



**LA DECLARACIÓN DE UTAH Y EL SIMPOSIO
“LOS NUEVOS ‘LOCOS AÑOS VEINTE’: LA AGENDA
PROGRESISTA DE LAS LEYES DE ANTITRUST Y
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR”**

Michael Jacobs

La Declaración de Utah y el simposio “Los nuevos ‘locos años veinte’: la agenda progresista de las leyes de antitrust y protección al consumidor”

Noviembre 2022



Michael Jacobs

Socio en Hinkle Shanor LLP, Santa Fe, New Mexico, United States. J.D., Georgetown University Law Center; M.A., University of Wisconsin-Madison; B.A., University of Chicago.

Abstract: Un simposio realizado el 21 de octubre de 2022 por la Universidad de Utah, titulado “*Los nuevos ‘locos años veinte’: la agenda progresista para las leyes de antitrust y protección al consumidor*”, reunió a autoridades y académicos destacados, incluidos algunos de los pensadores más importantes del movimiento *neobrandeisiano*. El objetivo del simposio fue analizar los importantes cambios que han ocurrido en el *enforcement* de las leyes de *antitrust* en EE.UU. en los últimos años, gracias a las ideas progresistas que influyen a las autoridades del país. Este trabajo resume algunos de los temas más importantes que fueron tratados por los diversos participantes en el evento y analiza los éxitos y desafíos del movimiento *neobrandeisiano* durante la administración del Presidente Biden.

En EE.UU se está presenciando actualmente un punto de inflexión en el *enforcement* de las leyes de *antitrust* frente a un creciente escepticismo de la ortodoxia doctrinal que ha caracterizado la ley antimonopolio durante los últimos cuarenta años. Precisamente este fue el tema de un simposio realizado el 21 de octubre de 2022 por el S.J. Quinney College of Law de la Universidad de Utah, titulado “*Los nuevos ‘locos años veinte’: la agenda progresista para las leyes de antitrust y protección al consumidor*”, evento que reunió a autoridades y académicos destacados, incluidos algunos de los pensadores más importantes del llamado movimiento *neobrandeisiano*¹.

Tres años antes, en octubre de 2019, la referida universidad organizó una conferencia titulada “*Un nuevo futuro para el antimonopolio*”. Fue en ese evento que se promulgó la “Declaración de Utah”, que es un conjunto de principios para la reforma y el reenfoque de la ley antimonopolio estadounidense, en línea con los principios pro-consumidor y pro-competencia propugnados hace un siglo por el ex juez de la Corte Suprema de EE. UU, Louis Brandeis².

Con la elección del Presidente Biden en 2020 y el nombramiento de *neobrandeisianos* en puestos de *enforcement* importantes, la Declaración de Utah ha ayudado a guiar la aplicación de las normas de *antitrust* de EE.UU. en los últimos años³. Uno de los objetivos del simposio fue, entonces, “evaluar la Declaración de

1 La agenda del simposio “The New Roaring Twenties: The Progressive Agenda for Antitrust and Consumer Protection Law” se puede consultar en <https://sjquinney.utah.edu/event/the-new-roaring-twenties-the-progressive-agenda-for-antitrust-and-consumer-protection-law/> [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022].

2 Tanto la Declaración de Utah como un análisis de esta se puede ver en: Tim Wu, “The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech”, 18 de noviembre de 2019. Disponible en <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7> [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022].

3 Al respecto, se pueden consultar las siguientes notas de CeCo: “[Deja vu: La orden ejecutiva de Biden y la influencia neo-brandesiana](#)”; “[Lina Khan: su opinión sobre las posturas y desafíos de la FTC](#)”.

Utah de nuevo, no como un documento de disidencia política, sino como la carta orgánica para un programa federal de cumplimiento recientemente fortalecido”⁴.

Tuve la oportunidad de asistir al simposio en Salt Lake City⁵. Esta nota resume algunos de los temas claves que fueron tratados por los diversos participantes en el evento. Como quedó claro a lo largo del día, el movimiento *neobrandeisiano* ha cobrado importancia durante la presidencia de Biden. Esto se puede ver aun más claramente en la reciente promulgación de una [nueva declaración](#) por parte de la Federal Trade Commission (FTC), dirigida por Lina Khan (quien es una de las luminarias del movimiento), con respecto a la aplicación de la Sección 5 de la Ley de la FTC. En efecto, esta declaración representa una marcada desviación de las recientes décadas, aunque bien podría decirse que es un regreso a la intención original de la Sección 5⁶. No obstante, quedan desafíos considerables.

