

Revisión de las Directrices sobre Concentraciones Horizontales: lecciones de los EE.UU. y la UE*

Richard Gilbert**

Daniel L. Rubinfeld***

SUMILLA

El presente artículo versa sobre las directrices referidas a Concentraciones Horizontales vistas desde un modo de análisis y de aplicación en los EE.UU. y en la UE. De ese modo, el artículo explica detalladamente la definición del mercado y su relación con el análisis de los efectos sobre la Competencia; no obstante ello, se señalan algunas limitaciones en el análisis de la definición del mercado y, es por ello, que se sugiere que las Directrices de EE.UU. y, directrices en general, deben hacer hincapié en la importancia del análisis de los efectos sobre la Competencia en las evaluaciones de fusión; así como; dichas directrices pueden ser mejoradas si se refleja con más precisión nuestra comprensión actual de las fuerzas que impulsan la innovación. Finalmente, de la revisión de las directrices sobre concentraciones se colige que podrían beneficiar a la comunidad de las leyes antimonopolio al describir las condiciones en que una fusión es más o menos propensa a aumentar las preocupaciones sobre el daño a la innovación.

I. Introducción

Las Directrices sobre Concentraciones Horizontales en EE.UU. promulgadas por primera vez en 1982 por la División de Defensa de la Competencia del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio han demostrado ser muy útiles a lo largo de las últimas dos décadas y media, por varias revisiones¹. El uso de Directrices sobre las fusiones en la Unión Europea ha sido más reciente - el origen se remonta a la publicación de las Directrices en 1997, con las revisiones que se están debatiendo en el 2002 cuando la Comisión Europea publicó un aviso del proyecto de directrices (la última notificación de la revisión fue publicada en 2004)². En tanto, en los EE.UU. y la UE las directrices han demostrado su valor para las partes involucradas en el Proceso de Fusiones (y sus expertos) y para las empresas

que están contemplando las posibles fusiones o adquisiciones.

Los modos de análisis y la aplicación de las directrices en los EE.UU. y la UE han evolucionado con el tiempo y no ha habido una convergencia sustancial. Como resultado, las Directrices establecen los modelos de utilidad para los países que están desarrollando los procedimientos de control de concentraciones. Recientemente, el Departamento de Justicia de EE.UU. y la Comisión Federal de Comercio se han embarcado en un esfuerzo por revisar y actualizar las directrices horizontales de EE.UU. sobre concentraciones. Creemos que este es un buen momento para las revisiones adecuadas para ser realizadas en los EE.UU. y una valiosa oportunidad para que otras autoridades de control de concentraciones puedan evaluar sus propias directrices sobre las fusiones.

* La presente traducción fue realizada por Claudia Lucia Castañeda Terrones, miembro de la Comisión de Investigación y Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo.

*** Profesor Emérito del Departamento de Economía de la Universidad de California en Berkeley y profesor en la Escuela de Graduados, y Robert L. Bridges Profesor de Derecho y Profesor de Economía de la Universidad de California, Berkeley, respectivamente. Ambos autores han servido como Asistente del Fiscal General Adjunto de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia.

¹ EE.UU. Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (1992).

² "Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, la DG COMP, 28 de enero de 2004, en www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018: ES: PDF. La Comisión Europea no recibió la autoridad de control de concentraciones hasta el año 1989. Para una revisión general del Reglamento, consulte Parisi, John J. (2009).

Por otra parte, vemos importantes beneficios que se logran si existe una convergencia en los procesos de control de las concentraciones de todas las autoridades de Competencia en el mundo.

Nuestro trabajo comienza con una breve descripción de las similitudes y diferencias entre las directrices para EE.UU. y la UE. El hecho de que exista una superposición importante entre los dos hace una propuesta de revisión inmediata en EE.UU. aplicable a la UE y otros países. En este trabajo, nos centramos en la definición del mercado y su relación con el análisis de los efectos sobre la Competencia. La sección II ofrece una breve descripción de los elementos importantes de las Directrices de EE.UU. y la UE en relación con la definición del mercado y los efectos de la Competencia³. En la Sección III, ofrecemos una serie de pensamientos acerca de cómo el componente de la definición del mercado de las Directrices sobre Concentraciones en EE.UU. podría ser revisada a la luz de la enseñanza de los economistas y los abogados en las últimas dos décadas. Señalamos algunas limitaciones en el análisis de la definición del mercado y, a la luz de estas limitaciones, sugerimos que las Directrices de EE.UU. y directrices en general deben hacer hincapié en la importancia del análisis de los efectos sobre la Competencia en las evaluaciones de fusión. En la sección IV, movemos nuestra atención al análisis de los efectos sobre la Competencia para los casos en que el problema de la innovación es importante. Sugerimos que las directrices pueden ser mejoradas si se refleja con más precisión nuestra comprensión actual de las fuerzas que impulsan la innovación.

