer comparaciones informadas. La Comisión ha emitido varias reglas dirigiendo problemas de este tipo. Estas reglas, han requerido a los fabricantes que revelen las características básicas y funcionales de sus productos, así como el *R-value* de aislación y la valuación de octanaje de la gasolina<sup>(81)</sup>.

La quinta clase de las fallas del mercado puede ser entendida como un subtipo de la cuarta clase. Tanto el Congreso como la FTC buscan proteger a los consumidores de revelaciones de información presentadas de una manera tan compleja, que impiden que éstos logren usarla efectivamente. Las leyes de reporte crediticio, por ejemplo, asignan por mandato la revelación de que \$100 al mes durante cuatro años, equivale realmente a una tasa de 22 por ciento de interés. Estas leyes hacen más fácil para el consumidor de crédito el desarrollar una compra comparada.

Todas estas cinco categorías de fallas del mercado son consecuentes con el modelo de soberanía del consumidor de las leyes de protección al consumidor, aquel en el que las fallas del mercado son las que ocurren “dentro de la cabeza de los consumidores” y evitan la posibilidad de que los consumidores puedan elegir entre las opciones disponibles.

#### 4 Cómo los dos niveles de protección convergen e interactúan.

Para la mayoría de las prácticas que violan las leyes de protección al consumidor y antimonopólica, la

dicotomía identificada en este artículo separará y distinguirá nítidamente los dos campos. El establecimiento de precios predatorios y la fijación de precios, por ejemplo, afectan el suministro de opciones en vez de la elección entre ellas. Estas son, por lo tanto, violaciones de la ley antimonopólica. Por otro lado, el fraude y el engaño no afectan directamente el suministro de opciones, pero sí la habilidad para elegir entre ellas. Estas son, por lo tanto, violaciones de la ley de protección al consumidor. Algunas situaciones, sin embargo, no se acomodan nítidamente en nuestro modelo.

La dicotomía propuesta sólo tiene que ver con efectos relativamente directos de las prácticas en cuestión. A largo plazo, los efectos pueden interactuar en formas más complejas. Las fallas del mercado internas a los consumidores, pueden, eventualmente, llevar a fallas del mercado externas a los consumidores, y viceversa<sup>(82)</sup>. Similarmente, las prácticas que afectan el menú de opciones también pueden afectar la habilidad de los consumidores para elegir entre las opciones lo que, en un término, podría llevar a mayores restricciones o distorsiones en las opciones que se hacen disponibles a través del mercado. Estas complejidades tienen que ser descompuestas dentro de la decisión del controlador, respecto de denunciar o no, y en tal caso, qué remedio buscar<sup>(83)</sup>.

El análisis de estos temas comenzará considerando las formas en las que las agencias de control pueden utilizar los remedios antimonopólicos para realzar la habilidad de los consumidores para elegir entre las opciones. Nosotros consideraremos después, las situaciones en las que se puede usar los remedios de protección al consumidor para crear nuevas opciones en el mercado.

(81) Ver: *Labelling and Advertising of Home Insulation*, 16 CFR punto 460.5 (1996) (requiriendo el desvelo de los *R-values*); *Automotive Fuel Ratings Certification and Posting*, 16 CFR punto 306.5 (1996) (requiriendo el desvelo del octanaje de la gasolina de automóviles).

(82) También es posible que muchas fallas del mercado internas a los consumidores dependan de la existencia de fallas externas de mercado. En un nuevo sentido, si un consumidor no puede elegir libremente entre las opciones disponibles, el efecto neto será el de que exista una sola opción de donde escoger. Por ejemplo, el engaño al consumidor mediante publicidad prohibida puede tener más éxito si el anunciante tiene algún grado de poder en el mercado causado por alguna falla externa del mercado. Si el anunciante no tuviera poder en el mercado, los competidores del anunciante fraudulento generalmente tendrían incentivos para lanzar anuncios veraces, simultáneamente vendiendo sus productos y denunciando el fraude.

(83) Por ejemplo, es posible que una falla del mercado a un nivel pueda crear una falla del mercado a otro nivel, que dañaría a los consumidores en el segundo nivel. Una barrera de acceso al mercado podría proteger a un monopolista de la competencia, por ejemplo, y entonces permitirle engañar a los consumidores con poco temor a una denuncia o una pérdida de participación en el mercado. En algún sentido, podría ser el caso que todas las fallas de mercado internas del consumidor se dan debido a fallas externas del mercado competitivo.

#### 4.1 Uso de remedios de antimonopolio para realizar la elección entre las opciones.

Algunos casos, aun cuando se refieren primordialmente a preocupaciones de antimonopolio, también pueden realzar directamente la habilidad de los consumidores para elegir entre las opciones. Esto puede ocurrir, por ejemplo, a través de 1) la eliminación de acuerdos horizontales que elevan los costos de búsqueda de los consumidores<sup>(84)</sup>; 2) la eliminación de restricciones verticales de precios que crean un incentivo para engañar a los consumidores; o 3) la eliminación de cláusulas de atadura que dificultan a los consumidores evaluar o estimar separadamente cualquiera de los dos productos atados. Sin embargo, en otras ocasiones la relación causal correrá en la dirección opuesta y los efectos beneficiosos de una práctica en la elección del consumidor justificarán lo que, de otra forma, sería una violación a la libre competencia.

Algunas restricciones horizontales, al incrementar los costos de búsqueda de los consumidores, pueden impedir que la habilidad de éstos elija entre los productos existentes, a tal grado, que tengan como efecto distorsionar, en última instancia, las opciones que se encuentran disponibles en el mercado. Las acciones de antimonopolio destinadas a dirigir estas situaciones pueden, por lo tanto, tener efectos beneficiosos en las elecciones de los consumidores también.

Un ejemplo muy familiar de esta categoría de casos es la *National Society of Professional Engineers v. United States*<sup>(85)</sup>, que involucraba un grupo de restricciones promulgadas por la asociación de ingenieros profesionales. Estas restricciones se aplicaban a los ingenieros que ayudaban a diseñar edificios y otras estructuras. Su “canon de ética” prohibía mandatos competitivos y prevenía que los ingenieros discutiesen individualmente “precios con los potenciales clientes hasta después de que de las negociaciones (...) resultase la elección inicial del ingeniero<sup>(86)</sup>”. Así, los clientes tenían que trabajar con

un ingeniero por un tiempo para dejar en claro qué era lo que el proyecto acarrearía, antes de que los honorarios pudiesen ser mencionados. Estas restricciones dificultaban extremadamente ir en busca de un ingeniero sobre la base del precio<sup>(87)</sup>. Mientras que los clientes podían, en teoría, comenzar de nuevo con un segundo ingeniero si el precio del primero era muy alto, las restricciones elevaban tanto el costo de búsqueda, que comenzar de nuevo era frecuentemente impráctico para los clientes. La eliminación de una opción (la opción de verificar fácilmente los precios) interfería significativamente con la habilidad de los clientes para elegir entre las opciones de precios competitivos. Así, cuando la Corte Suprema eliminó una restricción en la opción de información de precios que el libre mercado había proporcionado, dio a los consumidores una mayor habilidad para elegir entre los proveedores disponibles.

*FTC v. Indiana Federation of Dentists*<sup>(88)</sup> comprometió un efecto similar. En este caso, una asociación de dentistas rehusó colectivamente proporcionar los rayos-x solicitados por las compañías de seguros que querían evaluar las necesidades de ciertos procedimientos dentales. A pesar de que las compañías de seguros se mantuvieron libres de enviar a sus propios inspectores a las oficinas de los dentistas para examinar las películas, esto era prohibitivamente costoso, y el aumento de los costos significó para estas compañías, que resultara más difícil asegurar efectivamente el trabajo de los dentistas. El acuerdo de los dentistas eliminaba directamente, de esta manera, una opción del mercado (la opción de enviar rayos-x a las compañías aseguradoras), lo cual empeoraba directamente un aspecto de la habilidad para elegir entre las opciones (la habilidad de las compañías de seguros para comparar la calidad de trabajo de los dentistas), de tal modo que deterioraba indirectamente la habilidad de los pacientes (nunca más fueron informados por la reacción de las compañías aseguradoras) de seleccionar un dentista lo suficientemente prudente y cuidadoso como para llevar a cabo únicamente los procedimientos necesarios. La

(84) Ver LANDE, Robert H. *Raising Consumer's Search Costs: A Theory of Anticompetitive Behavior* (1997) (manuscrito inédito en el archivo del autor).

(85) 435 U.S. 679 (1978).

(86) *Ibid.*; p. 692.

(87) *Ibid.*; pp.692-693.

(88) 476 U.S. 447 (1986)



acción de la Comisión, al ayudar con el surgimiento de un nuevo orden de opciones, permitió que los consumidores pudieran elegir entre estas opciones.

Otro caso que demuestra la interacción de las fallas internas y externas del mercado es *Detroit Auto Dealers' Association*<sup>(89)</sup>, en el que más de noventa y dos comerciantes acordaron mantener sus salas de exhibiciones cerradas los sábados por la tarde de tres fines de semana. La FTC recusó esta condición únicamente como una conspiración en restricción del comercio –esto es, únicamente desde una teoría de la libre competencia– en el sentido de que la reducción de las horas de compra resultaban en un mayor precio de consumo. Mientras que el caso involucraba estos tipos de efectos de antimonopolio en el precio, la senda por la que llegaron fue, de alguna manera, compleja. El acuerdo de los comerciantes eliminaba una opción no relativa al precio (horas de compra convenientes) que los consumidores deseaban. El acuerdo también impidió que la habilidad de los consumidores pueda elegir entre otras opciones, dado que las restricciones de las horas convenientes les dificultaba comparar entre los precios de las tiendas, y la calidad, la variedad y las características de los carros. Esto, tenía como efecto indirecto el disminuir la cantidad de competencia de precios en el mercado. Por lo tanto, la acción de la FTC eliminó la restricción de opciones no relativas al precio, lo cual incrementó la elección de los consumidores, incrementando, así, la competencia de los precios<sup>(90)</sup>.

