

INNOVACIÓN Y ANTITRUST: UNA RELACIÓN COMPLICADA

INNOVATION AND ANTITRUST: A COMPLICATED RELATIONSHIP

Richard Tepper Maturana*
Universidad Católica del Norte

It is generally considered that competition is normatively desirable due to its effects on the creation and distribution of economic resources. Nonetheless, determining its impact on the innovation rate is a highly complex issue.

This article analyses the most relevant aspects of that link and its consequences for competition law. In this regard, the author explores the literature on the relationship between innovation and competition, and appraises the issues created by innovation on antitrust's structuralist tradition and the setting of its substantive standards.

KEYWORDS: *Innovation; competition; market power; antitrust; Competition Law; Company.*

En general, se estima que la competencia es normativamente deseable debido a sus efectos en la creación y distribución de recursos. Sin embargo, su impacto en la tasa de innovación es una cuestión altamente compleja y debatida.

En el presente texto, el autor explora los lineamientos más relevantes de dicho asunto, así como sus consecuencias para el Derecho de la Competencia. En ese sentido, analiza la literatura económica sobre la relación innovación-competencia y reflexiona sobre los problemas que genera la innovación en el seno de la tradición estructuralista del antitrust y en la fijación de sus estándares sustantivos.

PALABRAS CLAVE: *Innovación; competencia; poder de mercado; antitrust; Derecho de la Competencia; empresa.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) y candidato a Doctor en Derecho (Ph.D.) por la Universidad de Edimburgo. Profesor auxiliar en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte (Antofagasta, Chile). Contacto: richard.tepper@ed.ac.uk.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 26 de septiembre de 2020, y aceptado el mismo el 30 de septiembre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

A. El Derecho *Antitrust* y los costos del poder de mercado

La interpretación del Derecho de la Competencia es una operación compleja. La fuente de esta dificultad es la ambigüedad con la que sus normas están redactadas. Aunque esa ambigüedad es necesaria, considerando que conductas externamente idénticas pueden ser pro o anticompetitivas dependiendo del contexto y la posición de las empresas involucradas, su consecuencia natural es la incerteza jurídica. En este sentido, la uniformidad en la actuación de las agencias y los tribunales es muy importante.

El desarrollo de criterios interpretativos uniformes es el motor de la historia del *antitrust*. Por ejemplo, el carácter equívoco de los términos más importantes de la *Sherman Act* es una preocupación que ya aparece en comentarios tempranos de su contenido (Dodd, 1893, p. 165). Sus normas, que incluían **toda** restricción de comercio y a **cualquier** persona que monopolizara, intentara monopolizar o conspirara para monopolizar alguna parte del comercio, eran evidentemente problemáticas. Una interpretación literal, en tal caso, podía sencillamente incluir todas las actividades empresariales dentro del ámbito de las prohibiciones. Al respecto, Dana indicó que era **imposible** predecir la forma en que los tribunales iban a interpretar la ley (1894, p. 355). La Corte Suprema, vacilante en los primeros años, comenzó a fijar la regla de la razón como estándar interpretativo general en *Standard Oil c. Estados Unidos* (1911). Con ello, el desarrollo de las reglas de competencia quedó principalmente en manos de los tribunales, característica institucional típica de los sistemas de libre competencia, incluso de aquellos que rigen en países de tradición jurídica continental.

El contexto histórico, ideológico y filosófico, además de los avances de la ciencia económica, han sido importantes en este proceso. Estos ingredientes le han dado complejidad a la evolución del Derecho de la Competencia. No obstante, el principal fundamento detrás de la elaboración progresiva de criterios interpretativos es una idea simple, esto es, que la competencia es normativamente deseable. Salvo contadas excepciones, el discurso dominante asume que más competencia siempre es algo bueno para la sociedad (Stucke & Ezrachi, 2020).

En parte, esto se debe a que la teoría económica es clara respecto a la mayoría de los efectos del poder de mercado. Una comparación entre los modelos de competencia perfecta y monopolio evidencia cómo el poder de mercado genera ineficiencias

en la asignación de recursos. Además, motivados por la posibilidad de obtener mayores ganancias, las empresas desperdician recursos intentando adquirir una posición monopólica, situación conocida como *rent-seeking* (Posner, 1975, p. 807). Adicionalmente, la falta de competencia tiene efectos al nivel de los costos de producción. Esto ocurre porque, por un lado, la presión competitiva limita la discrecionalidad de los administradores de las empresas, forzándolos a tomar decisiones que busquen maximizar las ganancias, en línea con los intereses de los accionistas. Por otro, la competencia puede funcionar como un mecanismo de selección evolutiva de las empresas más eficientes (Motta, 2004, pp. 46-51).

Además de generar pérdidas para la sociedad, el poder de mercado también afecta la forma en que los recursos son distribuidos dentro de ella. Mientras en un mercado perfectamente competitivo el bienestar de los consumidores se encuentra en el nivel teóricamente óptimo, el poder de mercado ejercido por la empresa genera que parte de estos excedentes sean transferidos a los productores. Debido a esto, la competencia también se relaciona con los estándares de justicia distributiva imperantes en la comunidad.

B. Poder de mercado y eficiencia dinámica

Las consideraciones anteriores constituyen argumentos normativos sólidos para que el sistema jurídico proteja la competencia. Sin embargo, el análisis se oscurece al introducir la **eficiencia dinámica**. Tanto la eficiencia en la asignación de los recursos como la eficiencia productiva son fenómenos de carácter estático, puesto que se refieren a un momento particular en el tiempo. Son fotografías de un instante. En cambio, la eficiencia dinámica se refiere al uso óptimo de los recursos a través del tiempo. Se trata de una película que nos muestra a la economía en movimiento. Considerando que existe un consenso amplio en que la sociedad gana más aumentando su nivel de tecnología que optimizando el uso de recursos a un nivel de tecnología constante (Hovenkamp, 2011, p. 751), la película es más importante que la fotografía. En esto deben enfocarse principalmente las sociedades para aumentar su nivel de bienestar económico.

La protagonista de la película es conocida. La **innovación** abarca la creación, comercialización y distribución de productos y procesos (Van Cleynenbreugel, 2018, p. 3). Por un lado, la **innovación de productos** se refiere a la alteración de un producto ya existente o la creación de uno nuevo. En cambio, la **innovación de procesos** incluye la disminución de costos en el proceso productivo de un bien que

no cambia (Kwoka, 2018, p. 15). Esta distinción es importante, considerando que estos tipos de innovación son afectados por distintas fuerzas (Gilbert, 2006, pp. 193-194). Además, como señalan Manne y Wright, la innovación puede referirse a cambios en la forma de hacer negocios (2010, pp. 168-169).

Asimismo, la innovación es la culminación de un proceso que consta de tres fases: (i) la investigación, que suma conocimiento científico; (ii) el desarrollo, que toma este conocimiento y lo hace operativo para su uso práctico en el mercado; y, (iii) la comercialización. De este proceso surge un producto nuevo y mejor valorado o un proceso de producción más barato que el previamente usado (Kwoka, 2018, p. 15). En ambos casos, la frontera de posibilidades de producción se mueve, lo que se denomina **progreso tecnológico**. Esto último no implica que toda innovación sea igualmente disruptiva. Por el contrario, algunas crean un mercado completamente nuevo, mientras que otras cambian la dinámica de un mercado ya existente (Van Cleynenbreugel, 2018, pp. 3-4).

Todo esto implica que la innovación puede ser muy importante en el proceso competitivo. Muchas empresas buscan crear nuevos productos o mejorar los que ya tienen en el mercado para adquirir una ventaja competitiva o ponerse a la par de un competidor. De forma similar, innovar en un proceso les puede permitir ofrecer precios más bajos y capturar una mayor cuota de mercado. Esta dinámica puede ser lo suficientemente dominante del proceso competitivo, al punto de que es posible aseverar que la innovación es el motor en algunos mercados. Es más, en ciertos casos, la innovación es la única forma de satisfacer las demandas de los consumidores (Marcos, 2018, p. 34). Un ejemplo de esto último es el mercado de teléfonos móviles. En esta circunstancia, la competencia se extiende más allá del precio y es llevada al campo de la inversión en innovación.