II. Las Directrices de EE.UU. y la UE

Las Directrices de los EE.UU. y la UE contienen las discusiones de los componentes clave de un análisis de las fusiones: la definición del mercado, efectos sobre la Competencia, la entrada, y la eficiencia. Ambas directrices sugieren que las fusiones pueden llevar a precios más altos (y/u otros efectos adversos competitivos) en cualquiera de las dos maneras diferentes. En primer lugar, la eficiencia de ausencia, la entrada de competidores, o el reposicionamiento de los productos de la Competencia de la entidad fusionada son incentivos para elevar los precios de todos o algunos de sus productos. Mientras

que los llamados *efectos unilaterales* en los EE.UU. o *efectos no coordinantes*, como en la UE las dos son en general muy similares. Por lo tanto, las Directrices de UE señalan que los efectos unilaterales pueden surgir cuando una concentración crea o refuerza una posición dominante de una sola forma, mientras que las Directrices de EE.UU. dan un énfasis en la posible disminución de la competencia. Por otra parte, las Directrices de la UE plantean problemas cuando la fusión se produce en un mercado oligopólico y la fusión elimina presiones competitivas en las partes en que la fusión los había colocado previamente el uno del otro, mientras las Directrices en EE.UU. señalan a la posible eliminación de un competidor disruptivo. En segundo lugar, dado que la fusión ha eliminado a un competidor, la empresa fusionada puede tener más probabilidades de coordinarse de forma tácita en su precio, producto, o las decisiones de capacidad con otras empresas en el mercado. Ambos cuerpos de seguridad importante deben prestar atención a estos *efectos coordinados*.

Tanto en los EE.UU., como en los límites establecidos de concentración de la UE, tienen el efecto práctico de la determinación de zonas de seguridad. Ambas directrices se basan en el *HHI* ("Índice Herfindahl-Hirschman") como una medida de la concentración. En los EE.UU., los umbrales por debajo del cual las fusiones son probables que sean impugnadas, son las que tienen índices HHI posteriores a la fusión por debajo de 1000, las fusiones con índices HHI entre 1000 y 1800 con deltas que tienen menos de 100 puntos, y las fusiones con índices HHI por encima de 1800 y los deltas de menos de 50. En la UE los umbrales son algo diferentes: incluyen fusiones en las que la participación posterior a la fusión es entre 1000 y 2000 y el delta es menor de 250, y fusiones en las que el HHI posterior a la fusión está por encima de 2000 y el delta es menor que 150. Nuestra experiencia ha sido que estos límites no son indicadores precisos de las probables tomas de decisiones de las autoridades competentes. Como resultado, no vemos las diferencias entre la UE y Estados Unidos como importantes.

En la actualidad, sin embargo, hay un punto importante de divergencia. Las Directrices de EE.UU. están un paso más allá de las normas de la UE por lo que se sugiere que si los productos de las empresas fusionadas "tienen una cuota de mercado combinada de más de 35%, lo cual

³ Las dos pautas tienen diferentes estándares de prueba para la determinación de perjuicios para la competencia (la norma de la UE se centra en la creación de una posición dominante como resultado de lo que sería competencia efectiva, mientras que los EE.UU. utiliza una disminución sustancial de la competencia). No nos centraremos en esta importante distinción aquí.

se presume que los dos productos son del otro sustituto más cercano con respecto a una parte importante de las ventas. La presente orientación particular, que no tiene una base económica firme, ha sido vista por algunos como la creación de un puerto seguro adicional. La UE no tiene puerto seguro como en su Aviso de 2004. Aconsejamos la eliminación de esta salvaguardia cuando las Directrices de EE.UU. son revisadas, es ciertamente posible (aunque no probable) que una fusión cuyas acciones conjuntas en un mercado de referencia a menos de treinta y cinco por ciento podría generar el aumento de precios anticompetitivos, a través de efectos unilaterales (así como la coordinación). La eliminación de esta salvaguardia, por tanto, significaría eliminar una orientación inadecuada y trasladaría a las Directrices de EE.UU. y la UE más cerca de la convergencia⁴.

Con respecto a las cuestiones relativas a la entrada, los dos conjuntos de directrices son bastante similares. Ambos enfatizan que la entrada a ser vista como una amenaza importante para el poder de mercado de la entidad fusionada, la entrada debe ser probable, oportuna y suficiente. Una revisión de las directrices de los EE.UU. y de la UE que amplió sus discusiones sobre la economía de la innovación podría tener implicancias importantes para el análisis de los problemas de entrada.

III. Definición del mercado

El ejercicio de definición de mercado ayuda a identificar las fuerzas que pueden restringir la capacidad de una empresa fusionada para subir los precios mediante la descripción de los mismos que la competencia produce en los productos y el espacio geográfico. Una vez que el mercado o los mercados se han definido, entonces es posible evaluar las cuestiones de poder de mercado (incluyendo la medición de las cuotas de mercado y las presunciones estructurales asociados) y los efectos en última instancia, la competencia. Sin embargo, la definición del mercado no es un sustituto para un análisis exhaustivo de los efectos competitivos de una fusión. En esta sección se explica cuándo y cómo la definición del mercado es probable que sea un instrumento útil, en general, esto será cuando el ejercicio complementa el análisis de los efectos sobre la competencia. Sin embargo, también señalan que hay circunstancias

en las que el esfuerzo para llegar a una evaluación formal en cuanto al alcance específico del mercado puede ser una distracción, cuando no engañosa. En tales casos, será beneficioso llevar a cabo el análisis de efectos sobre la competencia sin necesidad de llegar a una conclusión formal sobre la definición del mercado.

A. ¿Es el ejercicio de definición de mercado valioso?

Las dimensiones de los productos y mercados geográficos no siempre se definen con precisión. Los competidores a menudo se diferencian por las características del producto o geografía, y no hay forma sencilla de determinar con precisión cuando los productos son sustitutos cercanos como para ser incluidos en el mismo mercado.