I. LA DECLARACIÓN DE UTAH Y EL MOVIMIENTO *NEOBRADEISIANO*

Sin duda los lectores de CeCo sabrán que la aplicación de las leyes *antitrust* y de protección al consumidor en los EE.UU ha variado mucho a lo largo del tiempo. El surgimiento de la “Escuela de Chicago” en la década de los 70 resultó en casi cuatro décadas de disminución de *enforcement* por parte del Departamento de Justicia (DOJ) y la FTC, así como en la reducción de importantes doctrinas legales por parte de los tribunales federales⁷. En la última década, ha surgido una importante contracorriente que busca conectar el *enforcement* de las normas de *antitrust* en los EE.UU con preocupaciones sociales más amplias, tales como la desigualdad de riqueza, la disminución de la participación laboral y la sensación de que los grandes intereses corporativos ejercen una influencia desproporcionada sobre el gobierno. Los adherentes a este nuevo movimiento “revivalista” han llegado a ser conocidos en la doctrina legal estadounidense como *neobrandeisianos*.

Los principios rectores básicos del movimiento *neobrandeisiano* se elaboraron en la Declaración de Utah. Estos incluyen:

[Creemos que]:

- (1) Someter el poder privado concentrado a controles democráticos es un asunto de importancia constitucional;*
- (2) La protección de la competencia leal es un medio para una sociedad próspera y democrática y un instrumento tanto para la creación de oportunidades como para la distribución de riqueza y poder;*

4 Agenda, “The New Roaring Twenties”. Además, el simposio sirvió como oportunidad para lanzar el nuevo Proyecto Utah, “una colaboración entre economistas y profesores de derecho [de la Universidad de Utah] dedicada al estudio de leyes y políticas progresistas anti-monopolio y de protección al consumidor”. Ver “Utah Project on Antitrust and Consumer Protection” (traducción libre del autor), disponible en <https://utahproject.utah.edu/index.php> [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022].

5 El video del simposio está disponible en YouTube. Ver Lee E. Teitelbaum Symposium – The New Roaring Twenties (2022), disponible en https://www.youtube.com/playlist?list=PLrfMz_WZNoCYXWMtjnnxOjl6bzNQcf_N [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022]. En aras de una divulgación completa, cabe señalar que el autor generalmente simpatiza con las opiniones del movimiento *neobrandeisiano*.

6 Ver FTC, “Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act,” Commission File No. P221202, 10 de noviembre de 2022. Disponible en https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P221202Section-5PolicyStatement.pdf [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022].

7 Al respecto, se pueden consultar las siguientes notas de CeCo: “[Responsables del declive en la aplicación de la ley de competencia de EE.UU: ¿Escuela de Chicago o grandes empresas?](#)”; “[ABA 2022 Spring Meeting: ¿Está EE.UU quedándose atrás en materia de competencia?](#)”; “[La importancia de entender el pasado para construir el presente: la Escuela de Harvard](#)”.

(3) *La concentración excesiva de poder económico privado genera presiones políticas antidemocráticas y socava las libertades; y*

(4) *Si bien el antitrust no es una respuesta a todas las dificultades económicas, es un elemento promulgado democráticamente y necesario para lograr estos objetivos.*⁸

La declaración (que se reproduce en su totalidad en el apéndice de este documento) también propuso una serie de reformas a la doctrina de *antitrust* actual y a la práctica de *enforcement*, a la luz de esos principios.⁹ Estas propuestas anularían muchas decisiones judiciales clave de los últimos cuarenta años, e incluso rechazarían el “estándar de bienestar del consumidor” (*consumer welfare standard*) que ha estado en el centro de la doctrina antimonopolio desde el surgimiento de la Escuela de Chicago (inspirada en las ideas expuestas por Robert Bork en su obra “The Antitrust Paradox”, de 1978).

En los tres años transcurridos desde que se emitió la Declaración de Utah, el movimiento *neobrandeisiano* ha logrado algunos avances importantes. Comenzando con el nombramiento del Profesor Tim Wu de la Universidad de Columbia en el Consejo Económico Nacional como “Asistente Especial del Presidente para Tecnología y Política de Competencia”, la Administración del Presidente Biden ha abierto la puerta a una nueva agenda progresista de *antitrust* y de protección al consumidor para el gobierno federal¹⁰. Los nombramientos de Lina Khan como presidenta de la FTC y de Jonathan Kanter como “Assistant Attorney General” a cargo de la División de Antitrust del DOJ, también han sido avances importantes para los defensores de un *enforcement* más estricto¹¹. Ambas agencias (FTC y DOJ) han estado llevando a cabo acciones de *enforcement* y otras iniciativas que reflejan por lo menos algunas de las recomendaciones establecidas en la Declaración de Utah.