C. Objetivo de este artículo

Considerando las dificultades que rodean el nexo entre poder de mercado e innovación, además de la vasta literatura económica teórica y empírica existente, este artículo pretende explorar los lineamientos principales del asunto y sus consecuencias para la aplicación del Derecho de la Competencia. Para lo anterior, el segundo acápite revisa literatura fundamental sobre el problema, partiendo desde las líneas clásicas de Schumpeter y Arrow, para luego progresar al entendimiento contemporáneo del asunto. El tercer y cuarto acápite reflexionan

sobre los problemas generados por la innovación para la tradición estructuralista del *antitrust* y para la fijación de sus estándares sustantivos. El último acápite concluye.

II. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN COMPETENCIA – INNOVACIÓN

Es posible distinguir dos asuntos al relacionar competencia e innovación. Por un lado, hay mercados en los que la innovación es un ingrediente importante del proceso competitivo. Así, este es el ingrediente principal en algunos casos, como ocurre en la industria farmacéutica. Por otro lado, un problema diferente es si acaso la competencia incentiva la innovación de la misma forma en que promueve precios bajos o mejoras en la calidad de los productos. Esta última pregunta es el foco de esta sección.

Vale la pena mencionar que este artículo asume, en general, que la innovación es un fenómeno económico deseable y que, por ende, la inversión en innovación también lo es. Sin embargo, la literatura también ha establecido que hay ocasiones en que las empresas invierten en innovación más de lo socialmente deseable (Katz & Shelanski, 2005, p. 134). De esta forma, una reducción de los incentivos para innovar a través de una operación de concentración podría ser un evento positivo para el bienestar social¹. Sin embargo, esta no parece ser la situación habitual, por lo que este argumento no será analizado a profundidad.

A. Schumpeter c. Arrow

La relación entre la tasa de innovación y el nivel de competencia es uno de los asuntos más interesantes en la literatura sobre organización industrial. A propósito de la teoría schumpeteriana, examinada a continuación, Aghion y Tirole (1994, p. 1195) indicaron la relación entre las variables que presumiblemente afectan los incentivos para innovar y el *input* o el *output* de las actividades de investigación y desarrollo, el segundo set de hipótesis más testeadas en el área, solo después de los estudios inter-industria relacionados con el paradigma estructura-conducta-performance (en adelante, SCP). Tal nivel de interés puede haber sido influido por la existencia de dos líneas teóricas sobre el nivel de competencia y la intensidad de los incentivos para innovar que, en principio, parecen opuestas.

En general, el incentivo para innovar está compuesto por “la diferencia entre las ganancias que

¹ Al respecto, para mayor información, véase a Reinganum (1989, pp. 852-853).

una empresa puede obtener si invierte en investigación y desarrollo (R&D) en comparación a las ganancias que obtendría en caso de no hacerlo” (Gilbert, 2006, p.159). Al respecto, Joseph Schumpeter asoció un mayor incentivo para innovar con la existencia de monopolios, mientras que Kenneth Arrow lo relacionó con los mercados competitivos (1962, pp. 619 -622). Visto desde una perspectiva puramente estructural (que puede no ser un indicador real de la tensión competitiva existente en el mercado), para Schumpeter la innovación necesita **menos** competencia, mientras que para Arrow necesita **más**.

Por un lado, Schumpeter argumenta que los monopolios generan los incentivos y las mejores condiciones, tanto para emprender el proceso de innovación, como para disfrutar de sus resultados. En este sentido, las empresas invierten en investigación y desarrollo (en adelante, R&D) porque son atraídas por la idea de obtener o mantener un monopolio, esto es, la expectativa de alcanzar un nivel importante de poder de mercado es lo que mueve al empresario. Adicionalmente, los monopolistas están en mejores condiciones para financiar tal nivel de inversión, dado que es esperable que una empresa con un nivel relevante de poder de mercado tenga más fondos disponibles o pueda obtener mejores condiciones de financiamiento en el mercado. Finalmente, un monopolista tiene una mejor oportunidad de disfrutar las recompensas de un proceso de innovación exitoso. Así, debido a que las empresas pequeñas no tienen la reputación ni los recursos necesarios para emular las innovaciones creadas por las empresas dominantes, la probabilidad de que las ganancias se dirijan completamente a los bolsillos del monopolista es más alta que en la situación inversa.

Es interesante ver como la teoría de Schumpeter encaja en un contexto más amplio. Por un lado, cabe resaltar que este paradigma trasciende de la relación entre competencia e innovación, toda vez que es una concepción general sobre el proceso competitivo que constituye el arquetipo de competencia dinámica en la filosofía económica. En esto, no está solo. Por el contrario, el rechazo de la idea estática de competencia es un planteamiento extendido en la escuela económica austríaca y los economistas influenciados por ella. Por ejemplo, el propio Hayek consideraba que la competencia era, por naturaleza, un proceso dinámico (1948, p. 94).

Además, la teoría schumpeteriana formó parte de un movimiento más amplio contra el irreal modelo de competencia perfecta previamente dominante. En ese momento, Chamberlin (1933, pp. 65-68) y Robinson (1938, pp. 3-4) ya habían colocado en duda varios de los supuestos de la competencia

perfecta, introduciendo sus ideas sobre competencia monopolística y competencia imperfecta, respectivamente. Por otro lado, Clark argumentó que el modelo de competencia perfecta era un parámetro normativo dañino, proponiendo la alternativa de la competencia funcional también conocido como *workable competition* (1940, pp. 241-242). Este último sería consagrado explícitamente algunas décadas después por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en ese momento, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en *Metro I* (1977), aunque señale en el mismo sentido ya habían aparecido en *Société Technique Minière* (1966). Sin embargo, a diferencia de los paradigmas de competencia imperfecta, monopolística o funcional, la teoría schumpeteriana ve a la economía como un fenómeno esencialmente evolutivo y el carácter dinámico del proceso competitivo es una consecuencia natural de esto. Así, la competencia es un proceso en que las firmas innovan y adquieren altos niveles de poder de mercado, los que luego son destruidos por otro competidor que innova y adquiere poder de mercado para sí. Este proceso de destrucción creativa es el que genera progreso social en el largo plazo.

La teoría de Arrow sostiene, al menos en apariencia, lo opuesto. En su visión, los monopolistas tienen un menor incentivo que las empresas que participan en un mercado competitivo para innovar, debido a su interés financiero en mantener el *statu quo*. Considerando el poder que ya posee, el monopolista no tiene mucho que ganar invirtiendo sus recursos en innovación, pues, incluso si es exitoso en innovar, su cuota de mercado no va a crecer (o no lo hará significativamente). Esta limitación al incentivo de innovar es denominada como **efecto Arrow** o **efecto de reemplazo**, en virtud de que un monopolista que innova se está reemplazando a sí mismo (Tirole, 1988, p. 395).

B. ¿Entonces?

Ambas posturas presentan problemas que han sido descritos por Sidak y Teece (2009, pp. 587-589). Por un lado, la teoría schumpeteriana está basada en una visión anticuada del financiamiento empresarial. Así, Schumpeter asume lo siguiente: (i) que el mercado de capitales es ineficiente y ii) que la diferencia del flujo de recursos entre una empresa que compite y un monopolio es suficiente como para que solo la segunda pueda invertir en investigación y desarrollo. Sin embargo, si bien el mercado de capitales no es completamente eficiente, hay alternativas suficientes en él para que muchas empresas puedan acceder al financiamiento necesario para innovar, como el capital de riesgo. Por otro lado, incluso si la diferencia en el flujo de recursos entre ambos tipos de empresas

fuera alta, el invertir en innovación puede implicar gastos lo suficientemente altos como para no poder ser financiados solo a través de las ganancias monopólicas.

Adicionalmente, Schumpeter no toma en consideración que los esfuerzos en investigación y desarrollo pueden ser emprendidos en forma colaborativa entre dos o más empresas, posibilidad que aumenta el nivel de recursos disponibles para este fin. De la misma manera, tampoco toma en cuenta la existencia de empresas multiproducto, caso en que la estructura interna puede permitir que las ganancias generadas por alguno de los productos sea empleada en R&D en otra línea de la empresa.

Por otro lado, el modelo de Arrow no toma en cuenta el problema de la apropiabilidad, asumiendo un sistema de propiedad perfecto. Dicho de otro modo, no nota que parte del incentivo que el emprendedor tiene para innovar depende del nivel de protección legal que el sistema puede garantizarle, especialmente a través de los derechos de propiedad intelectual. Además, la influencia del modelo de negocios en el proceso de innovación tampoco es considerada (Winter, 2006, pp. 1102-1103). En este sentido, Arrow parece sencillamente asumir que “el productor y el inventor son la misma persona” (Sidak & Teece, 2009, p. 589).