La fijación del precio de venta es otra área en la que los remedios de antimonopolio pueden tener efectos benéficos desde el punto de vista de protección al consumidor. La fijación de los precios de venta puede restringir directa y sustancialmente las opciones de precios abiertas a los comerciantes y, así, puede

concernir a la ley antimonopólica. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, también puede llevar a distorsiones en la elección que los consumidores realizan de las opciones presentes. Warren Grimes ha enseñado cómo los comerciantes pueden usar la fijación de los precios de venta para tomar ventaja de las deficiencias de información de los consumidores. La RPM puede ser usada para garantizar un amplio margen de venta, lo que daría a los vendedores un incentivo para “empujar” algunas marcas de productos, aún cuando esas marcas no sean superiores (y por lo tanto puedan ser inferiores) a los productos de la competencia en el mismo rango de precios. Esta conducta en las ventas puede no llevar al nivel de engaño al consumidor sancionable, pero es ciertamente diferente de la beneficiosa “información del consumidor” hecha posible por la RPM bajo otras circunstancias. La ventaja de esta estrategia depende de la información imperfecta del consumidor porque el esquema no funcionará si los consumidores conocen la extensión a la que los representantes de ventas están empujando determinadas marcas sólo para obtener mayores comisiones<sup>(91)</sup>. Un caso en contra de la subordinación de la RPM, aplicando la prohibición antimonopólica *per se*, podría reducir los incentivos para capitalizar sobre la falta de información de los consumidores y podría, por lo tanto, incrementar la posibilidad de los consumidores para realizar elecciones efectivas entre las opciones<sup>(92)</sup>.

Las cláusulas de atadura involucran una compleja mezcla entre factores antimonopólicos y de protección al consumidor. Cuando son del todo ilegales, las cláusulas de atadura son tradicionalmente entendidas como violaciones a la libre competencia<sup>(93)</sup>. Y, de hecho, los casos de ataduras encajan en el lado

(89) 955 F.2d 457 (6to Circuito.), 506 U.S. 973 (1992).

(90) Más generalmente, mientras cualquier conspiración horizontal para restringir la publicidad ciertamente levanta temas antimonopólicos, también limita la elección del consumidor entre opciones.

(91) GRIMES, Warren S. *Spiff, Polish and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited*. En: 80 California Law Review 815. 1992. pp. 834-836.

(92) Una acción de control es más susceptible de ser beneficiosa en términos de protección al consumidor en tanto las siguientes condiciones estén presentes: 1) las marcas competidoras del producto están fuertemente diferenciados en precio y características de performance; 2) las características relevantes del producto no pueden ser directamente observadas por el consumidor antes de comprar; 3) el producto es comprado muy infrecuentemente por el consumidor para ganar experiencia en él rápidamente; 4) El producto no es lo suficientemente caro como para motivar a los consumidores a ser independientemente entendidos sobre sus características; y 5) los *presale services* beneficiosos no son suficientes para explicar la fijación de precios de venta.

(93) Estos casos han sido traídos por el Departamento de Justicia y por litigantes privados bajo la Ley Sherman, ver: e.g. *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*. 466 U.S. 2. 12-13 (1984), y por la FTC bajo la teoría de “métodos injustos de competencia”, ver también: CRASWELL, Richard *Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues*. En: 62 B.U. Law Review 661. 1982.

de la competencia de nuestra dicotomía propuesta. Las cláusulas de atadura requieren que dos productos sean vendidos juntos, eliminando de esta manera la opción que otros consumidores prefieren de comprar los productos separadamente. Dado que la firma que ata los dos productos debe tener poder en el mercado de ataduras, antes de que la regla de ilegalidad *per se* sea aplicada, puede decirse que un enlace ilegal restringe sustancialmente la gama de opciones del consumidor<sup>(94)</sup>.

Sin embargo, las ataduras pueden deteriorar la habilidad de los consumidores para elegir entre las opciones y, de esta manera, también pueden considerarse como parte de nuestra definición de violaciones de la ley de protección al consumidor. Por ejemplo, si dos productos se encuentran disponibles únicamente como un paquete, el consumidor no podrá conocer o evaluar el costo de cada uno de ellos<sup>(95)</sup>. Similarmente, algunos consumidores pueden tener dificultades para calcular el costo neto de descuento tanto del precio inicial de compra como el precio de una atadura posterior de los gastos de servicio o mantenimiento<sup>(96)</sup>.

Los aspectos de protección al consumidor de “productos atados” se encuentran bien ilustrados por *East-man Kodak Co. V. Image Technical Services,*

*Inc*<sup>(97)</sup>. Antes de 1985, los potenciales compradores de máquinas Kodak entendieron (de acuerdo con el demandante en Kodak<sup>(98)</sup>) que después de comprar sus máquinas, ellos podían acudir a una organización de servicios independiente (ISO’s<sup>(\*\*\*\*)</sup>) para adquirir partes de repuestos y servicios<sup>(99)</sup>. En 1985 o 1986 Kodak cambió su política y, cualquier cliente que deseara adquirir partes de repuestos patentadas por Kodak, tenía que adquirir un contrato de servicio de Kodak también. Así, Kodak habría instituido una “atadura posterior” entre las partes y el servicio, eliminando efectivamente la habilidad de los consumidores para usar ISO’s. Los consumidores podían ser explotados por esta atadura posterior<sup>(100)</sup>, en el sentido de que la información era imperfecta en dos aspectos. Aquellos clientes que compraron sus equipos antes de que Kodak instituyese su nueva póliza, deben haber subestimado el riesgo de que su póliza cambie<sup>(101)</sup>, y aquellos clientes que compraron sus equipos después de que la nueva póliza fuese anunciada, pueden no haber apreciado su impacto dada la dificultad en estimar los costos actuales de los servicios de ciclo de vida<sup>(102)</sup>. Debido a que estas características del caso involucraron la habilidad de los consumidores para elegir, el caso Kodak arrastró temas de protección al consumidor en

(94) Para un ejemplo tradicional de una violación de atar productos, ver: *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 137 (1936).

(95) Ver: *Sandoz Pharmaceutical*, FTC File No. C-3385, Julio 30, 1992. Preocupaciones similares pueden subyacer a porciones de la Regla Funeraria que prohíbe, como ofensas al consumidor, ataduras entre la mayoría de bienes y servicios de funerales, incluyendo los ataduras entre la compra de un ataúd y la provisión de servicios funerarios. Ver: *Funeral Industry Practices*, 16 C.F.R. punto 453.4 (1996).

(96) Ver CRASWELL supra nota 57, pp. 9-13.

(97) 504 U.S. 451 (1992). La discusión de este artículo de la decisión en el caso Kodak es más desarrollada en LANDE, Robert, supra nota 57, p. 194.

(98) La siguiente discusión del caso Kodak refleja los hechos del caso como fueron declarados en la demanda.

(\*\*\*\*) Nota del traductor: ISO por *independent service organization*, traducido como organización de servicios independiente.

(99) Frecuentemente, estos ISO’s cobraban significativamente menos por el servicio que Kodak. 504 U.S. p. 457.

(100) Para cuatro maneras en las que esta explotación podría ocurrir, ver la discusión en LANDE, supra nota 60, p. 196.

(101) Si la información poseída por los clientes antes de 1985 hubiera sido perfecta, ellos hubieran anticipado que Kodak podría cambiar su política luego de que los consumidores compraran sus máquinas y se vieran obligados a comprar repuestos de Kodak. Los clientes que compraron una máquina copiadora de Kodak antes de 1985 probablemente no tienen un reclamo contractual exitoso porque la política de Kodak anterior a 1985 de vender repuestos a consumidores que compraron el servicio de los ISOs no era un término contractual entre Kodak y los compradores de aquellas máquinas. Era meramente una política colateral, aunque importante. En el mundo real e imperfecto sin embargo, el cambio en esta política fue inesperado. Como resultado, la competencia anterior involucrando la compra inicial de la máquina no podría haber protegido efectivamente a los consumidores porque el cambio de Kodak fue inesperado tanto para sus clientes como para sus competidores. Entonces, pese a que un análisis estructural tradicional pueda sugerir que la competencia en el mercado debe proteger a los consumidores, Kodak sostiene que las empresas con pequeñas participaciones de mercado podrían ser capaces de dañar injustamente a los consumidores aprovechando la información imperfecta de los consumidores obligados a comprar repuestos Kodak. 504 U.S. p. 476.

(102) La segunda falla en la información involucraba la imposibilidad de los consumidores de hacer comparaciones complejas de ciclos de vida. La corte Kodak estableció que, como un tema factual, los precios en función a ciclos de vida (*life-cycle pricing*) son extremadamente difíciles de ejecutar. Los clientes hubieran tenido que efectuar este cálculo para todas las marcas antes de comparar costos inteligentemente. La Corte señaló que esta información no estaba disponible para los consumidores de su propia experiencia, y los competidores de Kodak no necesariamente la darían. *Ibid.*, p. 473-475. Cuando consumidores individuales están involucrados es frecuentemente obvio que la información imperfecta puede impedirles hacer decisiones óptimas de compra, pero un aspecto notable de este caso es que todos los compradores victimados eran negocios.