II. SECCIÓN 5 DE LA LEY DE LA FTC Y EL REGLAMENTO DE MÉTODOS DE COMPETENCIA DESLEAL POR LA FTC

Lina Khan, presidenta de la FTC, inauguró la conferencia en una sesión de preguntas y respuestas con el profesor Mark Glick del Departamento de Economía de la Universidad de Utah. La presidenta Khan es, sin duda, una de las fuerzas intelectuales preeminentes detrás del movimiento *neobrandeisiano*, y su mandato en la FTC ha sido testigo de una serie de iniciativas progresistas importantes. Una de las recomendaciones de la Declaración de Utah es que las reglas de *antitrust* deben crearse mediante el desarrollo de casos y la creación de reglas de agencias (junto con la legislación). En este sentido, la presidenta Khan parece estar lista para usar la autoridad de la FTC como agencia administrativa para hacer ambas cosas.

La Sección 5 de la Ley de la FTC otorga a dicha comisión autoridad para vigilar tanto los métodos desleales de competencia como los actos o prácticas desleales o engañosas. Por lo general, las acciones de *enforcement* de la Sección 5 de la FTC han involucrado conductas que también violan la Ley Sherman o la Ley Clayton, de modo que la comisión cita tanto la Sección 5 como los estatutos de *antitrust* relevantes en sus requerimientos.

8 “The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech”, 2019 (traducción libre del autor).

9 *Id.* (“Como reflejo de estos principios, solicitamos por lo tanto las siguientes reformas a la doctrina actual de antitrust y la práctica de enforcement[.]”) (traducción libre del autor).

10 Al respecto, ver nota de CeCo “[El perfil del asesor de Biden en competencia y tecnología: pistas de lo que se viene](#)”.

11 Al respecto, ver notas de CeCo “[Los golpes de timón de Lina Khan en la FTC estadounidense](#)” y “[Nuevo jefe antimonopolios del DOJ, conflictos de interés y las tensiones en la FTC de EE.UU.](#)”.

Sin embargo, en ocasiones, la agencia ha perseguido casos “independientes” de la Sección 5 que alegan un “método desleal de competencia”, independientemente de si la conducta también viola otro estatuto de *antitrust* (como la Ley Sherman o la Ley Clayton).

La Sección 5, según las declaraciones de la presidenta Khan en el simposio, es el corazón de la Ley de la FTC. Como ella señala, la prohibición contra los “métodos desleales de competencia” es distinta del lenguaje de la Ley Sherman, y la historia legislativa muestra que los legisladores consideraron que la Ley Sherman era demasiado limitada, y eso llevó al Congreso a crear la FTC como un organismo administrativo con un mandato legal relacionado pero distinto.

Según la presidenta Khan, esta autoridad más amplia que la Sección 5 de la Ley de FTC le otorga a la comisión tiene beneficios. Primero, le permite a la agencia condenar conductas que no están cubiertas por el texto de la Ley Sherman, pero que claramente infringen el espíritu de las leyes de *antitrust*. En segundo lugar, a través de esta ley el Congreso reconoció que existe una distinción entre los métodos de competencia justos y desleales, y la FTC se creó para distinguir entre tales conductas.

La presidenta Khan enfatizó que, en las últimas dos décadas, la agencia se ha retirado del ejercicio de la autoridad legal bajo la Sección 5. A modo de antecedente, en julio de 2021, la presidenta Khan (junto con los comisionados Chopra y Slaughter) retiró la “Declaración de principios de aplicación con respecto a los ‘métodos desleales de competencia’ en virtud de la Sección 5 de la Ley de la FTC”, que se publicó en 2015 bajo la presidencia de Edith Ramírez¹². Según la presidenta Khan, esa declaración eliminó en gran medida la “autoridad independiente” de la FTC bajo la Sección 5 y derogó el deber ordenado por el Congreso de la agencia de usar su experiencia para identificar y combatir métodos de competencia desleales, incluso si no violan un estatuto antimonopolio separado.

La presidenta Khan indicó durante el simposio que la nueva guía sobre la Sección 5 iba publicarse en las próximas semanas, y eso ocurrió el 10 de noviembre de este año¹³. De acuerdo con sus comentarios, la nueva declaración “deja en claro que la Sección 5 va más allá de las Leyes Sherman y Clayton para abarcar varios tipos de conducta desleal que tienden a afectar negativamente las condiciones competitivas”¹⁴. Según la declaración de la FTC, esto es consistente con la motivación original del Congreso para promulgar la Sección 5, así como con la interpretación de la Ley de la FTC por parte de la Corte Suprema en al menos doce decisiones anteriores.

A mayor abundamiento, la declaración de la FTC (que merece un análisis más exhaustivo) proporciona ejemplos de conductas que “violan el espíritu de las leyes antimonopolio... pero que pueden o no estar cubiertas por el lenguaje literal de [esas] leyes o que pueden o no caer en una ‘brecha’ en esas leyes” y, por lo tanto, podrían caer en el ámbito de aplicación de la Sección 5¹⁵. En resumen, esta declaración, que es una marcada desviación de la declaración de la agencia del año 2015, sin duda representa un hito importante para el movimiento *neobrandeisiano*. Queda pendiente ver si las opiniones expresadas en el documento serán bien recibidas por un poder judicial federal generalmente conservador.