Es posible proponer que la respuesta, entonces, no es Schumpeter o Arrow, sino que Schumpeter y Arrow. No existe incompatibilidad entre ambas propuestas si se les reconocen sus aportes y sus propios campos de acción. Durante las últimas décadas, modelos que incluyen interacciones estratégicas de dos o más períodos han complicado el panorama (Gilbert, 2020, pp. 55-76). Sin embargo, tres fuerzas derivadas de los modelos de Schumpeter y Arrow aparecen como lugares comunes en estas nuevas teorías. Estas son la apropiabilidad, el efecto de reemplazo y, además, el **incentivo a anticiparse**. El modelo de Arrow depende, en parte, de la existencia de barreras de entrada. Cuando el monopolio puede verse afectado por competencia proveniente desde fuera del mercado, puede tener incentivos a anticiparse a la competencia, siempre y cuando el innovar le conceda una ventaja significativa en el mercado (Gilbert, 2020, pp. 47-50). Como una aplicación especial de la idea de competencia potencial, este argumento es intuitivo para los interesados en la política de competencia.

En forma similar, Shapiro (2012, pp. 363-365) ha reconducido las teorías de Schumpeter y Arrow a tres principios guía:

- a) Contestabilidad, que se refiere al número de ventas que es posible ganar o proteger a tra-

vés de la innovación. El premio al innovador es determinado por el nivel de contestabilidad del mercado y, por ende, este afecta el incentivo para innovar.

- b) Apropiabilidad, que alude al grado en el cual la empresa que innova puede capturar los beneficios creados por su innovación. Depende fuertemente de la protección entregada por el sistema jurídico a la ventaja competitiva que la innovación genera, pues cuando esta protección es baja, la tasa de innovación disminuye.
- c) Sinergias, que se relacionan a la combinación de recursos complementarios que potencia la capacidad de innovación. Si son protegidas, la tasa de innovación aumenta.

Como se puede apreciar, el principio de contestabilidad se relaciona con el efecto Arrow y el incentivo a anticiparse a la innovación externa, mientras que la apropiabilidad constituye un principio *per se*. En ese sentido, la propuesta realizada líneas atrás es similar a la de Shapiro (2012), aunque esta última considera un elemento adicional, esto es, la forma en que los recursos que tiene la empresa o las empresas, en el caso de una operación de concentración o un acuerdo de colaboración, pueden fortalecer las capacidades usadas para innovar.

En una forma similarmente ambiciosa, Baker (2007, pp. 579-583) ofrece cuatro principios orientadores:

- a) La competencia por innovar (es decir, la competencia por desarrollar un producto o proceso en particular) fomenta la innovación.
- b) La competencia entre rivales en el mismo mercado impulsa a estas empresas a encontrar formas de disminuir sus costos, mejorar la calidad o desarrollar mejores productos.
- c) Las empresas que esperan enfrentar más competencia en el mercado de productos después de haber innovado tienen un menor incentivo para invertir en investigación y desarrollo.
- d) El incentivo para innovar aumenta cuando la innovación desincentiva la inversión en investigación y desarrollo por parte de los rivales potenciales (2007, pp. 579-583).

Esta propuesta añade como ingrediente la distinción explícita entre tipos de competencia; es decir, la competencia por innovar y competencia en el

mercado de productos. Además, recalca la diferencia entre el incentivo derivado de la competencia existente antes de la innovación y la esperada en caso de innovar exitosamente. Finalmente, la idea de que el incentivo para innovar aumenta cuando la inversión en R&D desincentiva la competencia potencial es una forma distinta de explicar el incentivo a anticiparse a la innovación externa.

Es posible añadir un punto adicional. Al revisar la literatura, Gilbert nota la importancia de la distinción entre la innovación de productos y la innovación de procesos (2006, pp. 165-178, 192-194). Sistematizando sus hallazgos, Kwoka (2018, pp. 17-18) indica que:

- a) El valor de una innovación de procesos depende fuertemente del nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual. Si esta protección es fuerte, el inventor puede asegurar para sí el retorno de la innovación a través de contratos de licencia. En el caso contrario, la posibilidad de que los rivales usen el mismo proceso sin pagar la compensación respectiva disminuye el incentivo de innovar.
- b) En cambio, la innovación de productos no se ve desincentivada por la existencia de más competidores. Por el contrario, la competencia puede empujar la innovación. La diferenciación otorga poder de mercado y, por ende, un bien diferenciado puede generar mayores ganancias para la empresa.

Así, tanto Schumpeter como Arrow aportan elementos para la comprensión contemporánea de la relación entre poder de mercado e innovación. Más aún, el dominio de las fuerzas recalculadas por uno o por otro depende de las circunstancias del caso, las que en parte importante se relacionan con las características de la industria analizada. Por ejemplo, Lemley (2012, pp. 641, 645) cree que las diferentes direcciones en que apuntan Schumpeter y Arrow se deben a distintas intuiciones sobre el nivel de recursos necesario para innovar. La competencia schumpeteriana considera que la innovación es una actividad que requiere una inversión significativa y que no culmina con la invención en sí, la que constituye sólo la primera parte de un largo y costoso proceso. En cambio, ésta cede su espacio a la teoría de Arrow cuando innovar no requiere gastos tan importantes. En este punto, cabe notar que el nivel de recursos invertidos puede depender de la complejidad de la invención o de características particulares de la industria como, por ejemplo, la existencia de externalidades de red y ventajas de primer movimiento (*first-mover advantages*).

Hecha esta salvedad, es necesario notar que la contraposición entre Schumpeter y Arrow se basa principalmente en factores estructurales. De esa manera, lo que se denomina más y menos competencia se trata, en realidad, muchas veces de industrias menos y más concentradas, respectivamente. Este aspecto no refleja necesariamente el nivel de rivalidad existente en el mercado. Por el contrario, expresa una visión estructural de la competencia que parece superada. Sin embargo, gran parte del problema es causado por las dificultades de observación y cuantificación contra las que la investigación ha tenido que luchar (Kwoka, 2018, pp. 15-16; Aghion & Griffith, 2005, pp. 21-23; Gilbert, 2020, pp. 108-112). Así, en vez de relacionar directamente la tasa de innovación con el nivel de competencia, la organización industrial ha tenido que limitarse principalmente a factores como los niveles de inversión en investigación y desarrollo, el número de patentes y los niveles de concentración en la industria.

En conclusión, es necesario evitar juicios categóricos en el asunto. Por ejemplo, no se ha demostrado que la concentración por sí misma sea un factor determinante importante de la tasa de innovación. Al contrario, parece ser que no existe una relación particularmente fuerte (Cohen & Levin, 1989, p. 1078; Cohen, 2010, pp. 154-157). De manera general, considerando lo controvertidos de la naturaleza del proceso de innovación y la generación de incentivos para emprenderlo, solo es posible hacer generalizaciones excesivamente amplias (Nicholas, 2011, p. 787). En el mismo sentido, debido a que las peculiaridades del proceso innovativo dependen en forma relevante de la industria en que ocurre, las conclusiones a las que lleguen académicos o agencias administrativas deben ser tomadas normalmente como específicas para el caso analizado (Lemley, 2012, pp. 648-651). En este contexto, formular políticas públicas y criterios legales es una tarea compleja. En particular, las próximas secciones considerarán algunas de las dificultades introducidas en el Derecho de la Competencia.

III. Innovación y la tradición estructural del Derecho de la Competencia

La tendencia de las últimas décadas en el Derecho de la Competencia es superar la ambigüedad de sus normas a través de interpretación teleológica basada en la protección del bienestar social y de los consumidores. El problema es que, si bien la innovación es la principal fuerza creadora de bienestar económico, su relación con la competencia no está clara. Como consecuencia, los órganos que conforman los sistemas de libre competencia no tienen una directriz normativa manifiesta. Esto puede generar dificultades importantes cuyo

análisis exhaustivo trasciende lo abordado en este artículo. Por lo tanto, esta sección y la siguiente se enfocarán en una selección de asuntos que, de cualquier manera, tienen consecuencias transversales en el Derecho de la Competencia.