La prueba del monopolio hipotético en las Directrices sobre concentraciones propone una metodología para definir un mercado para el análisis de las fusiones. A partir de un mercado candidato, que incluye productos de las empresas fusionadas, tal prueba pregunta si un monopolista hipotético, quien es el proveedor de dichos productos, puede imponer un "aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio" (a SSNIP). La prueba del monopolio hipotético puede ser útil y fácilmente aplicable para determinar los límites de la definición de mercado para los productos que son relativamente homogéneos, tales como materiales de embalaje, de cartón o de otro tipo. Sin embargo, la aplicación de la prueba SSNIP es más difícil para los productos que se diferencian tanto por las características del producto o por la ubicación geográfica. ¿Hay un mercado de productos de las gaseosas, o el mercado incluye otras bebidas carbonatadas con sabor? ¿los hospitales situados en los lados opuestos de la ciudad pertenecen al mismo mercado geográfico de referencia? Debido a que la aplicación de la SSNIP plantea problemas particulares cuando los mercados se diferencian, se comenta el uso de la definición del mercado en estos casos.

B. Los elementos de un análisis de la demanda

El ejercicio del poder de mercado requiere que la empresa o empresas se enfrenten a una curva de demanda relativamente inelástica por un

⁴ La Comunicación de la Comisión Europea no distingue las fusiones que tienen efectos unilaterales resultantes del poder dominante de una empresa de aquellas que envuelven "oligopolios no colusorios", presumiblemente para permitir un amplio conjunto de teorías económicas que están a la altura de la coordinación. Para una discusión de este y otros temas UE Directrices, ver Ridyrd, Derek (2004).

producto a precios antes de la fusión. Sólo así puede ser rentable para las empresas elevar los precios mediante la reducción de la producción. Es conveniente, por lo tanto, como las Directrices actuales sugieren, centrarse inicialmente en las características de la demanda en la definición de mercados relevantes de la competencia. Si la sustitución de la demanda es suficiente para impedir el ejercicio del poder de mercado dependerá de la medida en que los consumidores obtengan un sustituto lejano del producto o productos en cuestión en el caso de un aumento hipotético de precio.

Un enfoque para la definición del mercado es “grave pérdida”, que es una función de la elasticidad de la demanda que enfrenta el monopolista hipotético y el margen de beneficio del monopolista evaluado a su costo incremental (de producción, distribución, etc). Sin embargo, la aplicación del análisis de la pérdida crítica tiene un gran potencial para el error, debido en parte a las dificultades en el cálculo de la pérdida de crítica y de la complejidad en la evaluación de las consecuencias de las actuales pérdidas que puedan ocurrir (hipotéticamente) tras la fusión.

Por ejemplo, la pérdida crítica es probable que sea relativamente baja en los mercados en los que las empresas tienen poder sustancial en el mercado (desde los márgenes de utilidad o marcas tienden a ser altos). Sin embargo, esto no significa que el mercado hipotético no podrá superar la prueba SSNIP. La razón es que las empresas que ejercen poder sustancial de mercado son capaces de hacerlo porque se enfrentan a los clientes cuyas exigencias son relativamente inelástica (por tanto, márgenes de ganancia alta). Como resultado, la pérdida real de un aumento de precios es probable que sea baja también. Nosotros advertimos sobre las propuestas críticas de pérdida o de cualquier otra metodología específica de definición de mercado como una opción preferida en las Directrices. En cambio, vemos valor en la modificación de las Directrices para explicar los principios económicos básicos y la evidencia empírica que serán utilizadas por los organismos, según se apliquen al concepto de análisis de la pérdida crítica u otros medios para la definición del mercado.

A pesar de que la definición del mercado se centra en la elasticidad de la demanda del producto o productos en un mercado hipotético, hay una serie de situaciones en las que la información concerniente a elasticidades precio-cruzadas puede ser altamente informativas. Supongamos,

por ejemplo, que se determina que la hipótesis de un mercado inicial es demasiado estrecha, lo que exige que la definición de mercado se amplíe. Las directrices proponen una metodología para decidir cómo el mercado puede ampliarse, pero hay una gran variedad de alternativas que se podrían utilizar para definir los sustitutos más cercanos a los productos en el mercado candidato original. A pesar de que probablemente sería un error para la revisión de las Directrices adoptar una metodología particular, podría ser útil una revisión describir diferentes formas alternativas del desvío de productos de la competencia que se produce y si hay un aumento de precios en el hipotético del mercado. El objetivo fundamental del ejercicio de la definición del mercado es encontrar un mercado que es digno de análisis, es decir, un mercado en el que una fusión podría posiblemente tener un efecto negativo sobre la competencia. El hecho de que puede haber más de un mercado que es interesante en este sentido no debe ser tomado en sí mismo como la base de la renuncia al ejercicio de definición del mercado. Al mismo tiempo, las directrices deberían reiterar la premisa de que la delimitación adecuada de los mercados relevantes de defensa de la competencia está fundamentalmente relacionada con la conducta en cuestión.

C. La estrecha relación entre la definición de mercado y el análisis de efectos sobre la competencia

Para mercados diferenciados de la metodología descrita en la definición del mercado, las Directrices sobre concentraciones son muy cercanas a la cuestión central de si la fusión aumentará los precios. Para ver por qué, supongamos que para fines de discusión existen dos productos, A y B, cada uno de propiedad de una firma independiente. Las dos empresas proponen la fusión y aplicando el principio más pequeño del mercado, los productos A y B se convierten en un candidato de mercado relevante. Aparte de los problemas de discriminación de precios (que no discutimos aquí), la prueba SSNIP evalúa la rentabilidad de un aumento en el precio de A y B, en este mercado en cuestión hipotética, manteniendo todos los demás precios constantes. Si el aumento de precios sería rentable, entonces A y B representan un mercado de referencia. Si la hipótesis de aumento de precios no era rentable, el mercado se ampliará mediante la adición de nuevos productos, y el ejercicio de la definición del mercado continuará.

Comparemos ahora la prueba del monopolio hipotético para el análisis de los efectos sobre la

competencia. El análisis de los efectos competitivos envolvería una investigación de los efectos probables en los precios asociados a la fusión de A y B. Este análisis incluirá una predicción de los efectos probables en los precios, al igual que en el análisis del mercado hipotético. Sin embargo, el análisis de efectos sobre la competencia iría más lejos. Se trataría de una investigación más amplia de las respuestas de la competencia de otras empresas y productos están fuera del mercado candidato y, por supuesto, sería tener en cuenta cuestiones relativas a la entrada de posición y la eficiencia.

Enfocándonos únicamente en el análisis de precios inicial, podemos ver que el análisis de efectos sobre la competencia incluye a la prueba del monopolio hipotético. Es cierto que la prueba del monopolio hipotético utiliza a menudo un aumento del precio de; por ejemplo 5%, mientras que un análisis de efectos sobre la competencia no tendría ese supuesto, pero ésta es una distinción relativamente menor y, en principio, la prueba se puede aplicar a un amplio rango de precios a disposición del monopolista hipotético. La diferencia más significativa se relaciona con el hecho de que el análisis de la competencia puede dar cuenta de una mayor gama de respuestas estratégicas de las empresas ya sea formalmente en el mercado relevante o no.

Dado que el análisis SSNIP y los efectos competitivos de los análisis están tan estrechamente relacionados, creemos que es propicio pensar en el análisis de la definición de mercado como el aperitivo y el análisis de efectos sobre la competencia el plato principal en la cena de evaluaciones de las concentraciones. Hay casos en los que sería conveniente realizar un análisis de efectos sobre la competencia directa, sin necesidad de llegar a una primera conclusión en cuanto a la definición del mercado. Podría ser el caso, por ejemplo, que va a ser muy difícil decidir sobre la base de la evidencia empírica si un mercado pertinente debe incluir los productos A, B y C, D o si también debe estar en el mercado. Sin embargo, podría ser el caso de que un análisis empírico de los efectos potenciales sobre la competencia muestre que es probable que sean (o no sean) aumentados sustancialmente los precios del producto D en el mercado relevante. Las Directrices claramente deben tener en cuenta esta posibilidad. Las Directrices también deben tener en cuenta que una vez que un análisis de efectos sobre la competencia sea completado es posible "retroceder" a un mercado de referencia

(o mercados) que es consistente con el análisis de efectos sobre la competencia⁵.

D. La definición del mercado en los casos de conductas unilaterales

Las Directrices sobre concentraciones plantean la cuestión de si una sola empresa, que maximiza sus beneficios puede controlar un mercado candidato y elevar el precio del nivel competitivo en una cantidad significativa de un período de tiempo no despreciable (la prueba SSNIP). En las situaciones de concentración, el nivel competitivo es por lo general el nivel alcanzado, excepto, por ejemplo, si la industria está actualmente concertando los precios a un nivel de monopolio. En la sección 2, los casos en los que una empresa puede tener el poder de monopolio, sería necesario considerar un aumento de precio de la "competencia" y no en el nivel de "monopolio", o tal vez para evaluar los beneficios que se perderían si el precio de monopolio se redujera más que los que se alcanzaron. Una presunción razonable es que una sola empresa maximiza sus beneficios, lo que implica que un SSNIP no sería rentable bajo ningún concepto.

El marco de las Directrices puede ser útil para analizar el comportamiento unilateral en la medida en que las Directrices plantean las preguntas correctas y centrar el análisis de las características de la demanda del mercado. Sin embargo, de una revisión de las Directrices sobre concentraciones se debe tener en cuenta que la prueba SSNIP no es por sí misma apropiada para la definición del mercado en el contexto de la conducta de una sola empresa.

E. Definición del mercado de complementos

Muchas fusiones involucran empresas que venden productos que son complementarios, tales como hardware y software. Si A y B son productos complementarios vendidos por empresas diferentes, es bien sabido que una fusión de las dos empresas puede reducir los precios mediante la eliminación de la doble marginación y por lo que es más fácil para los consumidores a comprar la combinación de los productos que más desean. Sin embargo, las implicaciones para la definición del mercado son menos conocidas.

Una prueba del monopolio hipotético puede llevar a conclusiones erróneas cuando se aplica sólo a

⁵ Este mercado de referencia puede ser diferente del mercado de referencia que se deriva de una prueba del monopolio hipotético, ya que se han tenido en cuenta las respuestas estratégicas de los competidores.

un subconjunto de productos complementarios. Mientras que un hipotético monopolista de “calzado adecuado” rentable puede aumentar sus precios, los consumidores suelen comprar pares de zapatos, y un aumento en el precio de los zapatos del pie derecho presionaría a los vendedores de zapatos del pie izquierdo a bajar sus precios. Para los productos que se venden como paquetes, y son poco probables demandados como productos individuales, los mercados deberían ser definidos para incluir el conjunto de productos que los consumidores compran (pares de zapatos en este caso)⁶.

Post-venta y los mercados multi-plataforma, son ejemplos de mercados con productos altamente complementarios. Los consumidores compran sistemas que incluyen equipos y, posiblemente, servicios de reposición (Post-venta). Un aumento en el precio de los servicios pone presión en los precios de los equipos a competir por las ventas del sistema. Una prueba del monopolio hipotético aplicado a los servicios de post-venta debe tener en cuenta los efectos en la subida de los precios de los servicios de post-venta en las ventas de los sistemas.

Multi-plataforma o mercados de “dos caras” se refieren a los mercados en los que el consumo de productos o servicios requiere de la colaboración de dos o más actividades que pueden ser prestados por empresas independientes. Ejemplos de ello son el encuentro de compradores y vendedores de casa, los sistemas operativos y aplicaciones, y sistemas de pago electrónico que requieren comerciantes y servicios al consumidor. Los principios de la delimitación del mercado de productos y servicios complementarios se aplican a estos mercados multi-plataforma. En particular, un aumento en el precio de los servicios de una plataforma puede ejercer presión sobre los precios para la otra plataforma. La aplicación de una prueba del monopolio hipotético a los mercados de la plataforma debe tener en cuenta estas posibles interacciones. Directrices revisadas también deben tomar nota de las complejidades que surgen cuando algunas empresas están integradas verticalmente (por ejemplo, operar una plataforma y competir en la provisión de una o más entradas a la plataforma).

F. Definición de mercado para los mercados de tecnología

Fusiones en sectores de alta tecnología de la economía usualmente envuelven a la propiedad

intelectual (PI), tales como patentes y derechos de autor. Estas transacciones pueden aumentar la preocupación de que la entidad fusionada podrá aumentar los precios en un “mercado de la tecnología” de los derechos de propiedad intelectual. Las Directrices de Defensa de la Competencia para el Registro de la Propiedad Intelectual define un mercado de la tecnología como “... la propiedad intelectual que tiene licencia (la tecnología objeto de licencia”) y sus sustitutos próximos; es decir, las tecnologías o productos que son sustitutos próximos suficientemente significativos para limitar el ejercicio de poder de mercado con respecto a la propiedad intelectual que tiene licencia. Creemos que una revisión de las Directrices sobre concentraciones horizontales podría beneficiar a los profesionales y a la comunidad empresarial, describiendo cómo la metodología de definición de mercado se podría aplicar a los mercados de tecnología.

Mientras que el enfoque de la definición de mercado para los mercados de la tecnología debe ser paralelo al enfoque de la definición de mercado para los mercados de productos, existen características distintivas de los mercados de tecnología que puede ser útil señalar. Tomamos nota, en particular, que las patentes y otros tipos de propiedad intelectual a menudo se complementan y el análisis de las fusiones que invocan los mercados de tecnología debe aplicarse a las cuestiones generales que se discuten sobre los productos complementarios. Además, la propiedad intelectual suele ser un insumo para la producción de bienes y servicios.

Como entrada, la demanda de PI se deriva de la demanda de los bienes o servicios finales que se producen utilizando PI. Esta demanda derivada puede tener una baja elasticidad-precio si las cuentas de PI son una pequeña parte del costo de los bienes o servicios finales (o una alta elasticidad de precios, si ocurre lo contrario). Es importante notar; sin embargo, que el mercado también incluye los bienes o servicios que sean lo suficientemente cercanos a los sustitutos para restringir el ejercicio del poder de mercado con respecto a la licencia de propiedad intelectual. Las Directrices revisadas de fusión podrían ser útiles en cuenta de esta fuente de competencia y describir cómo las agencias contarán con estas en el ejercicio de definición del mercado.

⁶ La definición del mercado es más compleja para industrias las cuales producen y venden paquetes de productos complementarios, mientras que otras empresas producen sólo uno de los productos incluidos. Las Directrices revisadas deberían sugerir la manera en que los organismos probablemente se aproximen a este problema de definición del mercado.

IV. Efectos sobre la competencia de las fusiones de incentivos para la innovación

Las fusiones pueden afectar a la competencia dinámica al cambiar los incentivos para que las empresas inviertan en Investigación y Desarrollo (I & D) de nuevos productos y procesos. Una revisión de las directrices que más plenamente cuentan con el conocimiento actual de incentivos a la innovación sería muy valiosa.

La teoría de los efectos de la estructura del mercado en incentivos de I & D tiene dos temas principales que llevan a contrastar las conclusiones. Uno de los temas, a raíz de Joseph Schumpeter⁷, es que la concentración del mercado impulsa a la I & D mediante el aumento de la participación de los beneficios de la I & D que se acumulan en el innovador, el suministro de fondos para I & D, su flujo de caja, y el aislamiento de la firma de la turbulencia financiera de los mercados más competitivos.

El otro tema principal, después de Kenneth Arrow⁸, contrasta con la teoría de Schumpeter, y concluye que la concentración del mercado puede reducir los incentivos para la inversión en investigación y desarrollo. El incentivo para innovar es la diferencia neta en el beneficio que se puede ganar con y sin la innovación. Una empresa con una gran pre-innovación flujo de beneficios tiene menos que ganar de una innovación en el mismo mercado que hace una empresa más competitiva, con un flujo menor ganancia pre-innovación, asumiendo que el resultado después de la innovación es el mismo tanto para las empresas. Este “efecto sustitución” es un lastre para la innovación creada por el flujo de la empresa de beneficios antes de la innovación⁹.

Los cambios estructurales de la fusión tiene efectos sobre los incentivos para innovar, que son ambiguos, sin mayor análisis de las condiciones que son específicas para cada transacción. En las secciones siguientes, se explican algunas de estas condiciones. Tomamos nota, que la delimitación

de un “mercado de la innovación” puede ser útil para las transacciones de pantalla que es probable que tengan un efecto adverso sobre los incentivos para invertir en nuevos productos o procesos. Los impactos adversos sobre los incentivos para innovar, dependen fundamentalmente de las circunstancias del mercado individual. Una evaluación de los efectos de una fusión sobre los incentivos para invertir en nuevos productos y procesos requiere de una cuidadosa consideración de las interacciones competitivas en el mercado. No debe haber presunción de que una fusión perjudica a la innovación basada simplemente en cambios en la estructura del mercado de la fusión¹⁰.