Además del *enforcement* ampliado en virtud de la Sección 5, la posibilidad de que la agencia emita

12 Ver “Statement of the Commission on the Withdrawal of the Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act” (9 de julio de 2021). Disponible en <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statement-commission-withdrawal-statement-enforcement-principles-regarding-unfair-methods> [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022].

13 Ver FTC, “Section 5 Policy Statement”, nota 7.

14 *Id.*, pág. 1 (traducción libre del autor).

15 *Id.*, págs. 13-15.

regulaciones relacionadas con los métodos de competencia desleal también fue un tema tratado durante un panel de discusión posterior del simposio, sobre “*Trabajo y Big Tech en 2022 y más allá*”. Hal Singer, profesor visitante de economía en la Universidad de Utah y director del Proyecto de Utah sobre Antimonopolio y Protección al Consumidor, sugirió que un candidato para reglar (si la agencia decide seguir ese camino bajo la presidenta Khan) podría ser la “autopreferencia” (*self-preferencing*) por parte de las plataformas digitales. La “autopreferencia” ocurre cuando una plataforma dominante impulsa sus propios productos sobre los de los rivales¹⁶. Esta es una conducta que, según el profesor Singer, podría no ser alcanzada por la Ley Sherman pero que, sin embargo, tiene importantes efectos competitivos.

No obstante, como señaló Melissa Holyoak, de la Oficina del Attorney General de Utah, cualquier intento de la FTC de elaborar normas de la Sección 5 seguramente enfrentará desafíos legales al poder de la agencia para hacerlo. En este sentido, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de EE. UU. no ha demostrado ser particularmente comprensiva con la reglamentación de las agencias en fallos recientes.

III. CRÍTICAS AL ESTÁNDAR DE BIENESTAR DEL CONSUMIDOR

La Declaración de Utah proclama que no es cierto que “el Congreso propuso la Ley Sherman como una ‘prescripción de bienestar del consumidor’”. En efecto, según la visión *neobrandeisiana*, es necesario tener en cuenta otros valores. Esto se refleja en la nueva declaración de la FTC sobre la Sección 5, que señala que “[l]a historia legislativa de la Ley de la FTC deja en claro que el Congreso tenía la intención de proteger a una amplia gama de participantes del mercado, incluidos los trabajadores y las empresas rivales”¹⁷.

Es probable que este cambio en la comprensión de las leyes antimonopolio, como algo que no solo protege a los consumidores sino también a otros agentes del mercado, se refleje en un mayor *enforcement* de estatutos que no han visto mucha actividad en las últimas décadas. Por ejemplo, una disposición de las leyes de *antitrust* de EE.UU. que fue motivada por diferentes juicios de valor cuando fue promulgada por el Congreso, es la Ley Robinson-Patman, que prohíbe ciertas formas de discriminación de precios para los clientes. La presidenta Khan señaló que la FTC está “dando un nuevo vistazo” a la Ley Robinson-Patman y expresó su preocupación por las autoridades que abandonan el *enforcement* de las leyes promulgadas por el Congreso cuando no están de acuerdo con las políticas o los valores subyacentes a esos mandatos. Quizás señalando la dirección que podría tomar la propia FTC, la presidenta Khan hizo referencia a un discurso reciente (septiembre de 2022) del comisionado Bedoya, quien pedía un “regreso a la equidad” y al *enforcement* de leyes como la Ley Robinson-Patman.¹⁸

Si bien algunos han sugerido que el estándar de bienestar del consumidor es lo suficientemente flexible como para respaldar una aplicación más estricta (o que simplemente no hay inconveniente en mantener el estándar), otros han argumentado que este no es apto para la ley de *antitrust*. En un panel sobre “Los Objetivos de Antimonopolio”, el Profesor Gabriel Lozada, del Departamento de Economía de la Universidad

16 Al respecto, ver nota de CeCo “[OCDE: ¿qué hacer con abusos de posición dominante en mercados digitales?](#)”.

17 Id., pág. 4, nota 18 (traducción libre por el autor). Ver también id., pág. 9 (“El segundo principio aborda la tendencia de la conducta a afectar negativamente las condiciones competitivas, ya sea afectando a los consumidores, trabajadores u otros participantes del mercado.”) (traducción libre por el autor).

18 Álvaro M. Bedoya, “Returning to Fairness”, Midwest Forum on Fair Markets: What the New Antimonopoly Vision Means for Main Street Hosted by the Institute for Local Self-Reliance & the Open Markets Institute (22 de septiembre de 2022), disponible en https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/returning_to_fairness_prepared_remarks_commissioner_alvaro_bedoya.pdf [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022].

de Utah, presentó un nuevo artículo titulado “Why Economists Should Support Populist Antitrust Goals”, en coautoría con el profesor Glick y el profesor Darren Bush (del Centro de Derecho de la Universidad de Houston), que derechamente aboga por desechar el estándar de bienestar del consumidor¹⁹.