Antes de la revolución impulsada por la Escuela de Chicago, el *antitrust* estuvo dominado por un fuerte grado de estructuralismo, asociado al paradigma económico estructura-conducta-performance². La fe de Chicago en la eficiencia productiva derivada de economías de escala y la teoría de los mercados contestables aminoraron esta característica, pero no la eliminaron. Así, si bien las consideraciones estructurales del Derecho de la Competencia hoy no parecen tan fuertes como antes, ellas han perdurado. Por ejemplo, las operaciones de concentración siguen siendo inicialmente evaluadas a través de los índices HHI, calculados a partir de las cuotas de mercado de las empresas.

Esto demuestra que uno de los principios que guían la política de competencia es que los mercados caracterizados por un gran número de competidores promueven el bienestar de los consumidores, o al menos lo hacen más que los mercados concentrados.

Esta visión es el resultado de ideas económicas excesivamente simplificadas. La evidencia empírica muestra que las consecuencias estructurales en la performance del mercado deben ser interpretadas con cuidado (Schmalensee, 1989, p. 1000). Los modelos teóricos tampoco son unánimes en este punto. Cuando el objetivo del Derecho de la Competencia es leído en clave de poder y no de bienestar, la preferencia *per se* por la desconcentración tiene más sentido, pero esto no parece ir en línea con el discurso oficial de las agencias de competencia.

El estructuralismo del *antitrust* es particularmente notorio en su metodología. Como es sabido, el primer paso en la gran mayoría de casos de libre competencia es la definición de un mercado relevante. A partir de dicha definición, se calculan las cuotas de mercado respectivas y de ellas se infieren efectos competitivos. Aunque la idea de mercado relevante recién aparece en forma clara a mediados del siglo XX, la idea de definir un área en la que calcular el nivel de control poseído por las empresas involucradas ya había surgido antes (Werden, 1992, pp. 125 -130). La lectura de la sentencia en el caso Alcoa (1945) no solo es una prueba de esto,

sino que también de la inclinación de los tribunales a obtener consecuencias jurídicas a partir de las cuotas de mercado (en tal caso, determinar la aplicación de la Sección 2 de la *Sherman Act*). Así, la definición de mercado relevante nació y se desarrolló de la mano de una preocupación estructural.

A su vez, el test del monopolista hipotético, marco conceptual aceptado hoy para delimitar mercados relevantes, está basado en la idea de que un mercado en el *antitrust* es un grupo de productos y un área geográfica en que una empresa con una cuota de mercado del cien por ciento (100%) es una empresa con poder monopólico (Werden, 2003, p. 254). De esta forma, la cuota de mercado es vista como un *proxy* del poder de mercado, que es la habilidad de la empresa para elevar el precio por sobre el nivel competitivo o causar daños análogos en otros parámetros competitivos como la calidad o las posibilidades de elección de los consumidores (Comisión Europea, 2009, apartados 9, 11; Comisión Europea, 2004, apartado 25).

Este marco analítico ha sufrido ataques académicos importantes durante los últimos años. La definición de mercado relevante ha sido calificada de contraproducente, imposible y arbitraria (Kaplow, 2010, p. 440; Markovits, 2014, p. 166). Adicionalmente, métodos directos de evaluación del poder de mercado han debilitado su rol en algunas circunstancias específicas. Un ejemplo de esto es el uso de razones de desvío para calcular la presión al alza en los precios en operaciones de concentración relativas a bienes diferenciados³.

En cuanto a las cuotas de mercado, su cálculo nunca ha sido simple incluso cuando el mercado relevante ya está definido⁴. Más allá de esta dificultad práctica, es notorio un cierto consenso en que ellas deben ser interpretadas con precaución y deben estar vinculadas a una teoría coherente de los efectos competitivos que, además, debe estar fundada en los hechos del caso. Esto implica que debe existir una teoría clara sobre la forma en que las cuotas de mercado y el nivel de concentración afectarán las condiciones competitivas del mercado, idea que ha sido aceptada por las agencias de competencia. Un ejemplo de esto se encuentra en las prioridades de la Comisión Europea en la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, norma que prohíbe el abuso de posición dominante (Comisión Europea, 2009). Sin embargo, también ha habido ataques más agresivos a su uso

² Véase, por ejemplo, Bain (1968).

³ Al respecto, para mayor información, véase a Farrell y Shapiro (2010).

⁴ Revisar las dificultades expuestas por Werden (2002).

en el último tiempo. Por ejemplo, Kaplow (2011, pp. 252-258) argumenta que usarlas como *proxy* del poder de mercado es sencillamente un error lógico. El poder de mercado y la cuota de mercado son categorías distintas. Aunque la segunda puede influenciar al primero, la correlación entre ambos es **ruidosa** (Kaplow, 2011, p. 244).

Finalmente, la reevaluación de este esquema alcanzó la idea de poder de mercado en sí. Kaplow (2017, p. 1305) argumenta convincentemente que el poder de mercado, pese a ser un concepto principal en el Derecho de la Competencia, es una noción subdesarrollada desde el punto de vista teórico. El Derecho de la Competencia, pese a ocupar el poder de mercado como principal elemento determinante de la aplicación de las reglas de competencia, mantiene la noción subdesarrollada desde un punto de vista teórico. Asimismo, Markovits expone inconsistencias en la aplicación práctica de la idea en casos de predación, crítica que ha sido extendida a otras formas de exclusión (Harrison, 2016, pp. 157-161).

Esta metodología tradicional entra definitivamente en crisis cada vez que la innovación es introducida en la ecuación, pues la relación entre el nivel de concentración de un mercado y el bienestar del consumidor es mucho más débil cuando el nivel de tecnología no es constante (Katz & Shelanski, 2005, pp. 137-139). Además, esto puede apreciarse en varios asuntos distintos.

Un primer factor es que las consideraciones estructurales son un *proxy* deficiente para el nivel de apropiabilidad de una invención. Pese a que Schumpeter creía que los monopolios tenían una mejor posición para apropiarse de las recompensas de la innovación, la evidencia muestra que las cuotas de mercado en verdad no proporcionan mucha información sobre esto. Por el contrario, los factores que tienen más relevancia en este asunto son el nivel de eficacia de los derechos de propiedad intelectual y otros mecanismos de protección legal, la naturaleza del conocimiento creado en el proceso; y la propiedad de recursos que complementan la innovación (Teece, 1986, pp. 286-290). Estas consideraciones no son reflejadas por las cuotas de mercado.

Además, la innovación es un elemento desestabilizador de la estructura del mercado. En general, las cuotas de mercado calculadas en el presente no indican necesariamente cómo será la estructura del mercado en el futuro y, por supuesto, menos aún los niveles de poder de mercado. De cualquier forma, el uso de cuotas de mercado podría aún ser defendido en mercados estables. Sin embargo, la innovación es un elemento altamente

desestabilizador que hace que la estructura futura del mercado sea difícil de predecir. Pese a las deficiencias de la idea de Schumpeter, hay mercados que desarrollan un modelo de competencia similar a su propuesta (mercados *winner-takes-all* o *winner-takes-most*). En estos casos de competencia schumpeteriana, las empresas compiten no **en el mercado**, sino **que por el mercado**. En esta lucha por dominar, una cuota de mercado alta hoy podría significar poco tras la introducción del siguiente producto (Katz & Shelanski, 2005, p. 129). Esto es destrucción creativa.

Por otro lado, tanto Schumpeter como Arrow parten sobre la base de que es la estructura la que afecta la innovación, pero hay evidencia que apunta a que la direccionalidad de la relación es la inversa. Sidak y Teece proponen que los factores exógenos afectan de manera importante la estructura del mercado (2009, pp. 596-598). Por un lado, las oportunidades tecnológicas tienen una influencia importante, pues son los avances en la ciencia y la tecnología los que generan posibilidades de innovar en forma rentable (Scherer & Ross, 1990, p. 645). Sin embargo, el origen de estos desarrollos es normalmente exógeno, como en el caso del financiamiento externo de la investigación o de innovaciones desarrolladas en otros mercados geográficos. Cómo y por qué las empresas aprovechan tales oportunidades, no es una idea aún bien desarrollada por la teoría económica. Ahora bien, tal como fue indicado en la sección anterior, es apropiado aseverar que la tasa de innovación depende de varios factores. De hecho, la relación entre la tasa de concentración y la de innovación parece ser débil.