A. Efectos Unilaterales de las fusiones en I & D incentivos

El incentivo unilateral de las empresas se fusionaron para invertir en I & D es el beneficio incremental creada por la innovación en relación con el beneficio que las empresas pueden obtener de sus productos o procesos existentes. Las fusiones pueden promover la innovación mediante el aumento de la capacidad de las empresas para apropiarse del valor creado por sus esfuerzos de I & D. Este efecto es especialmente importante, la apropiación de las innovaciones que la falta de protección efectiva de la imitación. Sin embargo, también es el caso de que en algunas circunstancias, una fusión puede reducir los incentivos para innovar. Una fusión puede ser rentable para las empresas fusionadas, al tiempo que reduce el beneficio incremental de la innovación, y por lo tanto hacer que la innovación es menos probable.

Los efectos de la competencia en el incentivo para crear nuevos productos pueden diferir sustancialmente de los efectos de la competencia para bajar los costos. Si una empresa desarrolla un fármaco que es un complemento de un medicamento ya existente en su cartera, la empresa innovadora puede ser capaz de diseñar una estrategia de marketing que aumenta los beneficios y el valor de ambos fármacos. Esto

⁷ Schumpeter, Joseph A. (1942).

⁸ Arrow, Kenneth J. “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions” (1962).

⁹ Véase Jean Tirole, la Teoría de Organización Industrial (1988). Hay muchas variaciones sobre estos dos temas que complican aún más la teoría de los efectos de la estructura del mercado en I & D incentivos. Por ejemplo, el poder de mercado puede aumentar los incentivos para invertir en I & D debido a que el aumento del valor de una innovación a una empresa con poder de mercado puede ser superior al valor a una empresa más competitiva. Ver Gilbert, R. y D. Newbery (1982). Este incentivo no es probable que sean importantes para la I & D farmacéutica esfuerzo que tiene un horizonte a largo plazo y alto grado de riesgo. Otros modelos de la competencia de I & D que incorporan elementos de incentivos schumpeteriano y el efecto Arrow reemplazo incluyen Boone, Jan (2000), Boone, Jan (2001) y Aghion, Philippe, Bloom N., R. Blundell, R. Griffith, y P. Howitt (2005).

¹⁰ Una serie de ejemplos en los que la División Antimonopolio con éxito analizaron temas sobre innovación en que las fusiones estaban involucradas, ver Rubinfeld, DL y J. Hoven (2001).

supone un incentivo a la innovación que está ausente por una empresa que no tenga una terapia complementaria. En algunos casos, este beneficio adicional puede pesar más que la falta de incentivo para la innovación de los efectos de sustitución de flecha¹¹.

La I & D es un insumo para el producto final de la innovación. Una reducción en el gasto I & D no lo hace, por sí misma, implica necesariamente una reducción de la producción innovadora. Una fusión puede aumentar la competencia dinámica al permitir que la empresa fusionada para enfocar mejor su cartera de I & D. Por ejemplo, supongamos que dos empresas tienen cada una de I & D dirigida a un área terapéutica particular. Los programas se basan en la hipótesis científica misma y sus probabilidades de éxito son altamente correlacionados. Si se mezcla, puede ser socialmente deseable para las empresas a bajar uno o más programas. Si lo hace, se ahorrarían recursos económicos sacrificando poco en términos de la probabilidad de introducción de una terapia segura y efectiva. Por supuesto, lo contrario también podría ser el caso, si, por ejemplo, hay una correlación negativa entre las probabilidades de éxito.

La I & D y las innovaciones que surgen de ella son los motores de crecimiento económico. Las directrices deben dejar claro que las fusiones que plantean cuestiones de innovación se aplique escrupulosamente y evaluar, en parte, sobre la base de los problemas económicos que se han planteado.

B. Efectos coordinados de las fusiones sobre Subvenciones de I & D

Los Efectos coordinados se refieren a los mercados en los que los competidores reconozcan la interdependencia mutua de sus acciones y abstenerse de toda conducta que es de su interés independientemente con el fin de apoyar los resultados que aumenten sus ganancias conjuntas. Los Efectos coordinados son más probables cuando: (i) las empresas se reúnen con frecuencia en los mercados con características similares, previsible (un "juego repetido"), (ii) la conducta que se aparta de la coordinación se puede detectar fácilmente, y (iii) las salidas de la coordinación se pueden castigar.

Los Efectos coordinados en *I & D de la Competencia son plausibles, pero poco probables*. Es difícil para las empresas a evaluar con precisión el estado de otras actividades de empresas de I & D. La I & D de éxito puede llegar de fuentes inesperadas y muchas veces no es fácil para una empresa para determinar el progreso de otras empresas que trabajan en similares actividades de I & D. La I & D a menudo toma muchos años para generar un producto comercial y no tiene la característica de un juego repetido, ya que cada descubrimiento y desarrollo de programas tiene sus propias características. Además, puede ser difícil para una empresa de castigar a un desertor de un acuerdo colusorio de I & D arreglo.