En su artículo, los profesores Lozada y Glick esbozaron tres razones para su posición. Primero, el estándar de bienestar del consumidor es demasiado estrecho²⁰. En segundo lugar, los autores argumentan que, por su naturaleza y supuestos, el estándar en comento está sesgado hacia las grandes empresas y a los ricos. En tercer lugar, los profesores afirman que es una teoría inconsistente y que debido a sus fallas ha sido abandonada por los modernos economistas del bienestar. Así, argumentan que las recetas de política siempre contienen juicios de valor; simplemente es necesario ser consciente respecto a los que se están utilizando. En este sentido, sugieren que las leyes antimonopolio deberían usar los juicios de valor que realmente motivaron al Congreso originalmente, y que investigaciones rigurosas de las ciencias sociales muestran que afectan el bienestar.

Si bien el estándar de bienestar del consumidor podría estar perdiendo apoyo en la doctrina, no está muerto. Sin embargo, en el futuro sin duda veremos a las agencias teniendo más en cuenta otras consideraciones distintas de los precios al consumidor, al decidir sobre medidas de *enforcement*²¹.

IV. ANTITRUST Y LOS MERCADOS LABORALES

El uso de antitrust para proteger a los trabajadores, no solo a los consumidores, ha recibido una atención considerable. La Declaración de Utah recomienda que los mercados laborales – y en particular los problemas causados por el monopsonio del mercado laboral – deben estar sujetos a un *enforcement* de antitrust robusto, y las autoridades deben tratar las estructuras comerciales que restringen las alternativas o coaccionan a los trabajadores estadounidenses como sospechosas. También establece que la exención de los trabajadores de la Ley Clayton debe extenderse a todos los que trabajan para ganarse la vida, independientemente del estado laboral legal, para la coordinación horizontal, la negociación colectiva y la colectiva al servicio de cualquiera de los dos. Como se señaló anteriormente, la declaración reciente de la FTC sobre la Sección 5 reconoce el trabajo como un interés para proteger.

La FTC publicó una declaración de política en septiembre de 2022 sobre los “*gig workers*” en la que la agencia manifestó su compromiso de evitar daños a estos trabajadores²². Señalando un fallo reciente

19 Este artículo se publicará en la Revista de Derecho de la Universidad de Utah (Utah Law Review).

20 De acuerdo a Lozada, el estándar de bienestar del consumidor de Robert Bork es simplemente la teoría del excedente del consumidor de Alfred Marshall. Bork introdujo esta teoría como una forma de limitar los objetivos de “valor” de la política antimonopolio y argumentó que, si la teoría de Marshall no puede medir un objetivo, este no puede ser objetivo del derecho *antitrust* y debe ser excluido. El profesor Lozada señaló, sin embargo, que el bienestar se refiere al bienestar humano y a los factores que lo afectan, y eso incluye tanto el bienestar material como el inmaterial. Si bien Marshall no podía medir los factores de calidad de vida en 1890, hoy sí podemos hacerlo, e incluso Marshall pensó que esos objetivos deberían tenerse en cuenta. Por lo tanto, muchos factores del nivel de vida están excluidos de la consideración del estándar de bienestar del consumidor, no porque no sean importantes, o porque la política de competencia no pueda afectarlos, o porque no podamos medirlos hoy; es solo porque no pueden ser medidos por una teoría económica particular.

21 Esto se puede ver en las acciones de *enforcement* recientes que involucran los mercados laborales (discutidas a continuación) y el desafío (exitoso) del DOJ a la fusión entre Penguin Random House y Simon & Schuster, Inc. Al respecto, ver nota de CeCo “[Random Penguin House/ Simon & Schuster: Tribunal de EE.UU bloquea adquisición de editorial](#)” y “[Casos relevantes en EE.UU de 2022: Mercados laborales, digitales, patentes y fusiones](#)”.

22 FTC, “Policy Statement on Enforcement Related to Gig Work” (15 de septiembre de 2022), disponible en <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/policy-statement-enforcement-related-gig-work> [fecha de consulta 14 de noviembre de 2022]. La agencia declaró que responsabilizaría a las empresas por sus reclamos y conducta sobre los costos y beneficios del trabajo por encargo; combatir las prácticas ilegales y las restricciones impuestas a los trabajadores temporales; y vigilar los métodos desleales de competencia que perjudican a los trabajadores temporales.

de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito, que dictaminó que la exención de disputas laborales bajo la Sección 1 de la Ley Sherman se aplica a los trabajadores independientemente de si están clasificados como empleados o contratistas independientes²³, la FTC hizo el importante anuncio de que, a pesar de los esfuerzos anteriores, no emprenderá acciones de ejecución relacionadas con los esfuerzos de organización realizados por los trabajadores temporales, y que se abstendrá de otros esfuerzos que puedan socavar la capacidad de los trabajadores temporales para organizarse²⁴.