A estos problemas sustantivos, se suma uno práctico: es sencillamente muy difícil definir el mercado relevante en presencia de altos niveles de innovación. Debido a que un mercado relevante intenta capturar aquellos bienes que compiten con aquel que es producido por la empresa bajo escrutinio, su demarcación está basada en determinar qué bienes pueden ser considerados sustitutos a ojos de los consumidores. Sin embargo, en estos casos la competencia normalmente vendrá de bienes o procesos que aún no están en el mercado. Esto puede complicar, particularmente, el análisis predictivo de las autoridades al controlar una fusión. De manera similar, en muchas ocasiones ni siquiera los ejecutivos de las empresas tienen una idea clara de cómo evolucionará la situación competitiva. Además, los mercados con altos niveles de innovación tienden a presentar dificultades adicionales. Por ejemplo, muchos de ellos son mercados de varios lados (Marcos, 2018, p. 42) o de un alto grado de diferenciación. Por ende, la idea de mercado relevante es poco apropiada en estos casos.

Lo anterior implica que el *antitrust* debe superar la fijación estructural e incluir factores que sean más determinantes en el desarrollo de la innovación en el mercado. En este sentido, la necesidad de acentuar la búsqueda de barreras de entrada es intuitiva. Si bien la innovación puede generar constantes desequilibrios en el nivel de poder de mercado, para esto es necesario que no existan barreras de entrada. Además, la literatura muestra que las empresas son más productivas e innovadoras en ausencia de barreras de entrada de carácter regulatorio (Holmes & Schmitz, 2010, pp. 636-638). De forma similar, el análisis sobre competencia potencial se hace mucho más importante. De todas formas, estas evaluaciones no son extrañas al Derecho de la Competencia y su énfasis no debiera implicar complejidades adicionales.

Una idea más novedosa es la de evaluar la situación competitiva según las capacidades que tienen las empresas para innovar, las que están influidas por su estrategia, su estructura organizativa y las decisiones tomadas en el pasado (Sidak & Teece, 2009, pp. 607-611). El análisis de estos factores internos relacionados con la innovación está bastante menos desarrollado que la visión estructural. Sin embargo, es un camino atractivo de explorar, pues las capacidades de innovar son bastante más estables que la posición competitiva de la empresa en un momento particular en el mercado de productos y, además, este enfoque podría ser apto para detectar competidores potenciales. Esto implicaría, en un primer momento, entender qué es lo que se necesita para innovar en una industria particular, para luego examinar a las empresas y determinar cuáles de ellas tienen desarrolladas estas capacidades en forma relevante. La premisa basal de un examen de esas características es que la comprensión del proceso de innovación requiere mirar en dirección de los posibles innovadores, pues la identidad del que innova puede influir en las formas en que el conocimiento es creado e introducido en el mercado (Nicholas, 2011, pp. 799-802).

IV. INNOVACIÓN Y LOS TESTS SUSTANTIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A. La diversidad de propuestas académicas

Las propuestas académicas sobre la dirección que el Derecho de la Competencia debiera adoptar en materia de innovación son variadas. Esto es natural considerando la naturaleza controversial del

asunto, las diferentes sensibilidades ideológicas de los autores y las consecuencias institucionales que la introducción de criterios legales basados en la innovación puede tener. El primero de estos asuntos fue examinado en las secciones anteriores, mientras que los otros dos son examinados en las siguientes subsecciones.

Van Cleynenbreugel (2018, pp. 7-10) propone clasificar estas propuestas a través de dos ejes:

- a) Distinguiendo si la innovación es vista como un valor exógeno o endógeno. En el primer caso, el Derecho de la Competencia debe seguir enfocándose en la competencia en sí, viendo a la innovación como su consecuencia. En este caso, la innovación no puede ser invocada como una justificación independiente para la intervención del *antitrust*. Por el contrario, si la innovación es un valor endógeno, las autoridades pueden y deben tomarla en consideración directamente para determinar el carácter pro o anticompetitivo de un comportamiento o concentración. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el control de operaciones de concentración en el sistema de la Unión Europea, donde el criterio del “impedimento significativo a la competencia efectiva” parece expresarse en algunos casos como un “impedimento significativo a la competencia en innovación” (Petit, 2019, pp. 878-881).
- b) Distinguiendo si las propuestas particulares se refieren a los efectos positivos o negativos de la innovación. Más allá del carácter generalmente positivo de la innovación, hay casos en que ésta facilita la ejecución de acciones anticompetitivas. Ejemplos de esto son los problemas generados por el *big data*⁵, la competencia algorítmica⁶ y la innovación predatoria⁷.

Una demostración rápida de cómo la innovación puede afectar el pensamiento tradicional en el *antitrust* es la propuesta de Wu (2012). Al menos desde la revolución impulsada por Chicago, el foco del Derecho de la Competencia ha estado puesto en los cárteles, ya que estos constituyen un ejercicio obvio de poder de mercado por parte de un grupo de empresas y difícilmente pueden tener una justificación competitiva. Manteniendo la visión estática de la competencia, es evidente que un cártel es

⁵ Véase, para mayor información, a Grunes y Stucke (2016).

⁶ Véase, para mayor información, a Ezrachi y Stucke (2016).

⁷ Véase, para mayor información, a Schrepel (2018).

el ilícito anticompetitivo más grave. No obstante, Tim Wu propone invertir las prioridades.

En primer lugar, trae al debate la distinción entre innovación interna y externa. La **innovación interna** es la realizada por una empresa que ya está en el mercado, mientras que la **innovación externa** consiste en la introducción de un nuevo producto desarrollado por una empresa que está fuera del mercado. Esta última tiene mayor importancia porque es más probable que la innovación realmente disruptiva provenga desde fuera del mercado y porque la innovación interna también es incentivada por los retos externos (2012, pp. 317-318). Esto refuerza, como fue explicado anteriormente, la necesidad de poner atención en la existencia de barreras de entrada.

A partir de lo anterior, Wu argumenta que el *antitrust* debiera enfocarse en proteger la innovación externa de las conductas excluyentes del mercado. Las empresas incumbentes tienen dos alternativas frente a la amenaza de innovadores externos, invertir en innovación o invertir en exclusión (2012, p. 319). Considerando que una empresa que decide en forma económicamente racional elige la alternativa que es más barata, el Derecho de la Competencia debe ser aplicado en forma tal que la exclusión sea vista como la opción más cara. Esto implica que deben aumentar las sanciones o las posibilidades de ser sancionado.

A su vez, esto es moderado por el compromiso a respetar las recompensas producto de la innovación. Este compromiso debe ser creíble, pero también debe limitarse a lo estrictamente necesario para mantener el incentivo a innovar, considerando el riesgo que conlleva para mantener el mercado abierto a la competencia. Este equilibrio puede ser alcanzado a través de una política de **madurez** (2012, p. 327), que reserve la intervención para aquellos casos en que la dominancia ha alcanzado cierto grado de estabilidad y la evidencia del carácter anticompetitivo de la conducta es fuerte. El requisito de madurez permite respetar las ganancias como la recompensa del proceso de innovación, así como tomar en consideración que las empresas recientemente dominantes usualmente demoran un tiempo en aprender a excluir a sus competidores.

B. Innovación, competencia e ideología

Como ha sido explicado, introducir la innovación en el razonamiento del Derecho de la Competencia ocasiona que sus directrices normativas pierdan claridad. A consecuencia de lo anterior, existe más espacio para que las autoridades de competencia puedan inmiscuir su visión personal en las

decisiones adoptadas. Por un lado, siempre existe el riesgo de que las decisiones que determinan las prioridades de *enforcement* y la severidad del *antitrust* no sean tomadas en virtud del interés general; sino en atención a los intereses personales de las autoridades (Schrepel, 2020, pp. 334-339). Además, la parcialidad de las autoridades puede también surgir de un motivo algo más decoroso: sus prejuicios ideológicos.

El *antitrust* no es neutro pues, como un orden legal creado específicamente para resguardar a los agentes de mercado del poder de otros, protege al capitalismo de los capitalistas. En esta línea, no es una exageración decir que el Derecho de la Competencia es una declaración ideológica en sí. Es, en otras palabras, una consagración jurídica de la economía de mercado, pero al mismo tiempo una afirmación de la acción regulatoria estatal dirigida a mantener la competitividad, rivalidad y apertura de los mercados.

La proclamación ideológica que el Derecho de la Competencia constituye no es lo suficientemente precisa para determinar cómo aplicar sus normas. Al contrario, diferentes perspectivas políticas son admitidas dentro de ella, lo que genera el riesgo de interpretaciones contradictorias. Sin embargo, el *antitrust* ha sido objetivado asignándole en él un lugar especial a la economía (especialmente al área de la organización industrial) e interpretando sus normas en vistas a proteger el bienestar de los consumidores. De todas formas, el análisis a veces no genera la certeza suficiente sobre los efectos de la conducta, debido a la falta de información y la imposibilidad de medir todas las variables involucradas (Lao, 2014, pp. 654-655). Esto provoca que ciertos casos sean más proclives a ser decididos por los instintos ideológicos de los analistas, autoridades y jueces.

Ciertamente, los prejuicios ideológicos pueden constituir razones importantes para que los operadores jurídicos decidan un caso en cierto sentido. Conservadores pueden inclinarse a confiar en la capacidad del mercado para romper el poder monopólico a través de la destrucción creativa schumpeteriana. Socioliberales, por su parte, pueden verse más inclinados por la visión de Arrow y favorecer la intervención de la autoridad para mantener la apertura del mercado. Asimismo, la influencia de nuestros instintos ideológicos puede afectar la confianza que tenemos en la intervención del sistema en general. Dependiendo de la ubicación ideológica de quienes las plantean, las propuestas académicas se mueven entre el abstencionismo y el intervencionismo. Por ejemplo, basados en que los falsos positivos son más costosos que los falsos negativos, Manne y Wright (2010) tienen una

postura substantivamente abstencionista. Según argumentan, la falta de una teoría general sobre la innovación no permite determinar con cierto nivel de confianza la política a seguir en estos casos, por lo que el *antitrust* debiera ser humilde y cauteloso (2010, p. 193). Además, debido al efecto de la innovación en el crecimiento económico, los riesgos de los falsos positivos son aún más altos en estos casos (2010, p. 195). Sin embargo, es evidente que asumir que los falsos positivos son más costosos que los falsos negativos es, también, un juicio ideológico basado en la confianza en la acción correctora del mercado y la desconfianza en la intervención estatal.

Hovenkamp tiene una postura más equilibrada teóricamente, pero de similares consecuencias prácticas. Debido al rol crítico de la innovación en la tasa de crecimiento económico, el autor argumenta que las restricciones a la innovación son más dañinas que las restricciones anticompetitivas comunes (2011, pp. 751-752). Es decir, a partir de la misma base, arriba a una conclusión opuesta a la de Manne y Wright: ya que la innovación genera más bienestar, es aún más importante de la conducta que podría afectarla. Es necesario notar además que, siguiendo a Aghion *et al.* (2005), Hovenkamp cree que la relación entre innovación y competencia puede ser descrita como una “U invertida”, esto es, que la estructura de mercado ideal para elevar la tasa de innovación es aquella con un nivel de concentración moderado (Hovenkamp, 2012, p. 802; Motta, 2004, p. 57). De esta forma, la postura de Hovenkamp es, en principio, menos abstencionista que la de Manne y Wright. Sin embargo, según argumenta, la política de competencia está limitada por motivos de carácter administrativo (Hovenkamp, 2007, pp. 255-256). Primero, por las dificultades que tienen los tribunales en prever los efectos de las prácticas comerciales en la tasa de innovación. Si en la práctica ha quedado demostrado lo difícil que es evaluar incluso los efectos inmediatos de las prácticas empresariales, predecirlos es prácticamente imposible. Segundo, porque la cuantificación de los impactos en la innovación es más dificultosa que observar desviaciones en el precio. Como consecuencia, incluso si un *antitrust* más intervencionista en casos de conductas que puedan afectar la innovación podría entregar considerables ganancias a la sociedad, construir esa política puede ser una tarea imposible.

Por otra parte, Baker nos recuerda que el *antitrust* no es un “intensificador de la competencia con propósito general” (2007, p. 589), por lo que el foco debe estar en aquellas industrias y conductas en que se pueda promover la innovación a

través de las reglas de competencia. En particular, propone concentrar los esfuerzos en tres tipos de industrias, estas son: (i) mercados *winner-take-all* o *winner-take-most*; (ii) industrias en que los desarrollos regulatorios o técnicos determinan la competencia futura; y, (iii) industrias de crecimiento rápido (2007, pp. 593-598). En cuanto a las conductas, distingue dos áreas diferentes. En primer lugar, las conductas en las que el *antitrust* debe enfocarse para evitar restricciones en la innovación son las siguientes: (i) acuerdos injustificados que limiten los esfuerzos en R&D; (ii) operaciones de concentración que reducen el número de innovadores potenciales y que no crean eficiencias en materia de innovación; (iii) conductas que elevan los costos de transacción para fijar estándares tecnológicos comunes; y, (iv) restricciones en mercados tecnológicos (pp. 592 -593). Segundo, para promover la innovación en el mercado de productos, el Derecho de la Competencia debe enfocarse en: (i) acuerdos horizontales desnudos; (ii) acuerdos que faciliten la coordinación sin una justificación plausible; y, (iii) operaciones de concentración horizontales que puedan reducir la competencia en el mercado de productos (pp. 599-600).

La propuesta de Baker revela un importante grado de confianza en la competencia como impulsora de la innovación. Sus conclusiones derivan, en parte, de cierta incredulidad respecto a la supuesta relación de U invertida entre competencia e innovación. Tal escepticismo tiene una base fundada, pues los estudios en los que la U invertida se apoya han sido cuestionados por problemas metodológicos, principalmente relacionados con lo dificultoso de aislar el efecto de la competencia en el desarrollo del mercado (Baker, 2007, pp. 584 -586; Shapiro, 2012, pp. 373-374).

Los párrafos anteriores demuestran que, “para gustos, colores”. La evidencia existente no es concluyente y, por ende, permite que la ideología perme la propuesta de los autores en una forma evidente. Esto no es, por cierto, un argumento para excluir la economía de estos casos. Por el contrario, es un llamado de atención: cuando se trata de innovación en el Derecho de la Competencia, las conclusiones de los especialistas están más distantes de lo habitual de la neutralidad ideológica.

C. Eligiendo un modelo económico aplicable

En general, los casos de libre competencia están caracterizados por problemas de información incompleta. Jueces y autoridades se ven enfrentados entonces al problema de elegir modelos económicos para interpretar los datos con los que sí cuentan y, de esta forma, sustentar una teoría sobre el

supuesto daño competitivo. Este es el problema de la selección de modelo (Wright, 2012).

Debido a los asuntos ya descritos en este artículo, este problema es más difícil de resolver en los casos relacionados con innovación. La respuesta que finalmente se dé dependerá de variadas consideraciones. Por un lado, como ya se ha explicado en la subsección anterior, un motivo de importancia detrás de la elección podría ser la ideología de los operadores del sistema. Otros factores significativos pueden ser los intereses personales de las autoridades, su nivel técnico, la cantidad de recursos y la disponibilidad de información.

Wright argumenta que existen pocos mecanismos institucionales que obliguen a las agencias y tribunales a elegir el modelo más apoyado por la evidencia empírica para analizar el caso al que se enfrentan (2012, p. 256). Esto es lamentable, considerando que es deseable comenzar con el mejor análisis económico disponible y que “a través de la elección astuta de supuestos, cualquier estructura de mercado podría tener cualidades superiores para la innovación” (Scherer & Ross, 1990, p. 642).

Las respuestas que Wright entrega son dos. Por un lado, el sistema debe asumir un compromiso con el fortalecimiento del nivel técnico de los agentes involucrados (2012, pp. 264-267). Por otro, existen tres reglas metodológicas que debieran quedar reflejadas en la construcción institucional del sistema de libre competencia (2012, p. 263). Primero, el sistema debe comprometerse a elegir las teorías económicas más apropiadas para predecir el impacto de la práctica particular en la competencia. Segundo, tales teorías deben ser identificadas a partir de la evidencia empírica disponible. Finalmente, el sistema debe aplicar las herramientas de la teoría decisional (*decision theory*) para minimizar los costos de las decisiones erróneas. La teoría decisional se refiere a una metodología usada en marcos de información imperfecta que racionaliza, básicamente, las condiciones en que los agentes deben seguir recabando información para tomar sus decisiones o, por el contrario, simplemente adoptarlas (Beckner & Salop, 1999, pp. 41-42).