C. Producto futuro de la Competencia en el mercado

Un efecto adicional es posible de una fusión es el futuro de la competencia del mercado de productos. Una fusión puede afectar a la futura competencia del mercado de productos si las dos empresas han de I & D que se dirigen al mismo mercado de producto o si una o ambas partes tienen los productos existentes en los mercados que puedan verse afectadas por sus actividades de I & D. Incluso si la fusión no tiene ningún efecto sobre la I & D de las partes en la fusión, la fusión podría afectar a la competencia del mercado de productos que puedan surgir como consecuencia de sus actividades de I & D.

La Teoría de la Competencia potencial puede proporcionar un marco habitual para analizar tales efectos competitivos. Factores que entran en el análisis de los efectos de una concentración sobre la competencia potencial son: (i) la probabilidad de que una de las partes será un participante real en un mercado en el que la otra parte tiene un producto, (ii) la probabilidad de que habrá otros competidores reales (es decir, si la empresa es un competidor potencial único), y (iii) la probabilidad de que no habrá competencia de otras firmas en el mercado de productos. Si hay más de unas pocas empresas que tienen la misma o una ventaja comparable en entrar al mercado de la empresa adquirida, la eliminación de una empresa es poco probable que tenga un importante efecto sobre la competencia adversa. Del mismo modo, la eliminación de un competidor potencial es poco probable que tenga un importante efecto sobre la

¹¹ Para ver ejemplos de aplicaciones del efecto de reemplazo de flecha para innovaciones de productos, consulte Greenstein, S. y G. Ramey (1998), Richard Gilbert (2006), y Chen, Yongmin y M. Schwartz (2009).

competencia adversa si hay muchos participantes en el mercado actual.

La posibilidad de un efecto anticompetitivo de la pérdida de competencia potencial está directamente relacionada con la probabilidad de que dicha competencia pueda ocurrir. Por ejemplo, si las partes en la fusión tienen una probabilidad independiente de éxito del 50%, la probabilidad de que ambos tengan éxito y competir con los demás es sólo el 25%. Además, la competencia real de la entrada puede tomar mucho tiempo y los efectos anticompetitivos probablemente tendrían que ser equilibrados contra la eficacia probable.

D. Condiciones necesarias de una fusión para reducir los incentivos de la I & D

Varias condiciones deben cumplirse para que una fusión pueda generar un efecto adverso en la innovación. Estas condiciones son necesarias pero no suficientes para lograr un efecto adverso en la innovación. Además, cualquier teoría plausible que la innovación pueda ser perjudicada debe tener en cuenta los beneficios de eficiencia de la fusión.

D.1. La fusión debe combinar actividades de I & D dirigida a la competencia potencial de nuevos productos o procesos

El cambio estructural de la fusión afecta a los incentivos de I & D sólo si la fusión integra la I & D las actividades que están dirigidas a un objetivo similar. Esto puede ocurrir mediante la combinación de I & D de las partes en la fusión que se dirigen a los productos o procesos en el mismo mercado, o mediante la combinación de producto existente una empresa con otra empresa de I & D orientadas al mercado un mismo producto. El poder de mercado crea un efecto de reemplazo que pueden afectar a la I & D incentivos. El beneficio de la innovación es el aumento del beneficio en relación con ninguna innovación, que puede ser baja si una empresa tiene una posición existente rentable en el mismo mercado que la nueva innovación.

D.2. Las sociedades fusionadas deben representar una gran parte de los gastos en I & D dirigida a los nuevos productos que puedan competir en un mercado relevante

Las *Directrices de Defensa de la Competencia para el Registro de la Propiedad Intelectual* ofrecen un puerto seguro para los acuerdos relativos a la

propiedad intelectual en el que hay cinco o más empresas independientes. Los estados Directrices IP que “En ausencia de circunstancias extraordinarias, las agencias no cuestionará una restricción en un acuerdo de licencias de propiedad intelectual (1) si la restricción no es facial anticompetitivas y (2) el licenciante y sus licenciatarios en conjunto representan no más del veinte por ciento de cada mercado relevante afectado significativamente por la moderación”¹².

Las *Directrices de Defensa de la Competencia de la colaboración entre competidores* va más allá y afirma que “en ausencia de circunstancias extraordinarias, las agencias no tienen un reto de colaboración entre competidores sobre la base de los efectos sobre la competencia en un mercado de la innovación en tres o más de forma independiente las actividades de investigación controlada, además de los de la colaboración cuentan con los activos necesarios especializadas o de las características y el incentivo para que inviertan en I & D que es un sustituto cercano de la actividad de I & D de la colaboración”¹³. Aunque las Directrices de propiedad intelectual y las Directrices de colaboración no se aplican a las colaboraciones de un competidor al que se aplica un análisis de las fusiones, la implicancia es que los efectos anticompetitivos de la integración de la I & D es improbable que sean sustanciales a menos que las cuentas de integración para un alto porcentaje de los activos dirigida al descubrimiento y desarrollo de un nuevo producto o proceso.

D.3. Las Barreras de entrada a la I & D dirigida a los nuevos productos en un mercado de referencia debe ser alta

Así como la nueva entrada puede compensar los posibles efectos adversos de la competencia entre los competidores existentes disminuyó como resultado de una fusión, la entrada puede compensar los efectos adversos potenciales de una reducción de la competencia de la innovación. En una carrera para patentar un nuevo descubrimiento, a falta de activos especializados y exclusivos los derechos de propiedad intelectual, las empresas participar en el concurso, si la rentabilidad esperada supera el costo esperado de la I & D, en ausencia de otras condiciones que pueden impedir la entrada. Si una fusión hace que los competidores existentes para invertir menos en I & D, suponiendo que no hay cambio en las perspectivas de I & D, lo cual puede desencadenar la nueva entrada debido a

¹² EE.UU. Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio (1995) § 4.3.

¹³ EE.UU. Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio (2000) § 4.3.

que el participante tendrá una mayor probabilidad de ganar la carrera de patentes. Una reducción significativa en I & D de los competidores existentes es probable que haga de la I & D una competencia relativamente más atractiva, siempre y cuando no la señal de las escasas perspectivas de innovación y no existen barreras de entrada a otros.

La Competición de la innovación puede provenir de fuentes diversas, muchas de las cuales son desconocidas para el analista, y es fácil para un analista a subestimar el potencial para la entrada en I & D dirigida a un nuevo producto o proceso. Por esta razón, las Directrices de Defensa de la Competencia para el Registro de la Propiedad Intelectual del Estado que “los organismos a delinear un mercado de la innovación sólo cuando la capacidad de participar en la investigación y desarrollo pertinentes pueden estar asociados con activos específicos o características específicas de las empresas” [énfasis añadido].

D.4. Los efectos secundarios del descubrimiento exitoso y los beneficios del intercambio de información debe ser baja

Los efectos secundarios son importantes, si una empresa que no es la primera en hacer un descubrimiento aún se puede ganar una recompensa, es decir, si el descubrimiento de una empresa no excluye el descubrimiento de un producto competitivo de otra empresa. La ausencia de efectos secundarios asegura que el ganador del concurso de innovación gane todos los beneficios disponibles. Una fusión puede aumentar los incentivos para invertir en I & D y reducir el tiempo de espera para el descubrimiento, si la competencia no es “el ganador que se lleva todo”, que suele ser el caso. Intuitivamente, el incentivo para invertir en I & D se reduce si una empresa puede ganar una recompensa, incluso si no es el primero en hacer un descubrimiento.

E. Observaciones finales sobre el Rol de la Innovación en el análisis de las Fusiones

La relación entre la estructura del mercado y los incentivos para innovar es un equilibrio entre dos fuerzas básicas opuestas. Una fuerza es la capacidad de apropiarse de los beneficios de la inversión en I & D, que se puede mejorar a través de fusiones. La otra fuerza es la falta de incentivos que pueden existir cuando una empresa tiene una posición significativa en un mercado donde la innovación puede ocurrir. Una posición en el mercado establecido crea un efecto de reemplazo posible que diluye el incentivo para

innovar. El efecto de sustitución está ausente o significativamente disminuido cuando ninguna de las partes a fusionar ha establecido una posición significativa en un mercado o cuando las partes enfrentan la competencia de otros potenciales innovadores.

Si bien un enfoque prudente al analizar los efectos probables de una fusión en la innovación es apropiado para la lucha contra los monopolios, tanto la teoría económica y evidencia empírica son consistentes con la conclusión de que una fusión puede dañar los incentivos para la innovación en determinadas circunstancias. Una revisión de las Directrices sobre concentraciones podría beneficiar a la comunidad de las leyes antimonopolio al describir las condiciones en que una fusión es más o menos propensa a aumentar las preocupaciones sobre el daño a la innovación.

Referencias

ARROW, Kenneth J. (1962), ‘Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions’, en R.R. Nelson (ed.), *The Rate and Direction of Economic Activity*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

AGHION, Philippe, N. BLOOM, R. BLUNDELL, R. GRIFFITH, and P. HOWITT (2005), ‘Competition and Innovation: An Inverted U Relationship’, *Quarterly Journal of Economics*, 120, pp. 701-728.

BOONE, Jan (2000), ‘Competitive Pressure: The Effects on Investments in Product and Process Innovation’, *RAND Journal Economics*, 31 (3), pp. 549-569.

BOONE, Jan (2001), ‘Intensity of Competition and the Incentive to Innovate’, *International Journal of Industrial Organization*, 19, pp. 705-726.

CHEN, Yongmin and M. SCHWARTZ (2009), ‘Product Innovation Incentives: Monopoly vs. Competition’, Georgetown University working paper.

GILBERT, Richard (2006), ‘Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition Innovation Debate?’, en A. Jaffe, J. Lerner, and S. Stern eds., *Innovation Policy and the Economy*, Volume 6 ed. Cambridge, MA: M.I.T. Press.

GILBERT, R. and D. NEWBERY (1982), ‘Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly’, *American Economic Review*, 72, pp. 514-526.

GREENSTEIN, S. and G. RAMEY (1998), 'Market Structure, Innovation, and Vertical Product Differentiation', *International Journal of Industrial Organization*, 16 (3), pp. 285-311.

JOSEPH A. SCHUMPETER (1942), *Capitalism, Socialism, and Democracy*, impreso en New York: Harper Colophon edition (1976).

PARISI, John J. (2009), 'A Simple Guide to the EC Merger Regulation,' January, available at www.ftc.gov/bc/international/docs/ECMergerRegSimpleGuide.pdf

RIDYARD, Derek (2004), 'The Commission's New Horizontal Merger Guidelines', *RBB Economics*, February.

RUBINFELD, D. L. and J. Hoven (2001), 'Innovation and Antitrust Enforcement', in Jerry Ellig, ed., *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, New York: Cambridge, pp. 65-94.

TIROLE, Jean (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MA: MIT Press.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (1992), 'Horizontal Merger Guidelines', available at www.justice.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html.

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (1995), *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, April 6, § 3.2.3.

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (1995), *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, April 6, § 4.3.

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (2000), *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*, April, § 4.3.