Brian Callaci, del Open Markets Institute, durante un panel sobre “*Trabajo y Big Tech en 2022 y más allá*”, calificó la declaración de la FTC como un paso adelante, pero señaló que guardaba silencio sobre las restricciones verticales. El Sr. Callaci afirmó que, si bien algunos de los problemas relacionados con la economía *gig* pueden parecer novedosos, las nociones tradicionales de competencia aún se aplican: una empresa no puede simplemente agregar una aplicación a algo y decir que están más allá de las leyes antimonopolio. También señaló que muchos de los mismos problemas relacionados con el poder de los trabajadores también se aplican en otros lugares de trabajo que no son “*gig*”, y las leyes también deberían aplicarse allí.

Doha Mekki, *Deputy Assistant Attorney General* en la División Antitrust del DOJ, habló sobre la actividad del DOJ en los mercados laborales. Mekki señaló que la división había firmado memorandos de entendimiento con otras agencias, incluido el Departamento de Trabajo, los cuales le dieron al DOJ acceso a conjuntos de datos que antes no tenía. Señaló que esto refleja los esfuerzos que ha realizado el DOJ para centrarse en la competencia en los mercados laborales. También afirmó que es probable que se presenten casos civiles sobre el intercambio de información y casos penales de caza furtiva y fijación de salarios. En resumen, es probable que las recientes actividades de *enforcement* relacionadas con los mercados laborales – una prioridad importante del movimiento *neobrandeisiano* – continúen, si no aumentan.

V. REPENSAR EL ANÁLISIS DE FUSIONES Y LOS REMEDIOS

La Declaración de Utah incluye numerosas recomendaciones relevantes para la aplicación y los remedios de fusiones. Estos incluyen, por ejemplo, llamados a repensar la presunción de que las fusiones verticales son beneficiosas, restaurar las presunciones estructurales al revisar las fusiones y una preferencia por los remedios estructurales. Todos estos temas fueron discutidos extensamente durante el simposio.

La FTC y el DOJ se encuentran actualmente en el proceso de revisión de la guía de fusiones horizontales de ambas agencias. La presidenta Khan, durante sus comentarios, caracterizó esto como su “proyecto insignia”. Afirmó que estaban buscando cómo alinear mejor el documento con la jurisprudencia existente y, al mismo tiempo, considerar las realidades comerciales para garantizar que no haya brechas entre la guía y cómo se logra el poder de mercado en comparación con la economía real.

En este marco, haciendo referencia a lo mucho que está en juego con las plataformas digitales, la presidente Khan señaló que las suposiciones acerca de que esos negocios se están “moviendo rápidamente” podrían no ser válidas, y que estos mercados tienen características que podrían requerir una intervención más temprana para evitar que los mercados se inclinen y los titulares consigan un poder de mercado que hace

²³ *Confederación Hípica de P.R., Inc. v. Confederación de Jinetes Puertorriqueños*, 30 F.4th 306, 314–15 (1st Cir. 2022).

²⁴ En un sentido similar, se pueden mencionar las “[Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados](#)” (a mayor abundamiento, ver notas de CeCo “[Comisión Europea y plataformas de trabajo: Nuevas directrices para negociaciones colectivas de trabajadores por cuenta propia](#)” y “[UE: ¿Cómo permitir negociaciones colectivas de trabajadores independientes sin el riesgo de una acusación de colusión](#)”).

que la competencia sea más difícil²⁵. Las agencias han estado revisando esos supuestos y determinando cómo deben tenerse en cuenta las externalidades de red y los efectos de red. Finalmente, la presidenta Khan señaló que, en el proceso de revisión de la guía de fusiones, las agencias se han asegurado de no solo escuchar a un segmento reducido de la comunidad (haciendo referencia a los abogados de defensa en Washington, D.C.), sino que han intentado obtener un registro completo de una gama amplia de participantes para asegurarse de que el documento refleje las realidades comerciales.

Sobre las fusiones verticales, la presidenta Khan comentó que la evidencia empírica sugiere que la agencia necesita examinar los acuerdos más de cerca, y que han estado analizando la jurisprudencia subyacente para asegurarse de que sus pautas se conformen a la ley. Sobre las fusiones de conglomerados, afirmó que la agencia debe pensar en todas las dimensiones de la competencia, no simplemente en la superposición horizontal. Incluso cuando los titulares ingresan a mercados no relacionados a través de fusiones y adquisiciones, la experiencia muestra que eso puede tener efectos en la competencia, especialmente en el contexto digital. Finalmente, en cuanto a los remedios, la presidenta Khan señaló que los remedios conductuales pueden ser ineficaces y que los remedios de desinversión también pueden ser igualmente ineficaces.