Los puntos de Wright son sensatos, al menos desde la óptica de un Derecho de la Competencia comprometido con una aproximación económica. Sin embargo, ellos no deben ser vistos como una solución definitiva, pues las dudas que dejan planteadas no tienen respuestas precisas. ¿Cómo determinar cuál es el modelo más apoyado por la evidencia disponible? ¿Cómo determinar cuándo es apropiado, en un caso específico, no seguir recabando información? Estos son asuntos que, en definitiva, dependen de los equilibrios institucionales

dentro del sistema. Dicho de otra forma, dependerán de los mecanismos de control y contrapeso que existan dentro de ellos, como, por ejemplo, el nivel de deferencia judicial hacia la autoridad o el estándar probatorio aplicable.

D. Construyendo estándares normativos sustantivos: ¿valor exógeno o endógeno?

Un dilema final se refiere a la forma de inclusión de las consideraciones sobre innovación en el Derecho de la Competencia. ¿Deben incluirse en forma directa o indirecta? ¿Deben ser incluidas en absoluto? La respuesta es un asunto complejo, puesto que el *antitrust* está compuesto por normas ambiguas que necesitan de patrones reconocibles y uniformes a través del tiempo para cumplir con un estándar aceptable de certeza jurídica para los agentes de mercado.

Ibáñez Colomo ha analizado la introducción de la idea de innovación en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea (2016, pp. 203-214). Por un lado, la Comisión Europea ha ocupado la innovación como criterio en **forma indirecta**, interviniendo debido a la reducción de competencia, pero relacionando esta con la afectación de los incentivos y la capacidad de innovación. En otras ocasiones la innovación ha sido introducida **directamente** en la teoría del daño, oportunidades en que la intervención es justificada en que la innovación ha sido dañada. Esto último ocurrió, por ejemplo, en el caso *Microsoft* (2007). El problema, como demostró la decisión del Tribunal General, es que fundar la aplicación de las reglas de competencia en la afectación de la tasa de innovación puede provocar cambios en los requisitos considerados necesarios para activar la prohibición. En esta línea, exigir un daño a la innovación y no a la competencia genera incertidumbre y abre un mayor espacio a la arbitrariedad. En particular, el autor (2016, pp. 214-216, 217-218) menciona dos asuntos que se ven afectados: el estándar probatorio y la discrecionalidad administrativa.

En cuanto al estándar probatorio aplicable, el Derecho de la Competencia de la Unión Europea no es claro. Los tratados europeos no contienen normas expresas sobre el asunto, así como tampoco lo hacen las regulaciones. Por su parte, los tribunales europeos se han limitado a declarar si las partes cumplen o no con el estándar probatorio requerido legalmente, pero no especifican cuál. No obstante lo anterior, de existir un estándar probatorio preciso, sería difícil afirmar si aquel fue cumplido o no por las partes en los casos en que la teoría del caso se base en la existencia de un daño a la tasa de innovación. En estos casos, los tribunales tendrían dos alternativas: rechazar las alegaciones fundadas puramente en este daño directo parali-

zando parcialmente el *enforcement*, o relajar sus estándares probatorios, dejando a las partes acusadas en indefensión.

El asunto también es complicado desde la óptica de la discrecionalidad administrativa. El tamaño real del problema para el sistema de libre competencia de una jurisdicción en particular depende del diseño institucional en su totalidad. En el Derecho de la Unión Europea, el dilema es importante. La Comisión Europea posee amplios poderes como la agencia de competencia al nivel de la Unión, los que incluyen la adopción de decisiones. Así, se trata de un organismo administrativo que tanto investiga como juzga. Además, los tribunales no ejercen una revisión judicial intensa en todos los asuntos, puesto que hay materias en que esta tiene un carácter limitado. Un ejemplo de esto son las denominadas “evaluaciones económicas complejas”. En materias como la definición de mercado relevante, la Comisión tiene que cometer un error manifiesto para que el Tribunal General anule la decisión. Para el caso de controlar teorías del daño basadas puramente en la afectación de la capacidad y los incentivos para innovar, el asunto es ligeramente distinto. Aunque en la determinación del Derecho aplicable, la revisión judicial es completa *de iure* (y la determinación de estándares sustantivos se encuentra ciertamente en esta área), la introducción de la innovación puede disminuir la intensidad de *control de facto*. Esto ocurre porque es difícil tener estándares operativos contra los que comparar la realidad de los casos. Dicho de otra manera, el problema no es que las cortes se hayan abstenido de controlar a la Comisión, sino que es muy dificultoso hacerlo.

En consecuencia, aunque es cierto que la innovación es más importante para el crecimiento que la competencia estática y, por ende, las restricciones competitivas que afectan la innovación normalmente serán más dañinas que las conductas anticompetitivas tradicionales, parece sensato no permitir teorías del daño que estén basadas solo en consideraciones sobre innovación. En caso contrario, existe el riesgo de que la incerteza aumente a un nivel intolerable para los regímenes jurídicos que pretenden cumplir con estándares mínimos de justicia y respeto a los derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES

Ginsburg y Wright aseveran que “no importa qué tan sofisticado es el análisis ni el nivel de confianza que tengan las predicciones, el futuro siempre será más incierto que el presente” (2012, pp. 14-15). Esta incerteza es aún mayor cuando se trata de predecir algo que ni siquiera es comprendido del todo, como la innovación. Si bien ésta puede ser el

elemento más importante del progreso económico de las sociedades a largo plazo, su interacción con el nivel de competencia no ha sido acarada completamente y esta incertidumbre afecta el análisis realizado por el Derecho de la Competencia.

De todas formas, es posible enfocarse en ciertas fuerzas y principios claves que permiten ordenar el análisis en casos particulares: apropiabilidad, efecto de reemplazo, incentivo a anticipar una innovación externa y sinergias. Adicionalmente, es sensato realizar las distinciones correspondientes entre incentivos pre-innovación, incentivos post-innovación, competencia por innovar y competencia en el mercado de productos.

En cuanto a los problemas, la innovación hace poco apta la metodología tradicional de análisis del *antitrust*, basada en el uso de cuotas de mercado calculadas a partir de la definición del mercado relevante. En este panorama, es sensato buscar alternativas, como el estudio de las capacidades internas que permiten a las empresas convertirse en innovadores. Asimismo, las incertezas creadas por la innovación hacen al *antitrust* más permeable que de costumbre a consideraciones ideológicas, lo que afecta las propuestas doctrinales y la elección de modelos económicos en los que sustentar las teorías del daño defendidas por las agencias de competencia. Estas complicaciones se extienden también a factores sustantivos e institucionales. La introducción de la innovación en el razonamiento del *antitrust* genera dudas en torno a los requisitos exigidos por los tribunales para aplicar las prohibiciones respectivas o para controlar las operaciones de concentración en que ella sea un factor relevante. Adicionalmente, esto puede imponer retos a la estructura institucional del Derecho de la Competencia, los que deben ser resueltos en forma tal que ni el *enforcement* sea paralizado ni los derechos de defensa de las partes sean afectados.

De esta manera, la innovación es probablemente el mayor desafío que enfrenta el Derecho de la Competencia en la actualidad. Las agencias y los tribunales quedan día a día más expuestos a decidir casos que pueden afectarla sustancialmente y, en mayor o menor medida, sus decisiones son apuestas que seguirán dando forma a esta área del Derecho. En este proceso es deseable que los agentes sepan, al menos, las complicaciones y la importancia de lo que se están jugando. 📌

REFERENCIAS

Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R., & Howitt, P. (2005). Competition and innovation: an inverted-u relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, 120(2), 701-728.

- Aghion, P., & Griffith, R. (2005). *Competition and growth: Reconciling theory and evidence*. The MIT Press.
- Aghion, P., & Tirole, J. (1994). The management of innovation. *The Quarterly Journal of Economics*, 109(4), 1185-1209.
- Arrow, K. (1962). Economic welfare and the allocation of resources for invention. En Universities National Bureau Committee for Economic Research and the Committee on Economic Growth of the Social Science Research Councils, *The rate and direction of inventive activity: economic and social factors* (pp. 609-626). Princeton University Press.
- Bain, J. S. (1968). *Industrial Organization* (2nd Ed.). Wiley & Sons.
- Baker, J. B. (2007). Beyond Schumpeter v. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, 74(3), 575-602.
- Beckner, C. F., & Salop, S. C. (1999). Decision theory and antitrust rules. *Antitrust Law Journal*, 67(1), 41-76.
- Chamberlin, E. (1933). *The theory of monopolistic competition*. Harvard University Press.
- Clark, J. M. (1940). Toward a concept of workable competition. *The American Economic Review*, 30(2), 241-256.
- Cohen, W. M. (2010). Fifty years of empirical studies of innovative activity and performance. En Hall, B. H., & Rosenberg, N. (Eds.), *Handbook of Economics of Innovation* (pp. 129-213), Elsevier.
- Cohen, W. M., & Levin, R. (1989). Empirical studies of innovation and market structure. En Schmalensee, R., & Willig, R. (Eds.) *Handbook of Industrial Organization* (pp. 1059-1107), Elsevier.
- Dana, W. F. (1894). "Monopoly" under the National Anti-trust Act, *Harvard Law Review*, 7(6), 338-355.
- Devlin, A., & Jacobs, M. (2012). Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal*, 27(1), 1-53.
- Dodd, S. C. T. (1893). The present legal status of trusts. *Harvard Law Review*, 7(3), 157-169.
- Easterbrook, F. H. (1984). The limits of antitrust. *Texas Law Review*, 63(1), 1-40.
- Ezrachi, A., & Stucke, M. E. (2016). *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Harvard University Press.
- Farrell, J., & Shapiro, C. (2010). Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition. *The BE Journal of Theoretical Economic*, 10(1).
- Gilbert, R. (2006). Looking for Mr. Schumpeter: Where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, (6), 159-215.
- (2020) *Innovation matters: Competition policy for the high-technology economy*. The MIT Press.
- Ginsburg, D. H., & Wright, J. D. (2012). Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, 78(1), 1-21.
- Grunes, A. P., & Stucke, M. E. (2016). *Big data and competition policy*. Oxford University Press.
- Harrison, J. L. (2016). Comments on Richard Markovits's claim that the requirement of possession of pre or post market power is unnecessary in monopolization and attempt to monopolize cases and a proposed second-best reconciliation of the per se and conventional approaches to dangerous probability. *The Antitrust Bulletin*, 61(1), 155-166.
- Hayek, F. A. (1948). *Individualism and economic order*. University of Chicago Press.
- Holmes, T. & Schmitz, J. (2010). Competition and productivity: a review of evidence. *Annual Review of Economics*, (2), 619-642.
- Hovenkamp, H. J. (2007). Restraints on innovation. *Cardozo Law Review*, 29(1), 247-260.
- (2011). Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, 77(3), 749-756.
- (2012). Competition for innovation. *Columbia Business Law Review*, (3), 799-833.
- Ibáñez Colomo, P. (2016). Restrictions on innovation in EU competition law. *European Law Review*, 41(2), 201-219.
- Kaplow, L. (2010). Why (ever) define markets? *Harvard Law Review*, 124(2), 437-517.

- (2011). Market share thresholds: on the conflation of empirical assessments and legal policy judgments. *Journal of Competition Law and Economics*, 7(2), 243-276.
- (2017). On the relevance of market power. *Harvard Law Review*, 130(5), 1303-1407.
- Katz, M. L., & Shelanski, H. A. (2005). Merger policy and innovation: must enforcement change to account for technological change? *Innovation Policy and the Economy*, (5), 109-165.
- (2007). Merger analysis and the treatment of uncertainty: should we expect better? *Antitrust Law Journal*, 74(3), 537-574.
- Kwoka, J. (2018). The effects of mergers on innovation: economic framework and empirical evidence. En Niohul, P. & P. Van Cleynenbreugel (Eds.) *The roles of innovation in competition law analysis* (pp. 13-33). Elgar.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1981). Market power in antitrust cases. *Harvard Law Review*, 94(5), 937-996.
- Lao, M. (2014). Ideology matters in the antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, 79(2), 649-686.
- Lemley, M. A. (2011). Industry-specific antitrust policy for innovation. *Columbia Business Law Review*, (3), 637-653.
- Lerner, A. P. The concept of monopoly and the measurement of monopoly power. *Review of Economic Studies*, 1(3), 157-175.
- Manne, G. A., & Wright, J. D. (2010). Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law & Economics*, 6(1), 153-202.
- Marcos, F. (2018). Innovation by dominant firms in the market: damned if you don't ... but damned if you do? En Nioul, P. & P. Van Cleynenbreugel (Eds.) *The roles of innovation in competition law analysis* (pp. 33-50). Elgar.
- Markovits, R. S. (2014). *Economics and the interpretation and application of US and EU antitrust law: economics-based legal analyses of mergers, vertical practices, and joint ventures*. Springer.
- Motta, M. (2004). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge University Press.
- Nicholas, T. (2011). What drives Innovation. *Antitrust Law Journal*, 77(3), 787-809.
- Petit, N. (2019). Innovation competition, unilateral effects and merger policy. *Antitrust Law Journal*, 82(3), 873-920.
- Posner, R. A. (1975). The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, 83(4), 807-828.
- Reinganum, J. F. (1989). The timing of innovation: research, development, and diffusion. En Schmalensee, R. & R. Willig (Eds.) *Handbook of Industrial Organization* (pp. 849-908), Elsevier.
- Robertson, V. H. S. E. (2020). *Competition law's Innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Hart.
- Robinson, J. (1938). *The economics of imperfect competition*. Palgrave Macmillan.
- Sidak, J. G., & Teece, D. J. (2009). Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(4), 581-631.
- Scherer, F. M. & Ross, D. (Ed.). (1990). *Industrial market structure and economic performance* (3rd ed.). Houghton Mifflin.
- Schmalensee, R. (1989). Inter-industry studies of structure and performance. En *Handbook of Industrial Organization* (pp. 951-1009). Elsevier.
- Schrepel, T. (2018). Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, 21(1), 19-73.
- (2020). Antitrust without romance. *NYU Journal of Law & Liberty*, 13(2), 326-432.
- Schumpeter, J. (2010). *Capitalism, socialism and democracy*. Taylor & Francis (Original publication en 1943).
- Shapiro, C. (2012) Competition and innovation Did Arrow Hit the Bull's Eye? En Lerner, J. & S. Stern (Eds.), *The rate and direction of inventive activity revisited* (pp. 301-404), University of Chicago Press.
- Stucke, M. E., & Ezrachi, A. (2020). *Competition Overdose: How free market mythology transformed US from citizen kings to market servants*. Harper Collins Publishers.

- Teece, D. J. (1986). Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy, *Research Policy*, 15(6), 285-305.
- Tirole, J. (1988). *The theory of industrial organization*. The MIT Press.
- Van Cleynenbreugel, P. (2018). Innovation in competition law analysis: making sense of ongoing academic and policy debates. En Niohul, P. & P. Van Cleynenbreugel (Eds.) *The roles of innovation in competition law analysis* (pp. 2-13). Elgar.
- Werden, G. J. (1992). The history of antitrust market delineation. *Marquette Law Review*, 76(1), 123-216.
- (2002). Assigning market shares. *Antitrust Law Journal*, 70(1), 67-104.
- (2003). The 1982 merger guidelines and the ascent of the hypothetical monopolist paradigm. *Antitrust Law Journal*, 71(1), 253-275.
- Winter, S. G. (2006). The logic of appropriability: from Schumpeter to Arrow to Teece. *Research Policy*, 35(8), 1100-1106.
- Wright, J. D. (2012). Abandoning antitrust's Chicago obsession: the case for evidence-based antitrust. *Antitrust Law Journal*, 78(1), 241-272.
- Wu, T. (2012). Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, 78(2), 313-328.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Comisión Europea (2009), Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 2009/C 45/02.
- Comisión Europea (2004), Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, 2004/C 101/08
- Decisión del Tribunal de Primera Instancia del 17 de septiembre de 2007, Microsoft Corp. c. Commission of the European Communities, Caso T-201/04, EU: T:2007:289.
- Decisión del 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission of the European Communities, Caso 26-76, EU:C:1977:167.
- Decisión del 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), Caso 56-65, EU:C:1966:38.
- Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C. §§ 1-7 (EE.UU).
- Standard Oil Co. of New Jersey c. United States, 221 U.S. 1 (1911).
- United States c. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).