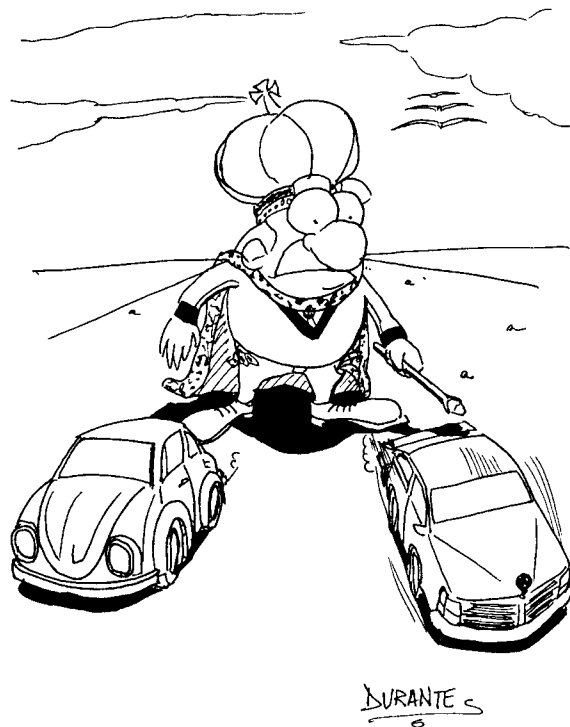
lo referido a esos efectos.<sup>(103)</sup> La Corte Suprema no se pronunció respecto de estos temas, pero tampoco los rechazó. Únicamente decidió que las prácticas alegadas podían constituir violaciones a la libre competencia. Así, las cláusulas de atadura son un área anómala de la ley. Estas pueden reducir significativamente las opciones disponibles y, por lo tanto, pueden violar las leyes antimonopólicas. Ciertas situaciones de atadura<sup>(104)</sup>, como la que se presentó en Kodak, pueden generar interés en el área de la protección al consumidor<sup>(105)</sup>. Además de anómala, esta sobreposición, no debería sorprender del todo, si consideramos que las dos áreas de la legislación tienen una relación funcional muy cercana.

Todos los casos que hemos discutido hasta el momento, han involucrado situaciones en las que los remedios de antimonopolio pueden llevar, indirectamente, a un beneficio de protección al consumidor. De modo contrario sin embargo, algunas prácticas capaces de violar las leyes antimonopólicas serán sostenidas algunas veces, debido a los beneficios que provee en términos de protección al consumidor.

Por ejemplo, las restricciones verticales no relativas al precio pueden deteriorar la competencia en cierto grado, pero pueden sobrevivir a la regla de razonabilidad si proveen eficiencias que lo compensen. Es común encontrar suficientes eficiencias en la imperfecta información de los consumidores y en la inhabilidad del mercado para suministrar esta información ausentes las restricciones. Las restricciones verticales pueden ser un camino para asegurar que esta información sea suministrada sin preocupación acerca del *free riding*<sup>(106)</sup>. Estas restricciones limitadoras de opciones pueden realzar

la habilidad de los consumidores para elegir entre las opciones que quedan y pueden, por lo tanto, ser aceptables bajo la regla de la razón<sup>(107)</sup>.

Algunas veces, una práctica que elimina una opción puede tener el efecto intuitivamente contrario de incrementar la habilidad de los consumidores para escoger de manera exacta. El caso *Chicago Board of Trade v. United States*<sup>(108)</sup> involucró restricciones promulgadas por la *Chicago Commodities Exchange* que forzaron a los miembros concesionarios que deseaban realizar compras de granos después de



DURANTE S

(103) La Suprema Corte decidió únicamente que las prácticas envueltas en el caso podrían ser violaciones de la ley antimonopólica, y por consiguiente la Corte Distrital decidió no entrar en un proceso abreviado en el caso Kodak.

(104) El Profesor Marvel analizó una unión tecnológica entre ayudas auditivas y baterías y concluyó que el propósito podría haber sido imponer discriminación en precios contra los grandes usuarios de ayudas auditivas. Los consumidores podrían teóricamente haberse involucrado en precios en función al ciclo de vida (podrían haber calculado al valor descontado presente de la ayuda auditiva y la batería que pretendían comprar). Debido a que por motivos prácticos frecuentemente no podían hacerlo correctamente, los consumidores podían ser explotados a través de la unión. Ver: MARVEL, Howard P. *Vertical Restraints in the Hearing Aids Industry*. En: *Impact Evaluations...* Op. cit.; pp. 271, 328-329.

(105) Una discusión explícita de la información imperfecta sería no remarcable en un caso de fraude al consumidor, pero esta es una idea relativamente nueva para el Derecho de la Competencia.

(106) Ver: TELSER, Lester *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*. En: 3 *Journal of Law & Economics* 86, 89 (1960).

(107) Ver: e.g. *United States v. Jerrold Electric Corp.*, 187 F. Supp. 545, 560-561 (1960) (la unión entre antenas de televisión y contratos de servicio fue justificada debido a que los consumidores podrían no saber que la falla en el funcionamiento del televisor se debía a problemas con la antena o con su mantenimiento; si la información hubiera sido perfecta, la unión no hubiese sido necesaria), *aff'd*, 365 U.S. 567 (1961).

(108) 246 U.S. 231 (1918).

cerrado el intercambio, a un precio que prevalecía cuando la negociación del intercambio terminaba. Sin embargo, la regla fue defendida porque sin ella los granjeros y otros clientes sin experiencia, que no estaban totalmente informados sobre el valor de sus bienes, podían convertirse en presa de compradores astutos. Así, la práctica antimonopólica (una que eliminaba la opción de precios negociados una vez que el intercambio estaba cerrado) mejoraba la habilidad de los vendedores para protegerse a sí mismos del poder del fraude o monopolio (u oligopsonio), y de esta manera mejoró su habilidad para elegir entre las opciones proporcionadas por el mercado.

#### 4.2 Uso de remedios de protección al consumidor para crear nuevas opciones.

Las leyes de protección al consumidor están diseñadas, en primer lugar, para incrementar la cantidad y exactitud de la información disponible para los consumidores, facilitando de esta manera, el ejercicio de la elección de los consumidores. Sin embargo, la ejecución de las leyes de protección al consumidor puede también afectar indirectamente la mezcla de opciones que el mercado suministra. El acceso a nueva información otorgada a los consumidores puede hacer valorar a los consumidores nuevas clases de productos, y el mercado puede responder suministrando más de esa clase de productos<sup>(109)</sup>.

Este efecto de realce de opciones es un propósito secundario, pero no menos elaborado, subyacente a varias reglas de protección al consumidor. La regla de la razón (*R-Value Rule*), por ejemplo, requiere que el aislamiento de las casas se encuentre etiquetado para mostrar su capacidad cuantitativa de aislamiento para facilitar, así, comparaciones informadas<sup>(110)</sup>. La Comisión consideró que esta regla tendría un efecto indirecto pero beneficioso en el suministro de opciones:

Las imperfecciones del mercado que impiden el proceso de suministro de este tipo de información material en el flujo regular del comercio desalienta las consideraciones de consumo de nuevos productos lanzados, disminuye las compras comparativas, y crean paridad competitiva sin garantía o ventaja de los productos inferiores. Así, un mercado que funciona de esta manera no solo daña a los consumidores sino también lesiona la competencia justa y abierta<sup>(111)</sup>.

En otras palabras, un mercado que funciona de acuerdo con la nueva regla, evitando esta ventaja por los “productos inferiores”, presumiblemente tenderá a dejarlos fuera, perfeccionando de esta manera el menú de opciones.

Parece que la FTC tuvo una motivación similar para la Regla de Franquicias, la cual requiere que se brinde en los prospectos de franquicia cierta información relevante para entrar en una relación de negocios de este tipo, incluyendo información acerca de la identidad y experiencia del particular franquiciante, los servicios de soporte ofrecidos al franquiciado, cualquier honorario inicial o recurrente, y los nombres y direcciones de las diez franquicias más cercanas existentes<sup>(112)</sup>. La FTC inició su análisis de la necesidad de esta regla observando que los fraudes eran comunes en el negocio de las franquicias: “aquellos reclamos en base a la oferta de ‘hágase rico rápido’ frecuentemente no son fundamentados por el franquiciante o estas no representan hechos materiales respecto a las ganancias potenciales de un particular negocio de franquicia<sup>(113)</sup>”. La FTC concluyó que una información más completa permitiría a los consumidores tomar mejores decisiones. Adicionalmente, parecería que la Comisión esperaba que la habilidad mejorada para elegir entre las opciones de los potenciales franquiciados, ayudaría a conducir fuera del mercado a los franquiciantes fraudulentos: “[e]stableciendo un conjunto uniforme mínimo de información, los requerimientos de información aumentan la eficiencia

(109) Los efectos en la provisión de opciones en el mercado podrían ser también defensivos, preservando la oferta existente pero no necesariamente incrementándola. Previendo el engaño, por ejemplo, la Comisión ayuda a prevenir el decaimiento indebido de firmas honestas y entonces, puede ayudarles a permanecer en el negocio. Cfr. *FTC Policy Statement on Deceptive Acts and Practices*. 4 Trade Reg. Rep. (CCH) punto 13,205 p. 20,917 n. 58 (1983).

(110) *Labeling and Advertising of Home Insulation*, 16 C.F.R. punto 460.12 (1996).

(111) *Statement of Basis and Purpose*, 44 Fed Reg. 50,218; 50,223 (1979).

(112) *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, 16 C.F.R. punto 436.1 (1996).

(113) *Statement of Basis and Purpose*, 43 Fed Reg. 59,614; 59,626 (1978).

de los mercados al facilitar la comparación de las posibilidades de franquicia en competencia <sup>(114)</sup>”.

Las reglas discutidas en los dos párrafos precedentes fueron unas en las que un tipo de remedio de protección al consumidor, mejorando la habilidad de elección entre las opciones, también tendría un efecto benéfico a largo plazo en la disponibilidad de opciones. Algunas veces, este acercamiento puede ser utilizado en situaciones más extremas y, una violación directa de una de las partes de la ley de la FTC, podría ser curado por un remedio debajo de otro. Por ejemplo, supongamos que creemos que existen numerosas y extendidas instancias de fraude en las ventas puerta a puerta de productos para consumidores. Uno podría tratar de remediar este problema requiriendo mayor honestidad por parte de los vendedores, pero un enfoque de este tipo podría ser difícil de controlar y hacer cumplir. Una alternativa de esta propuesta podría ser una regla que exija a los vendedores que proporcionen a los consumidores un período de tiempo en el que puedan cambiar de idea y solicitar un reembolso. Esta regla, motivada por un aspecto de protección al consumidor, curaría el problema a través de lo que básicamente es un remedio antimonopólico <sup>(115)</sup>, en el sentido que cambiaría las opciones disponibles de los consumidores (por ejemplo, le daría a los consumidores la opción de retorno, o eliminaría del mercado la opción de no retornable) <sup>(116)</sup>.

La interacción entre los dos lados del estatuto no es invariablemente beneficiosa, por su puesto. En algunas situaciones, una orden que corrige exitosamente un tipo de fallas en el mercado puede empeorar inadvertidamente los problemas creados por otro tipo de falla. Este resultado parece haber ocurrido

en una serie de casos que involucran restricciones verticales en la venta de aparatos auditivos <sup>(117)</sup>. Los fabricantes de aparatos auditivos impusieron arreglos negociales exclusivos y, aunque la evidencia era débil, se ha alegado que impusieron una máxima fijación del precio de reventa sobre sus concesionarios <sup>(118)</sup>. En una serie de casos exitosos de la FTC se ordenó a los fabricantes terminar con estas prácticas. Debido a que las órdenes de la FTC facilitaron a los comerciantes de aparatos auditivos comenzar a vender múltiples marcas a diferentes precios, las opciones de los consumidores se incrementaron. Desafortunadamente, muchos de los comerciantes de aparatos auditivos no fueron éticos y, a diferencia de los fabricantes de aparatos auditivos, tuvieron una perspectiva a corto plazo. Las prácticas de ventas fraudulentas y coercitivas se volvieron comunes <sup>(119)</sup>. Como resultado, las órdenes de la FTC que terminaron con la RPM facilitaron a los comerciantes no éticos cobrar precios muy altos a los consumidores maduros, que resultaban relativamente vulnerables, tomando así ventaja de su “falla interna” de mercado. Por otro lado, aun cuando ellos terminaron con los arreglos negociales exclusivos, las órdenes de la FTC probablemente trajeron también una mayor competencia entre los comerciantes con otro sector de la industria - audiólogos- quienes, en promedio, eran más éticos y más competentes <sup>(120)</sup>. Así, al punto en que ellos finalizaron la práctica de negociar con exclusividad, las órdenes de la FTC probablemente resultaron en un menor fraude; mientras que al punto en que las órdenes acabaron con la RPM, probablemente tendieron a producir un mayor fraude.

En pocas palabras, una dicotomía básica debe ser calificada para reconocer que las materias legales

(114) Ibid. p. 59,638; ver también: 43 Fed Reg. p. 59,626 . Similarmente, al promulgar la *Care Labelling Rule* (que requería la inclusión de etiquetas permanentes en la ropa describiendo los métodos de limpieza que necesitaran), La Comisión podría haber anticipado que tendría efectos en la producción de ropa que fuera fácil de mantener. Anotó que los consumidores necesitaban la nueva información para, entre otras cosas, “poder seleccionar artículos sobre la base de que sean cuidados efectivamente y a bajo costo”. *Statement of Basis and Purpose*. 36 Fed Reg. 23,883; 23,889 (1971). Ver: *Care Labelling of Textile Wearing Apparel and Certain Piece Goods*. 16 C.F.R. punto 423.6 (1996).

(115) Ver: Rule Concerning Cooling-Off Period Sales Made at Homes or Certain Other Locations, 16 C.F.R. punto 429.1 (1996).

(116) El remedio también tiene un aspecto de protección al consumidor porque el tiempo adicional permitiría a los consumidores hacer una mejor elección entre las opciones que el mercado ofrece.

(117) Ver MARVEL, Op.Cit. p. 271.

(118) Ibid. pp. 282, 327.

(119) Ibid. pp. 349-51.

(120) Loc cit.

complicadas no son siempre ordenadas. Un caso que se basa primariamente en una mitad de la jurisdicción de la FTC puede tener algunos efectos colaterales en áreas cubiertas por la otra mitad<sup>(121)</sup>. No obstante estas calificaciones, la dicotomía descrita es una manera general y muy útil de observar la distinción entre antimonopolio y protección al consumidor.

## 5 Consecuencias prácticas de una teoría unificada.

La vista trazada de la ley en las secciones anteriores del artículo es de más interés que el teórico. Este tiene un número de implicancias prácticas intensas. Cinco de ellas serán discutidas en esta sección. Una teoría unificada de la soberanía del consumidor: 1) muestra por qué la FTC fue creada como una agencia única; 2) ayuda a asegurar que la teoría de litigio en cada caso seguirá los procedimientos y estándares establecidos en la parte apropiada de la ley; 3) facilita que las preguntas legales cercanas sean juzgadas a la luz de un mejor entendimiento de los propósitos legales relevantes; 4) recuerda a los operadores del importante rol jugado por la competencia no relativa al precio; y 5) sugiere un armazón conceptual para los países que están adoptando y organizando leyes de libre competencia por primera vez.

### 5.1 La *Federal Trade Commission* debe continuar teniendo la autoridad antimonopólica y protección al consumidor.

La primera consecuencia de nuestra interpretación de la ley es que explica por qué la FTC fue creada como una única agencia y por qué debe permanecer como una. Hemos demostrado que las funciones antimonopólica y de protección al consumidor pueden y deben trabajar juntas para salvaguardar el ejercicio de la soberanía del consumidor. Tres cosas adicionales son ciertas: 1) El Congreso se refirió consistentemente a estas dos funciones para trabajar juntas en la FTC; 2) existen beneficios prácticos al permitir que las dos funciones se encuentren en una organización; y 3) la asociación con la función de protección al consumidor puede ayudar a mostrar cuándo ciertos temas de competencia deben ser manejados por la FTC en vez del Departamento de Justicia.

La teoría unificada de la soberanía del consumidor propuesta en este artículo se encontraba implícita en el diseño original del Congreso para la misión de la FTC. La sección 5 de la ley de la FTC prohibió, inicialmente, tanto la injusticia en la competencia como en los consumidores en una sola frase –“métodos desleales de competencia”<sup>(122)</sup>– la cual abarcaba todo, desde predación hasta fraude<sup>(123)</sup>. Las violaciones tradicionales de protección al

(121) Situaciones aún más anómalas podrían surgir a veces, en las que existe una falla del mercado que no puede ser reparada por leyes antimonopólicas o de protección al consumidor. Esto podría ocurrir, por ejemplo, debido a problemas de selección adversa.

Asumamos para efectos de la discusión que las compañías de seguros tiene una época difícil en acertar qué gente es más propensa a necesitar más el promedio de atención médica, entonces las compañías inicialmente venden seguros a todos a un precio basado en proveer seguro a la persona promedio. A este precio, la gente más sana podría decidir que, debido a que su costo esperado de atención médica es muy bajo, tiene sentido para ellos no comprar un seguro al que es, para ellos, un precio relativamente muy alto. Ellos decidirán estar fuera del mercado auto asegurándose. Mientras la gente comparativamente más sana sale del mercado, sin embargo, el precio promedio de brindar atención médica a las personas aún dentro del mercado aumenta, haciendo subir el precio del seguro. Esto causaría que más gente relativamente sana decida que probablemente puede ahorrar dinero si se auto-asegura, y entonces también salga del mercado. Con el tiempo, este ciclo podría eventualmente significar que los seguros sólo se venderían a la gente de peor salud a precios extremadamente altos. Tal vez no sería posible a la gente relativamente sana comprar seguros a un costo razonable.

Este ejemplo muestra como la información imperfecta externa a los consumidores finales (i.e. la incapacidad de los vendedores de distinguir debidamente a la gente sana de la enferma) podría conducir a una falla del mercado en proveer una opción que mucha gente desea. Pese a que esta situación tiene todas las características para las preocupaciones antimonopólicas (porque involucra fallas externas de mercado y una reducción de opciones), ninguna norma antimonopólica o de protección al consumidor ha sido violada. Más aún, aun si la sociedad quisiera hacer algo para ayudar a los consumidores en este mercado, es difícil ver qué tipo de remedio antimonopólico o de protección al consumidor podría ser usado.

(122) Federal Trade Commission Act de 1914, ch. 311. Punto 5.30 Stat. 719 (1914). La ley fue posteriormente enmendada para deletrear explícitamente la prohibición contra “prácticas o actos injustos o engañosos” 15. U.S.C. punto 45 (a)(1)(Supp. 1996).

(123) No hay duda de que el Congreso consideró la original prohibición contra “métodos injustos de competencia” para acompañar ambos tipos de preocupaciones. Ver AVERITT, supra nota 2, p. 225.

consumidor, entre ellas el engaño, fueron alcanzadas por este concepto en la teoría de que ellas apartaban al comercio de las firmas honestas y, en última instancia, dañaban la competencia<sup>(124)</sup>. Así, aparece que el lenguaje del Congreso no pretendió establecer dos metas separadas e independientes para la FTC<sup>(125)</sup>, sino para visualizar áreas de actividad que la legislatura consideró que se encontraban cercanamente relacionadas<sup>(126)</sup>.

En este respecto, el plan del Congreso parece encontrarse bien diseñado. Existen beneficios al tener a la FTC como una única agencia que puede considerar ambos temas, la competencia y la protección al consumidor. Algunas conductas serán inevitablemente difíciles de clasificar en términos de nuestra dicotomía. Algunos de estos casos tendrán características, tanto de violaciones de la competencia como de protección al consumidor<sup>(127)</sup>. En otros casos, la teoría del agente controlador de por qué una práctica es anticompetitiva, puede cambiar después de que una queja es traída a colación<sup>(128)</sup>. Aquellos casos que tienen el potencial para desarrollarse en estas formas son traídos a colación de mejor manera

por una agencia que tiene la autoridad para perseguir cualquier tipo de violación que aparezca más relevante una vez que toda la evidencia ha sido reunida.

Una consideración de estos factores puede ser particularmente útil para decidir si la FTC o el Departamento de Justicia debería ser la agencia encargada de manejar una clase de caso en particular. La mejor disposición de un caso depende frecuentemente de la autoridad colateral de la agencia involucrada. Por ejemplo, el Departamento de Justicia tiene una ventaja al manejar casos extremos de restricciones horizontales de la competencia que pueden terminar involucrando conductas criminales de un tipo que sólo éste puede perseguir. Contrariamente, sin embargo, parece haber ventajas claras al usar la FTC para revisar materias en las que la teoría legal puede cambiar entre competencia y la ley de protección al consumidor durante el transcurso de la investigación<sup>(129)</sup>. También puede haber una ventaja al usar la FTC para revisar materias que son claramente antimonopólicas, pero en las que las firmas involucradas puedan estar realizando conductas que

(124) Ver e.g., *FTC v. Winsted Hosiery Co.*, 285 U.S. pp. 483, 493-494 (1922); ver también: *FTC v. R.F. Keppel & Bro.*, 291 U.S. 304-313 (1934) (*consumer unfairness theory*); *FTC v. Algoma Lumber Co.*, 291 U.S. 67, 69-72 (1934) (*deception theory*).

(125) Muchos miembros del Congreso consideraron a las misiones antimonopólicas y de protección al consumidor como conectadas y muy cercanamente relacionadas. Ver: 51 Cong. Rec. 14,936-14,937 (1914) (Resaltados de los Representantes Cooper y Stevens).

(126) En años recientes la FTC ha interpretado su ley como si el Congreso lo hubiera deseado así. Ha descrito las dos partes de la ley como trabajando juntas en maneras similares a las dos mitades de nuestro modelo de soberanía del consumidor: “[l]os varios componentes de la ley forman un todo integrado, permitiendo a la FTC promover diversos beneficios de una economía libre y abierta. Así, la prohibición de competencia desleal previene el comportamiento exclusionista o anticompetitivo y ayuda a preservar una completa variedad de opciones en el mercado de entre las que los consumidores pueden elegir; la prohibición del engaño asegura que los consumidores no hagan esa elección basándose en información errónea; y la prohibición de los actos desleales asegura que la elección no haya sido distorsionada por coerción, el ocultamiento de información importante, o prácticas similares. Las custodias son necesarias en los tres niveles para asegurar que el daño sustancial al consumidor sea adecuadamente atribuido. Federal Trade Commission Companion Statement to Policy Statement on the Commission’s Consumer Unfairness Jurisdiction, reimpresso en 4 Trade Reg. Rep. (CCH) punto 13,203 p. 20,909-3 (17 de Diciembre de 1980); ver también: Statement of Basis and Purpose, Unfair or Deceptive Advertising and Labelling of Cigarettes in Relation to the Health Hazards of Smoking, 29 Fed. Reg. 8324, 8357 (1964). (La autoridad de protección al consumidor de la FTC incluye un “amplio mandato” para proscribir actos o prácticas que exploten al consumidor o desmejoren su libertad de escoger entre los productos disponibles).

(127) Ver: discusión supra parte III.A. Una mezcla similar de temas de competencia y protección al consumidor es suscrita por el Standards and Certification Program de la Comisión. Ver infra nota 137. Ambos tipos de temas estuvieron presentes en los procedimientos involucrando los sistemas de reservación en línea por computadora. Ver: Civil Aeronautics Bd., Dkt. No. 41686 Comentarios del staff de la FTC (17 de noviembre de 1983) Si estos sistemas fueron creados para favorecer a las aerolíneas operándolos, podría traer preocupaciones sobre protección al consumidor sobre posible engaño en la información en los vuelos más deseados, y asimismo preocupaciones de competencia sobre el efecto que estas prácticas en otras aerolíneas. Otros temas de competencia podrían surgir por el acceso del operador del sistema a información sensible sobre las ventas de sus competidores.

(128) Por ejemplo, supongamos que un caso como *Sandoz Pharmaceutical*, FTC File No. C-3385, 30 de julio de 1992 fuera traído porque los controladores creyeron que era el intento tradicional de extraer el excedente del consumidor mediante una unión de productos, pero posteriormente descubrieran que el verdadero propósito de la unión era crear confusión.

(129) Uno fácilmente podría imaginar la teoría cambiando de antimonopolio a protección al consumidor o viceversa, en los ejemplos de unión discutidos en el texto acompañando las notas 97-105, o en el ejemplo de RPM discutido en el texto acompañando las notas 91 y 92.

suscitan relación con temas de protección al consumidor<sup>(130)</sup>.

## 5.2 El alcance jurisdiccional de las leyes de antimonopólicas y de protección al consumidor puede ser clarificado.

Una segunda consecuencia práctica de nuestra dicotomía es que, añadiendo rigor a nuestras definiciones, ésta ayudará a los oficiales gubernamentales a determinar si un problema en particular debe ser sancionado como un caso de libre competencia o de protección al consumidor. Esto es importante por tres razones.

Primero, las violaciones a la Ley Sherman (*Sherman Act*) de Libre Competencia pueden conducir a sanciones penales<sup>(131)</sup>, y virtualmente cualquier violación de la libre competencia puede conducir automáticamente a graves daños<sup>(132)</sup>. A la luz de estas fuertes penas, sólo parece justo articular con más claridad qué tipo de acciones son contrarias a la libre competencia.

Segundo, la decisión de qué ley aplicar tiene muchas consecuencias prácticas para el desarrollo y conducta de un caso. Ésta afectará los procedimientos a seguir, los remedios que se encuentran disponibles, y el *staff* de control de ejecución que tendrá jurisdicción sobre este . Por ejemplo, se le ha otorgado a la FTC procedimientos especiales para seguir en la creación de reglas<sup>(133)</sup> y en la reparación de consumidores<sup>(134)</sup> en los casos de protección al consumidor, pero no para ser usadas en materia de libre competencia. La Comisión se encuentra requerida, similarmente, para usar procedimientos de investigación (*civil investigative demands* ó CID's) en la mayoría de los casos de protección al consumidor, pero no en materia de libre competencia<sup>(135)</sup>. Apreciando propiamente el tipo de caso involucrado determinará cuál de estos procedimientos debe ser utilizado.

Tercero, nuestra dicotomía puede ayudar a determinar si el cargo sustantivo principal en una determinada materia ha sido enmarcado dentro de la

(130) Ver e.g. MARVEL, Op.Cit. (discutiendo casos involucrando restricciones verticales de la competencia en la industria de las ayudas auditivas). La revisión por una sola agencia podría ser útil, por ejemplo, si el Congreso fuera a desregular el servicio local de electricidad. Dependiendo de los términos de cualquier legislación nueva, los procesos de traer nueva competencia a los consumidores en esta industria, e informarlos sobre los términos en que esta es traída, podrían levantar una mezcla de cuestionamientos sobre competencia y protección al consumidor que serían más eficientemente considerados en forma conjunta.

(131) Ver 15 U.S.C. puntos 1-3 (Supp. 1996).

(132) Ver: *Ibid.*, punto 15. Algunas excepciones existen en esos eventos relativamente raros que violan la Ley FTC pero no la Ley Sherman ni la Ley Clayton. Ver: AVERITT, Neil *The Meaning of "Unfair Methods of Competition" in Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 21 B.C. Law Review 227 (1980).

(133) La Ley FTC fue enmendada para proveer procedimientos reguladores especiales y específicos para el uso "respecto a actos o prácticas desleales o engañosas" 15 U.S.C. punto 57a(a)(1)(1994). La enmienda describe procedimientos que atañen al Federal Register notice, notice al Congreso, los derechos que las partes tienen para presentar evidencia, puntos específicos a ser incluidos en el *Statement of Basis and Purpose*, y temas similares. *Ibid* punto 57a .a sección sigue para especificar que "la Comisión no tendrá autoridad (...) distinta a la autoridad en esta sección, para prohibir una regla respecto a actos o prácticas engañosos o desleales..." *Ibid.* 57a(a) (2). Las reglas de competencia, en contraste, pueden ser promulgadas a través de los procedimientos de la *Administration Procedures Act*. Ver: *National Petroleum Refiners Association v. FTC*, 482 F. 2d. 672, 696-97 (D.C. Cir.1973), , 415 U.S. 951 (1974).

(134) Las cortes están específicamente autorizadas para otorgar indemnizaciones en ciertos temas de protección al consumidor. Una enmienda a la Ley FTC establece que, donde haya habido una violación a una norma relativa a actos o prácticas desleales o engañosas, o cierto tipo de violaciones particularmente claras de los estatutos de protección al consumidor, las Cortes "Tiene jurisdicción para otorgar alivio si encuentra necesario indemnizar el daño a los consumidores(...) Este alivio puede incluir (...) rescisión o reforma de contratos, la devolución del dinero o de la propiedad, [o] el pago de daños..." 15 U.S.C. punto 57b(b) (1994). En alguna forma similar autoridad para remediar, ejercitable en contextos de protección al consumidor y competencia desleal, ha sido judicialmente implicada como inherente a los poderes de equidad bajo los que la Corte otorga medidas cautelares y órdenes punto 13 (b). Ver: e.g., *FTC v. H.N. Singer Inc.*, 668 F. 2d 1107, 1113 (novo circuito 1982).

(135) Las CID's pueden ser usadas en materias de antimonopolio, aunque el staff antimonopólico generalmente prefiere apoyarse en las formas legales de exigencia de información tradicionales. Ver: 15 U.S.C. punto 57b-1(a)(7)(1994)("violación" incluye "cualquier violación anticompetitiva"). Para la mayoría de formas de litigio administrativo en asuntos de protección al consumidor, sin embargo, las CID's deben ser usadas como un vehículo para el análisis inicial del caso. "Para efectos de las investigaciones hechas para lograr esta sección con respecto a actos o prácticas desleales o engañosas(...) todas las acciones de la Comisión [bajo ciertas secciones] deben ser conducidas a la subsección (c)..." *Ibid.* punto 57b-1(b). Esa sección describe procedimientos especiales como las formalidades en las declaraciones, dónde y cómo son usadas las CID's, en qué manera los sujetos de control pueden ser representados por un abogado, y similares. *Ibid.* punto 57b-1(c).



propia estipulación de la ley<sup>(136)</sup>. Esto ayudará al acusador a asegurarse de que la materia haya sido traída a colación utilizando los términos propios y por el correcto ejecutor y, así, puede protegerla contra argumentos contrarios. Contrariamente, la familiarización con estos temas puede ayudar a los abogados defensores a obtener la desestimación de las demandas que hayan sido planteadas bajo un argumento legal impropio<sup>(137)</sup>.

### 5.3 Las interrogantes legales cercanas pueden ser mejor juzgadas una vez que las políticas de las leyes estén mejor definidas.

Un tercer beneficio del modelo de soberanía del consumidor es que éste puede ayudar a determinar cuándo algunas prácticas contractuales cuestionables violan significativamente los propósitos subyacentes de las leyes de protección al consumidor o de libre competencia y, así, cuándo deben ser consideradas violaciones de la ley.

Un ejemplo demostrará cómo el proceso puede funcionar. La estructura conceptual perfeccionada del modelo de soberanía del consumidor ayudará a distinguir entre dos tipos diferentes de publicidad condicionante de emociones -publicidad subliminal y publicidad asociativa-. Los avisos subliminales (asumiendo que trabajan como se propone) traspasan la mente consciente del espectador enteramente y se alojan en el subconsciente tan definitivamente formados como el pensamiento definitivo alcanzado en base al razonamiento. De esta manera, éstas son inconsistentes con la meta de la elección de un consumidor razonable y deben ser condenadas como prácticas desleales<sup>(138)</sup>. Una técnica aparentemente similar es la publicidad asociativa o *image advertising*<sup>(139)</sup>. Este tipo de publicidad representa al producto como si estuviera relacionado a la consecución de vitalidad, buen aspecto y la admiración del sexo opuesto. La publicidad asociativa puede satisfacer los deseos de los consumidores que son tan irracionales como los inducidos por los mensajes subliminales. Aún en menor

(136) Este artículo se ocupa únicamente de la selección para la debida provisión de la ley federal bajo las que se investiga o persigue prácticas que amenazan potencialmente los intereses de los consumidores. Las leyes de regulación comercial estatal están fuera de la visión de este artículo. Las normas estatales específicas de antimonopolio, protección al consumidor y otros podrían tener diferentes objetivos, en términos de proceso o resultados, o diferentes motivos subyacentes. Cada uno debe ser analizado en términos de su propia historia legislativa.

(137) Un área de la autoridad de protección al consumidor podría haber sido puesta en cuestión por ese examen, al menos respecto a la manera en que fue originalmente perseguida por la agencia. La FTC mantiene un programa llamado *Standards and Certification*. Este ataca, entre otras cosas, situaciones en las que las organizaciones de certificación conformadas por participantes en la industria podrían haber fijado estándares de producto inapropiados o exclusionistas. Estos estándares podrían, por ejemplo, impedir la introducción de materiales de alta tecnología en la industria de la construcción. Los casos en que se contrarresta esta situación claramente protegen el rango de opciones en el mercado y son claramente asuntos antimonopólicos (los casos podrían también tener un componente de protección al consumidor en tanto que los estándares restrictivos podrían implicar que los materiales no incluidos son inadecuados). Por razones que tienen que ver primordialmente con circunstancias históricas, sin embargo, estos asuntos fueron manejados por muchos años en el Bureau de Protección al Consumidor de la FTC, en parte porque algunos primeros casos importantes a ser litigados involucraban a organizaciones de certificación cuyos estándares eran engañosos así como exclusionistas. Ver: *Society of the Plastics Indus. Inc.*, 84 F.T.C.1253 (1974). Tal vez en consecuencia, algunas iniciativas tempranas bajo el programa estuvieron basadas simultáneamente en la autoridad de libre competencia y protección al consumidor, siempre sin ser explícito sobre qué actos controlaría cada una. Ver: e.g. *Notice of Proposed Rulemaking, Standards and Certification*, 43 Fed Reg. 57,269 (1978). Los casos de estándares y certificación continúan ubicados organizacionalmente en el Bureau de Protección al Consumidor, pero ahora son perseguidos explícitamente en una teoría de métodos injustos de competencia cuando involucran temas antimonopólicos.

(138) A pesar de que no es claro que esos avisos sean realmente efectivos, mientras haya un riesgo significativo de que lo sean, serán apropiadamente sometidos a la regulación FTC. Estos avisos ya han sido prohibidos en los comerciales de televisión por la Federal Communications Commission. Ver: *Broadcast of Information by Means of "Subliminal Perception" Techniques*, 44 F.C.C.2d. pp. 1016, 1016-1017 (1974).

(139) Los efectos asociativos de los anuncios fueron la base para la prohibición de la Comisión en al menos un tema. La "regla del cigarrillo" requería exigencia de revelar información sobre de los riesgos de fumar en parte para neutralizar el efecto de los anuncios que presentaban el fumar como "placentero o deseable, compatible con la salud física, la forma física o el bienestar o indispensable para el completo desarrollo personal y social(...)" *Statement of Basis and Purpose, Unfair or Deceptive Advertising and Labelling of Cigarettes in Relation to the Health Hazards of Smoking*, 29 Fed Reg. 8324, 8326 (1964). Ver también *Ibid*, pp. 8342, 8346, 8357. Este particular razonamiento para la regla parece no ser seguido hoy sin embargo, y probablemente no representa el pensamiento actual de la Comisión. La regla del cigarrillo fue subsecuentemente dejada de lado por la legislación. Ver: *Cigarette Labelling and Advertising Act*, 15 U.S.C. punto 1331-1341 (Supp. 1996); 30 Fed. Reg. 9484-9485 (1965) (norma que desatiende la regla).

medida, esos avisos inevitablemente evitan la operación de los las facilidades críticas de los consumidores. Si los consumidores eligen dejar esas facilidades de lado - o, de repente más exactamente, si ellos eligen valorar los atributos psicológicos así como, y tal vez en forma superior a sus características físicas- esta es una decisión que los defensores del mercado deben respetar. Por lo tanto, la publicidad asociativa no debe ser condenada<sup>(140)</sup>.

#### 5.4 La competencia fuera de precios deberá tornarse una prioridad mayor tanto para la legislación de libre competencia como para la de protección al consumidor.

Una cuarta implicancia del análisis en este artículo es que la protección de las opciones del consumidor, no únicamente opciones de precios bajos en particular, deben ser el objetivo de las legislaciones de libre competencia y de protección al consumidor<sup>(141)</sup>.

Las agencias de control han reconocido ya la importancia de preservar la opciones de competencia fuera de precios en circunstancias suficientemente claras. Ellas han reconocido que las empresas pueden competir en dimensiones distintas a precios tales como innovaciones, variedad de productos y calidad<sup>(142)</sup>.

Asimismo, la competencia en calidad puede ser la más importante en algunos productos. En el mercado de chalecos antibala, por ejemplo, los consumidores

están más interesados en la confiabilidad del producto que en su precio. Por esta razón, la FTC tuvo preocupación cuando una asociación de productores de chalecos antibala adoptó una regla que restringía la publicidad comparativa. La regla de la asociación declaraba que era antiético para cualquier miembro mostrar que el chaleco producido por cualquier otro miembro había desaprobado el examen de certificación, aunque esto fuese verdad. La FTC no tuvo reparos en aceptar un acuerdo en contra de esta práctica, pues la eliminación del veto publicitario promovería una útil competencia en calidad<sup>(143)</sup>.

En casos de libre competencia más ordinarios, sin embargo, donde la eliminación de la competencia distinta a la competencia en precios no es tan evidentemente esencial a la violación, las agencias de control han tendido algunas veces a desenfatar este factor<sup>(144)</sup>. Por ejemplo, el análisis antimonopólico convencional en la sección 7 de la Ley Clayton (*Clayton Act*) se concentra exclusivamente en los efectos en precio de una concentración : la concentración está sancionada si tiende a generar precios más altos. Aunque no tenga efecto en los precios, sin embargo, una concentración anticompetitiva podría afectar adversamente a los consumidores respecto a otras formas de competencia. Enfocar la elección del consumidor haría más fácil a las agencias de control considerar el efecto de la

(140) La publicidad comparativa puede ser permitida bajo dos aplicaciones de la teoría de soberanía del consumidor. De un lado, podemos concluir que la publicidad comparativa influencia pero no evita el ejercicio del juicio del consumidor, y entonces es permisible por las razones expuestas arriba. O, de otro lado, podemos concluir que algunas veces impide el ejercicio del juicio del consumidor, al menos en el sentido, limitado, de que puede forjar lentamente preferencias por productos que son tan forzadas e irracionales como las logrables a través de publicidad subliminal. Aún en el segundo caso, deberíamos encontrarla esta publicidad aceptable. Esto es así porque una teoría de soberanía del consumidor no intenta alcanzar influencias menores que podrían estar teniendo el control en casos individuales. El objetivo de claridad y predictibilidad requiere que normalmente condenemos sólo aquellas influencias que son consistentemente sustanciales. La publicidad comparativa probablemente no produce de ordinario este tipo de efecto consistentemente sustancial. Si los avisos son dirigidos a miembros de un grupo particularmente vulnerable sin embargo, entonces la sustancialidad de su efecto podría ser mejor juzgada por sus efectos en los miembros de ese grupo limitado.

(141) Esta implicancia debería tener mayor efecto en la doctrina antimonopólica que en la legislación de protección al consumidor porque la esencia del análisis de protección al consumidor, "ampliando la elección entre las opciones", ya incluye implícitamente las elecciones hechas por razones distintas a precio.

(142) La competencia fuera de precio es con frecuencia extremadamente importante para los negocios y consumidores. Esta competencia puede tener lugar en términos de innovación, horarios, servicio, conveniencia o variedad de productos. Estos factores pueden ser especialmente importantes en ciertas industrias. Algunas veces en el pasado, por ejemplo, las aerolíneas parecían competir mayormente en términos de horarios y conveniencia, y los miembros de la industria del cine aún compiten en términos de innovación de productos. Estas cualidades pueden o no estar ya expresadas en términos de precio, pero definitivamente afectan el rango de elección en el mercado y así, son comprendidas fácilmente bajo una fórmula que enfoca el factor de la elección.

(143) Personal Protective Armor Association, 59 Fed. Reg. 19,019 (1994).

(144) Para una muestra reciente de esto, ver International Association of Conference Interpreters, Dkt. No. 9270, slip op. At 35 (19 de febrero de 1997) (encontrando violaciones en fijación de precios y otras teorías *per se*, mas sobreseyendo por falta de prueba de los cargos involucrando limitaciones al comercio ejercidas fuera de precios juzgadas bajo al regla de la razón, estableciendo, "con excepción de tres, todos los efectos discutidos por la ALJ detienen las restricciones relativas al precio").

concentración en estas áreas. Más aún, dado que la competencia en estas dimensiones podría verse afectada en niveles de concentración distintos a los que son mayormente relevantes para consideraciones sólo sobre el precio, la atención sobre la elección del consumidor puede sugerir algunas veces desafíos a las concentraciones que de otra manera no serían ilegales.

Esto representaría un cambio en el énfasis del análisis tradicional de la concentración. Pese a que el análisis hace derivaciones hacia otras dimensiones de la competencia, rápidamente vuelve al precio. Las directivas federales sobre concentraciones, por ejemplo, tienen una sección titulada “Propósito y Presupuestos Políticos de las Directivas”<sup>(145)</sup> que contiene como máximo una docena de referencias en el texto a “precio”, la “transferencia de recursos de compradores a vendedores” y similares conceptos monetarios<sup>(146)</sup>. Solo una nota a pie de página sugiere que la política de concentraciones incluye preocupaciones no monetarias<sup>(147)</sup>. Las Directivas sobre concentraciones de la *National Association of Attorneys General* (NAAG) reflejan un énfasis similar. Ellas conceden en una nota a pie de página que los consumidores pueden verse afectados por un comportamiento oligopólico “en términos comerciales distintos al precio”<sup>(148)</sup> pero también declaran, más firmemente, que el propósito central de la “Ley Merger” es “prevenir que las empresas logren poder monopólico o de mercado porque las empresas con tal poder pueden elevar los precios por sobre los niveles competitivos(...)”<sup>(149)</sup> Las directivas federales y de la NAAG sobre concentraciones, entonces, permiten considerar elementos de competencia distintos al precio, pero ambas están estructuradas en una forma en que no enfatizan particularmente ese ejercicio.

Algunos elementos de competencia fuera de precio pueden ser capturados mediante el uso del concepto de “precio ajustado a la calidad”. Nuevamente, sin embargo, las directivas no están estructuradas para estimular particularmente este factor. Más aún, el “precio ajustado a la calidad” puede ser un concepto de difícil aplicación en las situaciones concretas en las que los elementos de competencia distintos al precio son particularmente importantes o cuando estos adquieren formas ocultas o complejas.

En búsqueda de daños a la competencia fuera de precio, los ejecutantes de las decisiones antimonopólicas deben ser cautos. El modelo de soberanía del consumidor recordará a las agencias de la relevancia de los factores distintos al precio, pero no altera ni expande el actual alcance de la sección 7. Los daños a la competencia fuera de precios están ya cubiertos por la Ley Clayton y ya han informado decisiones en casos de concentraciones<sup>(150)</sup>.

La cautela en estos casos es particularmente apropiada porque la competencia en precios servirá frecuentemente como un filtro razonable para la competencia fuera de precios. Una vez que un mercado particular es competitivo en precios, este podría ofrecer frecuentemente niveles “autoequilibrados” en otras dimensiones también. Considérese, por ejemplo, un mercado post-concentración que es competitivo en precios pero que, como resultado de la concentración, no produce más el nivel óptimo de variedad de productos. Si los consumidores realmente desean variedad de productos y si las empresas son realmente competitivas, entonces pronto extenderán sus líneas de productos introduciendo un mayor número de modelos y variantes en el mercado.

Algunas veces, sin embargo, la sola competencia en precios proveerá protección

(145) U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (1992) punto 0.1 reimpresso en 4 Trade Reg. Rep. (CCH) punto 13, 104 p. 20,569-3

(146) Ibid. pp. 20, 569-3 - 20, 571.

(147) La nota a pie 6 de las Merger Guidelines de 1992 dice: “Los vendedores con poder de mercado pueden afectar la competencia en dimensiones distintas al precio, como calidad de producto, servicio, o innovación” Ibid. p. 20,571.

(148) La nota a pie realmente elabora esta consideración en mayor extensión que las Federal Guidelines. Dice a la letra: “La colusión tácita o activa en términos comerciales distintos a precio también produce efectos de transferencia de riqueza. Esto incluiría, por ejemplo, un acuerdo para eliminar la rivalidad en posibilidades de servicio o limitar las opciones de otra forma disponibles a los consumidores.” NAAG Horizontal Merger Guidelines (1987) punto 2.11. reimpresso en Trade Reg. Rep. (CCH) punto 13,405 p. 21,186 nota 17.

(149) Ibid. p. 21, 185 (notas a pie omitidas).

(150) Ver: e.g. *FTC v. PPG Indus. Inc.*, 798 F2d 1500, 1505-1506 (D.C. Cir. 1986) (fusión preliminar de fabricantes de transparencias para aviación de alta tecnología, que competían, entre otras maneras, en el desarrollo de nuevos productos).

insuficiente. Esto tiende a ser un problema respecto a ciertos tipos de propiedad intelectual, algunos de los cuales solo pueden desarrollar una función competitiva en un ambiente de independencia organizacional.

La opción más importante de este tipo puede ser la programación editorial independiente de un medio de comunicación. Si el propietario de un medio de comunicación fuera comprar una empresa del mismo ramo, la adquisición podría no concentrar el mercado en forma suficiente para amenazar la competencia en precios. Al ser competitivo, pronto el mercado podría también producir los productos que los consumidores desean, en términos de tipos y formatos de programas. Pero el mercado inevitablemente tendría una pérdida de diversidad editorial, y esto no puede ser recreado a través del mecanismo normal de competencia fuera de precio entre las empresas sobrevivientes; los nuevos productos necesariamente ostentarán el sello editorial de su propietario común. Esto sugiere que las fusiones de medios de comunicación deben ser cuidadosamente escrutinados por pérdida de competencia fuera de precios a través de la dimensión de variedad de programación y, cuando esa pérdida es suficientemente severa<sup>(151)</sup>, deben ser objetados en base a la Ley Clayton, aunque no haya existido muestra de daño a la competencia en precios.

Supongamos, por ejemplo, que el país tiene sólo cinco editoriales de libros y que dos de ellas se fusionan. Esto podría no arrastrar una pérdida de competencia en precios o un angostamiento en el rango de las opciones de precio<sup>(152)</sup>. Por otra parte, podría arrastrar una pérdida cuantificable de diversidad

editorial y, entonces, una reducción de las opciones del mercado relevantes expresadas en términos de tipos de títulos ofrecidos. Una demanda antimonopólica podría cambiar apropiadamente este resultado. Esta no buscaría aplicar un estándar especial para los medios de comunicación basado en la primera enmienda o consideraciones de diversidad<sup>(153)</sup>. En su lugar, esta sería basada en los estándares ordinarios, universales de la sección 7, una vez que esta haya sido debidamente interpretada para advertir el papel de las opciones y de la competencia fuera de precios.

### 5.5 Los países que están estableciendo o reformando los programas de legislación comercial pueden hacerlo en una forma más beneficiosa.

Muchas naciones están actualmente decidiendo si establecerán un programa de regulación comercial y, de hacerlo, qué áreas deben ser materia de preocupación y cómo las diferentes partes de estos programas deben relacionarse unas con otras. La estructura aquí sugerida puede ayudar en esta tarea, y pueden también ayudar a los gobiernos involucrados a explicar el programa a los ciudadanos en una forma relativamente coherente.

Nuestra principal sugerencia sustantiva es que un país debería estructurar sus normas en términos de preservar las opciones que la competencia trae y de preservar una significativa elección de los consumidores entre estas opciones. Un país redactando sus normas comerciales en una forma honesta podría querer expresarlas específicamente en estos términos<sup>(154)</sup>. Una

(151) Los agentes de control de la libre competencia no podrían desafiar toda fusión que involucre propiedad intelectual sobre la base de que, sacando los productos de la firma adquirida, la fusión necesariamente desmejoraría la elección del consumidor. En verdad, en un sentido lingüístico, toda fusión que involucre un elemento de creatividad saca una opción del mercado. La incorporación de *Oldsmobile* en *General Motors*, por ejemplo, privó a los consumidores que preferían el departamento de diseño *Oldsmobile* independiente de su elección. Esto solo, no puede ser una base para la ilegalidad, porque ese argumento probaría demasiado. Resultaría en la ilegalidad de toda fusión involucrando productos no fungibles, prescindiendo de cuán pequeño es el elemento de independencia en el producto o de cuánta importancia dan los consumidores a esa diferencia en el contexto del producto particular involucrado. El Congreso no puede haber calificado esto como la reducción "sustancial" de la competencia que es la preocupación del punto 7. Realmente imaginar cómo expresar el principio de substancialidad para distintos tipos de competencia fuera de precios sería un trabajo difícil, por supuesto, pero necesitaría ser desechado si la libre competencia va a tener problemas con este tipo de asuntos.

(152) Una ausencia de efectos de precios es particularmente posible si asumimos barreras de acceso relativamente bajas y una estrategia de precios límite para las empresas en el mercado.

(153) *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1,20 (1945) (Las consideraciones de la primera enmienda sustentan la aplicación de la Ley Sherman a los medios porque estas dos disposiciones están dirigidas a estimular la diversidad, pese a que el contexto de los medios de comunicación no alteraba los estándares de la Ley Sherman) ver también: *Turner Broadcasting Sys. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622 (1994) (El Congreso puede legítimamente legislar en el área de TV por cable para extender el interés gubernamental en la diversidad en programación, aunque los reparos antimonopólicos no estén presentes). 1997 U.S. LEXIS 2078 (31 de marzo de 1997).

(154) Organizacionalmente, los países adoptando nuevas leyes podrían desear considerar el enfoque que los Estados Unidos han tomado y tener estos dos tipos de asuntos manejados por una agencia, equivalente a nuestra FTC.

ley que contenga un objetivo orientado a esta opción, podría ser redactada como sigue:

“Es política nacional el promover una economía en la que los consumidores puedan efectuar elecciones entre bienes y servicios en un mercado competitivo. La conducta que irrazonablemente impide o limita este objetivo es considerada ilegal. Es específicamente ilegal: 1) A,B,C y cualquier otra conducta que irrazonablemente limita el rango de las opciones competitivas que de otra forma hubieran estado presentes en el mercado; y 2) X, Y, Z y cualquier otra conducta que irrazonablemente impide la posibilidad del consumidor de elegir entre estas opciones.”

Un legislatura que promulgue esta ley completaría los campos A,B,C y X,Y,Z con aquellos términos específicos que el país esté convencido, a la luz de su experiencia nacional, que deban ser prohibidos. Si los Estados Unidos estuvieran usando este sistema, por ejemplo, este incluiría prohibiciones específicas acerca de los monopolios, concentraciones que podrían dañar sustancialmente la competencia.

Una ley de acuerdo a estas directrices tendría elementos interesantes. Las prohibiciones específicas darían a la comunidad empresarial tanta información como la naturaleza del asunto permita. Simultáneamente, las normas generales supletorias escritas en términos de opciones y elección entre opciones preservarían la flexibilidad necesaria para afrontar condiciones cambiantes<sup>(155)</sup>. En este sentido, nuestro modelo de legislación es similar a una combinación entre la Ley Clayton y la Ley FTC en la legislación estadounidense. El modelo propuesto parece ser un mejoramiento sobre la actual combinación entre dos importantes materias sin embargo. Primero, colocando las cláusulas generales y específicas en la ley se incentiva a los controladores

y el sistema judicial a usar principios generales para guiar el desarrollo y la aplicación de las prohibiciones específicas. La ley por sí misma, en otras palabras, dispondrá principios generales internos de construcción, que proveerán un contexto dentro del cual es más probable que las prohibiciones específicas sean interpretadas en la manera apropiada. Segundo, incluso las normas generales están estructuradas en una forma relativamente objetiva. La conducta es prohibida, no en términos de “injusticia” (forma utilizada en la ley FTC), que puede causar una incertidumbre judicial considerable<sup>(156)</sup>, sino en términos de sus efectos irrazonables en el ejercicio de la elección por el consumidor. El concepto subyacente de elección del consumidor tenderá a enfocar el examen. Pese a que el concepto de efectos “irrazonables” aún da cabida a la interpretación, esta incertidumbre tenderá a limitarse a cuestiones de grado -identificando el nivel principal del efecto neto que deviene en impugnable- en vez de dejar la puerta abierta a mayor incertidumbre acerca de qué daños son inapropiados.

Tal vez la mayor ventaja de un estatuto orientado a esta opción es que ayudaría a los gobiernos a explicar a los ciudadanos -particularmente a aquellos negocios e individuos sin experiencia en afrontar una economía de mercado- por qué un sistema de capitalismo competitivo es lo más interesante para ellos. Las leyes de libre competencia y de protección al consumidor aseguran que los consumidores aprovechen los frutos y beneficios de la competencia. Si la protección en estos ámbitos está presente, entonces los consumidores pueden ser verdaderamente soberanos. Nuestra estructura puede ayudar a explicar una economía de mercado en términos que son intuitivamente comprensibles y, por consiguiente, facilitar su aceptación general.

(155) Hay espacio para el desacuerdo acerca de si las disposiciones generales de este tipo son deseables en primer lugar. Claramente estas tienen ventajas y desventajas. Como desventajas, ofrecen menos certeza y dejan más campo discrecional al juez que el que dejarían las simples prohibiciones contra asuntos como fijación de precios. Esta puede ser una preocupación particular en países que no tienen una tradición de juez imparcial aún. De otro lado, las disposiciones generales permiten a la ley adaptarse mejor a los cambios en las prácticas comerciales y nuevas formas de organización. La resolución de esta disputa está fuera del ámbito de este artículo, sin embargo, podemos anotar que muchas jurisdicciones encuentran deseable adoptar alguna forma de cláusula general, ya sea expresamente o a través de construcciones expansivas de términos como “contratos restrictivos del comercio”. En cualquier caso, si una decisión es hecha para adoptar alguna forma de cláusula general suplementaria, entonces creemos que la forma aquí descrita logrará los beneficios de ese enfoque, creando la menor cantidad de dificultades a él asociadas.

(156) Esta inseguridad puede por supuesto ser disminuida en el tiempo clarificando las interpretaciones. El lenguaje alternativo propuesto sin embargo, requeriría al parecer un menor tiempo de clarificación.

## 6 Conclusión.

La regulación comercial trata finalmente acerca de la elección, y la elección trata finalmente acerca de las opciones; conseguirlas, mantenerlas y seleccionar entre ellas. Las disciplinas antimonopólicas y de protección al consumidor son mejor definidas en términos de su rol en el proceso<sup>(157)</sup>. Una violación a la libre competencia puede ser entendida como una actividad que irrazonablemente distorsiona o restringe las opciones que de otra forma hubieran estado disponibles para los consumidores. Una violación de la ley de protección al consumidor puede ser entendida como una actividad que irrazonablemente interfiere en la elección de consumidor entre las opciones ofrecidas en el mercado. Estas dos áreas de la ley, actuando juntas, dan al consumidor las herramientas que necesita para ejercitar su soberanía efectivamente.

Numerosos beneficios pueden ser extraídos de esta concepción unificada de la legislación comercial. Esta debería tornar a los abogados ejerciendo en estas disciplinas más alertas a la posibilidad de que un caso

enfocado en uno de los elementos de la soberanía del consumidor arrastre puntos relativos al otro elemento. Puede también recordar a los operadores que una violación sobre un lado del modelo de soberanía del consumidor podría algunas veces ser mejor remediada con una solución que involucre factores normalmente considerados en procedimientos acerca del otro lado del modelo. Asimismo sugiere que los economistas ejerciendo primordialmente en una disciplina deben adquirir visiones de la otra<sup>(158)</sup>. Ambos tipos de fallas del mercado parecen ser de igual importancia, entonces ambas son igualmente merecedoras de estudio profesional.

El objetivo final de este artículo ha sido ayudar a enfocar la atención de ambas disciplinas en las opciones, un cambio de enfoque en el actual énfasis administrativo y judicial en el precio. Pese a ser la competencia en precios sumamente importante para el bienestar de los consumidores, lo son también la variedad, la calidad y la innovación de productos. Estos atributos han sido tratados como secundarios cuando realmente deberían estar al frente en el debate y el análisis en esta importante área del Derecho. *ALB*

(157) Ver AVERITT, Neil y LANDE, Robert. *A New Definition of Antitrust: Option Restriction* (documento de trabajo, en el archivo de los autores) (contrastando una definición de libre competencia orientada a la opciones con otras posibilidades y sugiriendo que la versión orientada a las opciones es superior).

(158) Por ejemplo, los economistas han estado quizás más cómodos con una disciplina con las fallas de mercado "objetivas" y duras involucradas en la libre competencia, y menos cómodos con las fallas "dentro de la mente" de tipo más subjetivo y sociológico que distinguen el tema típico de protección al consumidor. Para excepciones, ver la literatura sobre el caso Kodak, supra parte III.A.