La profesora Susan Athey, de la Universidad de Stanford, que actualmente se desempeña como economista jefa de la División Antimonopolio del DOJ, profundizó en algunos de los temas identificados por la presidenta Khan en sus comentarios. Al analizar la guía de fusiones, la profesora Athey destacó que uno de los propósitos del documento es facilitar que las autoridades y el poder judicial comprendan la importancia de los patrones de hechos que se ven en el mundo para entender mejor los efectos económicos.

Profundizando en este punto, la profesora Athey señaló que, en la década de 1990, existía la creencia de que los mercados digitales cambiarían muy rápidamente; sin embargo, la experiencia ha demostrado que las fuerzas del mercado en este ámbito pueden conducir a una concentración que también puede ser duradera. Estas ideas se explican con más detalle en un artículo reciente titulado “Platform Annexation” (“Anexión de plataforma”), del que la profesora Athey es coautora junto con la profesora Fiona M. Scott Morton²⁶. Las autoridades necesitan comprender y reconocer patrones de comportamiento que podrían mantener y preservar la posición de dominio de un agente del mercado. Para los patrones de hechos más importantes, la nueva guía de fusiones debería traducir la lógica económica para que las autoridades puedan determinar qué está sucediendo en un caso particular.

En un panel sobre “Protección al consumidor en la nueva era progresista”, la profesora Lauren E. Willis, de la Facultad de Derecho de la Universidad Loyola Marymount, habló sobre su investigación sobre los remedios para el consumidor y las lecciones de la ley del consumidor para la ley de *antitrust*²⁷. La profesora Willis concluye que estos remedios (de naturaleza conductual) generalmente no han tenido éxito. Las razones para esto incluyen que los consumidores a menudo responden de maneras inesperadas y diversas a los remedios. Además, las empresas son bastante hábiles para superar las soluciones conductuales diseñadas por la autoridad. En este sentido, la profesora también concluye que hacer que este tipo de remedios funcionen es tan intrusivo que deberíamos buscar remedios estructurales en su lugar. Alternativamente, recomienda que se consideren remedios competitivos basados en resultados. Estos remedios incluirían

25 A modo de ejemplo, ver nota de CeCo “[FTC v. Meta/Within: La mano de Lina Khan llega al Metaverso](#)”.

26 Scott Morton, Fiona M. and Athey, Susan, Platform Annexation (16 de febrero de 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3786434>.

27 Los “remedios para el consumidor” se refieren a medidas como la “boleta del navegador”, que Microsoft acordó implementar en Europa como parte de la investigación de la Comisión Europea sobre la supuesta vinculación de los navegadores web con Windows.

criterios medibles que demuestren reducciones en las barreras a la competencia, que otorguen a las empresas responsabilidad y flexibilidad para lograr estos resultados, pero que también requieran que las empresas dominantes demuestren el logro de estos resultados.

En el futuro, es probable que las agencias adopten enfoques diferentes para las fusiones, especialmente respecto a las fusiones verticales y de conglomerado, así como cualquier remedio propuesto en respuesta a preocupaciones anticompetitivas, marcando así una diferencia con lo que se ha visto en los últimos años.

VI. CONCLUSIONES

El Profesor Marshall Steinbaum, quien había sido uno de los organizadores de la conferencia de 2019, pronunció las palabras de clausura. Señaló que, en los tres años desde la última reunión, el movimiento *neobrandeisiano* ha logrado algunos éxitos importantes y que los aliados están en posiciones de poder. El movimiento también ha articulado una visión de hacia dónde deberían dirigirse los principios y las políticas, algo que se reflejó en los comentarios de la presidenta Khan y los participantes del panel a lo largo del día. Sin embargo, el Profesor Steinbaum advirtió que, a pesar de los logros recientes, este es un proyecto de varias décadas y queda mucho trabajo por hacer.

APÉNDICE: LA DECLARACIÓN DE UTAH²⁸

(Escrito por un grupo de participantes en el programa “Un nuevo futuro para el antimonopolio”, 25 de octubre de 2019, y editado posteriormente)

Creemos que:

- (1) Someter el poder privado concentrado a controles democráticos es un asunto de importancia constitucional;
- (2) La protección de la competencia leal es un medio para una sociedad próspera y democrática y un instrumento tanto para la creación de oportunidades como para la distribución de riqueza y poder;
- (3) La concentración excesiva de poder económico privado genera presiones políticas antidemocráticas y socava las libertades; y
- (4) Si bien el antitrust no es una respuesta a todas las dificultades económicas, es un elemento promulgado democráticamente y necesario para lograr estos objetivos.

Como reflejo de estos principios, solicitamos por lo tanto las siguientes reformas a la doctrina actual de antitrust y la práctica de enforcement:

A. Doctrina

- (1) La coerción vertical, las restricciones verticales y las fusiones verticales no deben gozar de presunción de beneficio para el público;
- (2) Por regla o estatuto, los acuerdos de no competencia deben hacerse presuntamente ilegales;
- (3) La doctrina *Trinko* de preferencia regulatoria implícita debe ser anulada;²⁹
- (4) La prueba de *Brooke Group* para fijación de precios depredadora y la prueba de *Weyerhaeuser* para licitación depredadora deben anularse;³⁰
- (5) Debería restaurarse el estándar *Berkey Photo* para establecer el apalancamiento de monopolio;³¹
- (6) La doctrina de las instalaciones esenciales debe ser revigorizada para las empresas dominantes que niegan el acceso a los servicios de infraestructura críticos;

28 Traducción libre del autor.

29 *Trinko* y un caso posterior, *Credit Suisse*, exigen que los tribunales consideren la complejidad de los posibles conflictos entre las normas de antitrust y otros esquemas regulatorios al decidir si un esquema regulatorio excluye implícitamente la aplicación de la leyes antitrust.

30 *Brooke Group* estableció una prueba de dos partes para reclamos de precios depredadores: “los precios denunciados están por debajo de una medida adecuada de los costos de su rival... [y el demandado] tenía una... probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precios por debajo del costo”. *Weyerhaeuser* amplió esta prueba de dos partes a la compra depredadora (o sobreoferta) por parte de un monopsonista del lado de la compra.

31 *Berkey Photo* sostuvo que “el uso del poder de monopolio logrado en un mercado para obtener una ventaja competitiva en otro mercado es una violación de la sección 2 [de la Ley Sherman], incluso si no ha habido un intento de monopolizar el segundo mercado.”

- (7) Deben restaurarse las presunciones estructurales en la revisión de fusiones;
- (8) La doctrina de *LinkLine* que sostiene que las alegaciones de apretón de precios fallan como reclamos independientes de la Sección 2 [de la Ley Sherman] debe anularse;³²
- (9) *Noerr-Pennington* debe ser anulado y reemplazado por una defensa de la Primera Enmienda y protecciones legales adecuadas para los trabajadores;³³ y
- (10) La exención de los trabajadores de la Ley Clayton debe extenderse a todos los que trabajan para ganarse la vida, independientemente del estado laboral legal, para la coordinación horizontal, la negociación colectiva y la acción colectiva al servicio de cualquiera de los dos.

B. Método y práctica de enforcement

- (1) No es cierto que “el Congreso diseñó la Ley Sherman como una ‘prescripción de bienestar del consumidor’”;
- (2) Las reglas de antitrust deben crearse a través del desarrollo de casos, la elaboración de reglas de agencias y la legislación;
- (3) Los Estados, los laboratorios de experimentación económica, son una vanguardia crítica de los esfuerzos de enforcement;
- (4) El enforcement privado es un complemento fundamental del enforcement público;
- (5) Los mercados laborales – y en particular los problemas causados por el monopsonio del mercado laboral – deben estar sujetos a un enforcement de antitrust robusto, y los enforcers deben tratar las estructuras comerciales que restringen las alternativas o coaccionan a los trabajadores estadounidenses como sospechosas;
- (6) Las amplias preocupaciones estructurales expresadas por el Congreso en su promulgación de la Ley Anti-Fusiones de 1950, incluida la debida preocupación por los peligros económicos y políticos de una concentración industrial excesiva, deberían impulsar la aplicación de la Sección 7 de la Ley Clayton;
- (7) La conducta anticompetitiva que perjudique a una parte o clase nunca debe justificarse por contrarrestar los beneficios para otra parte o clase. Contrarrestar daños y beneficios entre mercados, partes o clases no debe ser un método para evaluar los efectos anticompetitivos;
- (8) Los negativos falsos no deben preferirse a los positivos falsos, y los costos de la falta de enforcement errónea no deben descartarse ni asumirse como inofensivos, pero deben tener el peso adecuado al tomar decisiones de enforcement;
- (9) Deben preferirse los remedios estructurales;

32 *LinkLine* sostuvo que cuando no existe el deber de negociar a nivel mayorista ni la fijación de precios predatorios a nivel minorista, una empresa no está obligada a fijar el precio de estos dos servicios de una manera que preserve los márgenes de beneficio de sus rivales.

33 Según la doctrina *Noerr-Pennington*, las entidades privadas son inmunes a la responsabilidad en virtud de las leyes antitrust por los intentos de influir en la aprobación o aplicación de las leyes, incluso si las leyes que defienden tendrían efectos anticompetitivos.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Michael Jacobs, "La Declaración de Utah y el simposio *"Los nuevos 'locos años veinte': la agenda progresista de las leyes de antitrust y protección al consumidor"*, *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2022),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile