

MONITOREANDO LOS DESARROLLOS EN EL DERECHO ANTITRUST*

Jonathan B. Baker **

El Derecho Antitrust ha experimentado grandes variaciones hacia su desarrollo en las últimas décadas. Tanto la aparición de nuevas industrias como la apertura de varios mercados han generado que se ajusten nuevos parámetros en su aplicación.

Precisamente en este artículo, se describen cuáles son los cambios experimentados en el Derecho Antitrust y como vienen siendo desarrollados en sus distintas áreas de aplicación.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Journal of Economic Perspectives – Volumen 13, No. 1. 1999, bajo el título “Policy Watch: Developments in Antitrust Economics”. La publicación se hace bajo expresa autorización del Journal of Economic Perspectives. La traducción fue realizada por Michel Seiner Pellny, Director de THEMIS, con la colaboración de Alejandro Manayalle, Director de Contenido de THEMIS, y de Mariela Pérez-Costa, miembro de THEMIS.

** Director del Bureau of Economics de la Federal Trade Commission en Washington D.C. Los puntos de vista expresados no son necesariamente compartidos por la Federal Trade Commission o cualquier miembro de ésta en particular. El autor agradece a Dennis Carlton, Malcolm Coate, David Reiffen, Daniel Rubinfeld, Steven Salop, Louis Silvia, Charles Thomas, Gregory Vistnes, Gregory Werden y Robert Willig.

INTRODUCCIÓN

Hacia el final de los setentas y ochentas, las Cortes Federales transformaron las normas del Derecho *Antitrust*¹ y las agencias federales de protección de la libre competencia alteraron los criterios de selección de casos en respuesta a las teorías desarrolladas por los economistas especialistas en organización industrial. Estos avances en el pensamiento económico, muchas veces asociados con la escuela de Chicago, viraron las prácticas y normas antimonopólicas hacia un gran escepticismo acerca de la relación entre la concentración y el poder en el mercado y un mayor reconocimiento del posible rol tendiente a la eficiencia de los acuerdos verticales (contratos entre empresas y sus clientes o proveedores) que se presentaron en los cincuentas y sesentas¹. El presente trabajo partirá de donde los mencionados avances se quedaron al resaltar los más recientes avances en la economía antimonopólica que han influenciado la manera mediante la cual las agencias de libre competencia analizan 5 temas: eficiencias de las fusiones, condiciones de acceso, prácticas que facilitan la coordinación, prácticas de exclusión y los efectos unilateralmente competitivos de las fusiones.

Muchos de estos avances se reflejan en las Directrices de Fusiones Horizontales del Departamento de Justicia (DOJ) y de la Federal Trade Commission (FTC)². Estas directrices describen las políticas de las agencias federales protectoras de la libre competencia y han sido de gran influencia en las Cortes, aunque los jueces no están obligados a seguirlas. Estas directrices han sido revisadas cuatro veces desde su promulgación en 1968 por el Departamento de Justicia, y han crecido en orientación económica y sofisticación con cada revisión.

NUEVOS AVANCES AL ANALIZAR LAS EFICIENCIAS DE LAS FUSIONES

¿Cómo deberían los protectores de la libre competencia asumir el potencial de las fusiones para generar ahorro de costos y otras eficiencias al evaluar uno de los probables efectos competitivos de una adquisición? Los antiguos precedentes legales eran escépticos frente a una defensa de la eficiencia de las fusiones. Pero, en la revisión de 1997 a la sección de eficiencias de las

directrices de fusiones de 1992, las agencias protectoras de la competencia adoptaron una postura consistente con el trabajo marco de Williamson³ acerca del análisis del bienestar social de las fusiones.

Las directrices revisadas reconocen que las fusiones pueden crear incentivos contradictorios: pueden llevar a precios más altos si facilitan el ejercicio del poder de mercado o pueden llevar a precios más bajos si generan el ahorro de costos que incentiva a la empresa fusionada a competir más agresivamente. (En un contexto dinámico, las directrices de fusiones también atañen la posibilidad que las empresas ejerzan mayor poder de mercado al entrapar la innovación o la posibilidad que las eficiencias de las fusiones puedan generar mejoras en los productos). El efecto neto de una adquisición en el precio, en cualquier mercado, depende de cuál es el efecto dominante. Es muy posible que ambos efectos se produzcan en simultáneo, una ganancia en la eficiencia productiva (producción más barata) y, al mismo tiempo, una pérdida en eficiencia distributiva como resultado de mayor poder de mercado. Las directrices sobre fusiones se centran en el precio, y, por tanto, enfatizan la identificación del efecto neto de la fusión en el superávit del consumidor dentro de los mercados donde el daño anticompetitivo parece probable. Bajo algunas circunstancias, existe flexibilidad de parte de las agencias protectoras de la libre competencia para considerar las eficiencias productivas generadas en otros mercados o que no podrían ser trasladadas a otros consumidores.

La necesidad de evaluar la magnitud relativa de los incentivos de las fusiones, tanto los que tienden a incrementar precios como los que tienden a disminuirlos, atraen la atención hacia el *pass through rate*; esto es, la facilidad con la cual la empresa fusionada podría trasladar cambios en los costos al precio. Mientras menor sea el *pass through rate*, mayor tendrá que ser cualquier reducción en el costo marginal para trascender un incentivo anticompetitivo de incrementar el precio y generar una reducción de precio en el neto². Ya que las agencias de protección de la libre competencia consideran sólo las eficiencias que son específicas de la fusión -es decir, las eficiencias de la fusión propuesta que tienen escasas

¹ Nota de Traductor: El término *Antitrust* se utiliza para definir la disciplina del derecho que pretende evitar conductas relacionadas con abuso de posiciones de dominio o con prácticas restrictivas de la competencia. Es la rama del derecho escudo del libre mercado.

² Para una introducción de las ideas económicas detrás de la revolución del Derecho *Antitrust* de la escuela de Chicago, ver BORK, Robert. "The Antitrust Paradox: A policy at war with itself". New York, Basic Books, 1978. POSNER, Richard. "Antitrust Law: An Economic Perspective". Chicago, University of Chicago Press, 1976 y un debate en GOLDSCHMID, Harvey; MANN, Michael y Fred WESTON. "Industrial Concentration: The New Learning". Boston, Little Brown and Company, 1974.

³ Nota de Traductor: El autor se refiere a los "Horizontal Merger Guidelines" publicados en www.ftc.gov/bc/docs/horizmer/htm.

⁴ Nota de Traductor: WILLIAMSON, Oliver. "Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs". American Economic Review, No. 58. pp. 18-36.

⁵ El énfasis en las reducciones del costo marginal, no fija los costos de ahorro. Mientras fijar el costo de ahorro puede beneficiar la economía mediante la concesión de recursos para el flujo de otras industrias, ellos no crean un incentivo para establecer un menor precio en el mercado donde el daño competitivo probablemente aparecerá.

posibilidades de obtenerse (u obtenerse muy lentamente) en ausencia de la fusión- y porque las eficiencias específicas de las fusiones típicamente llevan a ahorros de costos específicos de cada empresa (que no se pueden esparcir al resto de la industria), el *pass through rate* relevante relaciona un cambio en el precio cobrado por la empresa a un cambio en el costo marginal de ese producto, manteniendo constante el costo marginal de los productos de sus competidores. El *pass through rate* específico de la empresa probablemente será menor que la razón por la cual los cambios generalizados en la industria serán trasladados al precio. En efecto, en el caso especial donde un competidor es un aceptante del precio, la empresa no alterará el precio en lo absoluto como respuesta a un cambio en los costos de una empresa específica, sin embargo, lo hará cuando los costos de la industria en general sean afectados³.

La distinción entre los *pass through rates* específicos de cada firma y los generales de la industria se hicieron importantes en el reciente reto de la corte a una fusión propuesta por Staples y Office Depot^{IV} efectuada por la Federal Trade Commission. Los resultados empíricos presentados por uno de los testigos expertos de la FTC, Orley Ashenfelter, demostraron que el *pass through rate* específico de Staples era solo 15%, mucho menor al de la industria en general. Si eso era así, la fusión conducirá a precios más altos salvo que las eficiencias generadas en esta fusión en específico fuesen, puntualmente en la reducción del costo marginal, al menos seis o siete veces mayor al incremento del precio que de no ser así se daría.

NUEVOS AVANCES PARA EL ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE ACCESO

Uno de los primeros y más profundos sucesos de la escuela de Chicago convenció a las cortes para que reconocieran que la nueva competencia -substitución de la oferta o acceso- podría contestar o disuadir el ejercicio del poder de mercado. Avances recientes de la teoría económica han ayudado a aclarar el significado de los gastos hundidos al determinar cuando esto ocurriría. Si los costos fijos no son hundidos, y los accedentes tienen costos variables respecto de los partícipes del mercado, el mercado es "contestable" y se desarrolla competitivamente prescindiendo de la concentración en el mercado de los vendedores ya insertos en él. Pero si el acceso requiere costos

hundidos, y se espera que los partícipes del mercado recorten sus precios rápidamente como reacción ante el acceso, el acceso puede ser impedido incluso si el precio previo al del acceso excede los niveles competitivos. Esto puede suceder porque el accedente propuesto, reconociendo el prospecto de la competencia post acceso, puede esperar no generar un margen de contribución adecuado para cubrir sus costos hundidos.

En teoría, aun los costos hundidos que sean mínimos pueden ser suficiente para proteger el ejercicio del poder de mercado de los ya insertos en este. Pero las cortes (y las directrices de fusiones) han actuado como si los costos hundidos relativamente bajos creasen barreras de acceso relativamente pequeñas. Por ejemplo, en 1984 una corte de apelaciones sostuvo que Waste Management podía adquirir otro remolcador de basura a pesar de la existencia de su alta participación en el mercado de Dallas luego de concluir que sus bajos costos fijos (y hundidos) facilitaban el acceso a la industria de recolección de basura.

Las directrices de fusiones fueron revisadas en 1992 para describir si las agencias de protección de la libre competencia determinan si los costos hundidos significativos podrían fungir como barreras de acceso como respuesta a una fusión anticompetitiva. Las directrices ahora preguntan si un nuevo competidor operando a la "escala mínima viable" podría asegurar precios previos a una fusión y por tanto, ser rentable. Esta pregunta reconoce que si un accedente debe operar a un nivel de producción demasiado amplio para poder ser absorbido por el mercado sin deprimir los precios, o si los participantes influyen al nuevo productor para que no pueda obtener el nivel de producción necesario expandiendo las ventas en respuesta al acceso, entonces, la nueva competencia suficiente para resolver el problema de fusión no estaría en camino. Las directrices examinan la rentabilidad del accedente sobre precios pre fusión, sin mantenerse el incremento del precio como se espera de una fusión anticompetitiva, porque el acceso solo solucionará los problemas de acceso si los regresa el precio del mercado a los niveles que tuvo antes de la fusión. [Por tanto, los accedentes potenciales relevantes para el análisis de fusiones -vagamente, aquellos cuyos ingresos podrán solucionar el temido problema de competitividad- evaluarán la rentabilidad del acceso sobre la base de un pronóstico que el precio estará al nivel que se obtuvo antes de la fusión].

³ Un menor *pass-through rate* en una firma específica no necesariamente implica una conducta competitiva, sin embargo, en general el *rate* depende del ratio de inclinación de la función de la demanda sobre la inclinación de la función de los ingresos marginales, y así considerablemente sobre la curva de demanda.

^{IV} Nota de Traductor: Ver ASHENFELTER, Orley; ASHMORE; BAKER, Jonathan y MCKERNAN. "Identifying the Firm-Specific Cost Pass-Through Rate". Working Paper, No. 217. Federal Trade Commission, 1998.

NUEVOS AVANCES EN EL ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS QUE FACILITAN LA COORDINACIÓN

Antes que George Stigler (1964) escribiese sobre el oligopolio, la mayoría de los comentaristas del *antitrust* tomó el enfoque que en una industria caracterizada por un puño de empresas, alguna forma de colusión tacita surgiría en casi todos los casos y, como consecuencia, el precio se elevaría substancialmente por encima del nivel competitivo. Stigler cuestionó la inevitabilidad de la conducta del oligopolio no competitivo resaltando la necesidad de los oligopolistas de identificar un consenso e impedir desviaciones del mismo, por tanto incrementado el tipo de temas informacionales y dinámicos que se han convertido centrales en la teoría del oligopolio contemporánea. Por ejemplo, él observó que cuando las empresas infieren las estrategias de sus rivales desde los cambios en sus propios mercados, la habilidad de un participante de la industria para recortar el precio sin detección de los rivales, y por tanto, su incentivo de hacerlo, se incrementa en la medida que el mercado se va tornando menos concentrado.

Esta línea de pensamiento llevó a intentos de clasificar estructuras industriales como más o menos probables de facilitar la coordinación. (El término "coordinación" hoy en día se utiliza frecuentemente en este contexto ya que es preferido sobre otros términos como "colusión" y "cooperación" ya que estos términos podrían acarrear en sí mismos la idea jurídica de un acuerdo. La coordinación se refiere a cualquier equilibrio en el cual una empresa adopta, con o sin discusión o comunicación con sus competidores, estrategias que reconocen que han interactuado en el pasado y lo harán así en el futuro). El enfoque resultante en la presencia o ausencia de factores que facilitan la coordinación se tornó particularmente importante en el análisis de las fusiones hecho por las agencias de competencia, siguiendo la promulgación en 1982 de las Directrices sobre Fusiones del Departamento de Justicia.

El principal desarrollo post Stigler en la teoría económica de la conducta coordinada es el reconocimiento de las repetidas interacciones que pueden facilitar regímenes de precios supracompetitivos. Stigler había resaltado las dificultades de sostener coordinación con un juego de un solo tiro de dilema del prisionero, señalando las dificultades para las empresas de llegar al consenso e

impedir desviaciones. Pero, como se ha hecho conocido, en un juego repetido ad infinitum, incluso el dilema del prisionero- los resultados coordinados (muchas veces incluyendo la repetición del resultado cooperado del dilema del prisionero de un solo tiro) pueden ser fácilmente sostenidos. Este resultado es ampliamente conocido como el "Teorema Fol.", y sugiere que impedir detección puede no ser tan difícil como le parecía a Stigler. Por ejemplo, Green y Porter (1984) demostraron que mientras la incertidumbre acerca de la honestidad de los rivales a veces resulta en una guerra de precios, eso no impide la posibilidad de largos periodos de coordinación. Más aun, el otro problema del Cartel Stigleriano, el de identificar un consenso oligopólico, parece menos complicado cuando las empresas tienen la posibilidad de participar de "cheap talk"-en el sentido que utiliza este termino Farrell y Rabin (1996)- como por anunciar (en efecto negociar) incrementos propuestos en prensa de negocios, sin compromiso, antes que estos se implementen.

A la luz de estos avances en la teoría económica, no sorprende que los estrategas del negocio enseñen a los administradores de empresas a como facilitar coordinación, calculando la forma en la cual el derecho de la libre competencia puede no otorgar a esta coordinación el nombre de concertación, mediante prácticas que ayudan a la empresas a obtener consenso o impedir desviación de ese liderazgo de precios, anuncios unilaterales, publicidad selectiva para disciplinar a rivales recalcitrantes y estandarización con el fin de simplificar decisiones de la industria y facilitar la identificación del consenso⁴. Sin embargo, la visión de Stigler acerca de la no inevitabilidad de la coordinación no ha dejado de estar sujeta a crítica. Incluso cuando el número de empresa es pequeño, la coordinación entre vendedores puede ser insostenible si los compradores adoptan procuradurías amplias y a destiempo, por ejemplo. En este sentido, un comité de trabajo, al revisar los aspectos antimonopólicos de la consolidación de la industria de defensa, recomendó que el Departamento de Defensa debiera programar sus compras de tal forma que reduzca los riesgos de interacción coordinada por parte de los vendedores.

Las implicancias de estos recientes avances en la teoría económica al llamar nuevamente la atención a la posibilidad de coordinación son consistentes con estudios empíricos realizados por Bresnahan, en el cual

⁴ Algunas de estas prácticas traen a la mente a otro grupo de modelos oligopólicos post-stiglerianos: modelos que sugieren maneras para que las empresas puedan determinar precios supracompetitivos en un solo golpe, a través de compromisos para tomar acciones estratégicas que desincentiven la competencia a sus rivales. Por ejemplo, las empresas pueden alcanzar precios más altos desarrollando conductas menos agresivas –talvez reduciendo su publicidad o su capacidad de producción- cuando los rivales probablemente responderían con acciones menos agresivas (eso, cuando las decisiones variables de los rivales son complementos estratégicos). Las agencias *antitrust* y las Cortes han hecho poco uso de estos modelos, aunque ocasionalmente aparecen en el tratamiento de las fusiones. Ellos en el litigio tienen el reto de probar que las acciones de las empresas son adoptadas con la finalidad y razonable expectativa de desalentar la competencia y, fuera del contexto de las fusiones, existe el problema de aplicación del derecho *antitrust* para alcanzar exenciones con compromisos que son unilaterales.

se sugiere que alguna industria concentrada tiene mucho poder de mercado y que la conducta anticompetitiva es una causa significativa de altos márgenes precio-costo. Más aun, la activa participación de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia demuestra que las empresas fijan precios sin que estos acuerdos necesariamente sean contratos en estricto.

La perspectiva contemporánea sobre la coordinación ha ayudado dar cuerpo a una investigación hecha por el Departamento de Justicia respecto de un caso de colusión entre las aerolíneas más importantes. Esta investigación finalizó en 1993 y 1994 por decretos de consentimiento en cortes federales. El Departamento alegó que los principales cargueros en los Estados Unidos utilizaban un sistema de computación dado por un *joint venture* de las aerolíneas para fijar precios. El sistema de computación recogía los precios y cambios propuestos de precio y los enviaba a sistemas de reservación computarizados. De acuerdo con lo que proponía el Departamento, las aerolíneas usaban esos reportes detallados para conducir negociaciones, creando un lenguaje utilizando relaciones de tarifa y diseños de pie de página. En teoría, llegaban a complicadas negociaciones a lo largo de distintos mercados, como por ejemplo intercambios en los que un transportista ofrecía incrementar precios en una ruta al *hub* de una aerolínea recibiendo como contraprestación lo mismo respecto de su propio *hub*. El orden de consentimiento previene a la aerolínea de usar diseños de pie de pagina y otros métodos para participar en negociaciones semi públicas sobre niveles de precios. Estos temas extendidos más allá del mercado de las aerolíneas: la Comisión Federal de Comunicaciones recientemente alteró las normas que gobiernan las licitaciones de espectro para requerir ofertas en números enteros, como medio de prevenir a los concursantes de comunicarse sin costo alguno (potencialmente coordinando sin costo alguno) usando "estelas de dígitos" en sus ofertas.

NUEVOS AVANCES EN LAS PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN

El Derecho de la Libre Competencia ha estado preocupado por mucho tiempo con el potencial anticompetitivo de las prácticas de exclusión. A principios del Siglo XX la litigación antimonopolios respecto de Alcoa, por ejemplo, surgió en parte de los esfuerzos de esa empresa por negarle a sus rivales potenciales, en producción de aluminio, el acceso a energía eléctrica de bajo costo. Los intereses de las agencias en las conductas de exclusión se debilitaron en la medida en la cual las cortes reconocieron que la conducta que excluye rivales también puede promover

la competencia -como cuando en un trato por distribución exclusiva se desincentiva a otros distribuidores de "*freeride*" con los esfuerzos promocionales del distribuidor diligente. Sin embargo, estudios económicos recientes, usualmente basados en modelos y técnicas de teoría de juegos, ha aclarado las razones por las cuales las practicas de exclusión dañan a la competencia, y por tanto trae un nuevo auge de interés a las formas en las que las empresas pueden lograr mayor poder de mercado al incrementar los costos del rival o por otras conductas de exclusión ajenas al precio.

Una de las ideas sugeridas por esta literatura es que las prácticas de exclusión pueden dañar la competencia al llevar a los rivales a participar, o llevarlos a acceder a participar, a lo que se podría llamar un cartel involuntario. Supongamos, por ejemplo, las empresas A y B podrían querer coludirse con el rival C, su único competidor potencial o actual en un mercado protegido de acceso, pero no lo pueden hacer porque C podría incrementar su producción (o entrar al mercado) mientras que A y B aumentan precios. Si A de alguna manera podría elevar los costos marginales de C o podría hacer que las ventas de C sean menores, entonces C tendría que hacer lo que no había hecho antes, reducir su producción. A podría lograr este fin negándole a C el acceso a proveedores o distribuidores de bajo costo, por ejemplo, vía contratos de exclusividad, o haciendo mas difícil para C el atraer clientes, por ejemplo realizando ventas atadas. Entonces A y B podrían aprovecharse de la competencia menos agresiva de C para incrementar su poder de mercado.

No es una idea pacífica que una estrategia como la antes descrita podría funcionar para la empresa A. La empresa C podría tener medios alternativos de obtener distribuidores o proveedores. La empresa B podría no seguir a la empresa A cuando la empresa C salga de la figura. La estrategia puede ser no rentable para A dado que debe soportar la totalidad de los costos de excluir a C, sin embargo se tendría que dividir las ganancias ocasionadas por mayores precios con B. Más aun, la estrategia de A podría crear desventajas para C e incrementar el bienestar económico agregado. Por ejemplo, un productor puede excluir a sus rivales de distribución efectiva requiriéndole al distribuidor no distribuir los productos de la competencia, pero la misma práctica podría hacer que el esfuerzo promocional del distribuidor sea mayor, reduciendo el *freeriding* de los distribuidores, y resultando así un mejor servicio para los consumidores. Al margen de estos casos extremos, debería ser claro que es posible que las prácticas de exclusión entre proveedores, distribuidores o clientes impidan la rivalidad horizontal y reduzcan el bienestar agregado.

En muchos casos recientes, las agencias de competencia han denunciado intentos para elevar costos entre competidores. La FTC encontró recientemente que Toys R Us logró convencer a los fabricantes de juguetes de no proveer algunos productos a algunas tiendas generales de clubes, por tanto reduciendo competencia en ventas respecto de otras vías de distribución. (La defensa de los vendedores de juguetes era en parte que estaba tratando de prevenir a los *freeriders* que gozan de las ganancias obtenidas de la inversión en promoción de sus productos y probablemente apelará el fallo). El arreglo de consenso de la FTC en 1997 con Time Warner resolvió una queja surgida de la adquisición por la mencionada empresa de Turner Broadcasting, ya que (entre otras cosas) se le reputaba que Time Warner podía haber reducido la competencia frente a sus propios sistemas de cable al incrementar los precios de CNN y otros proveedores de video de programación a satélite. Similarmente, en muchas de las recientes acciones de las agencias de competencia que implican productos de salud, el Departamento de Justicia ha retado a los planes de seguro médico con mayores participaciones en el mercado en el cual se adoptan provisiones que protegen al "consumidor más favorecido" ya que requieren que los dentistas afiliados u otros proveedores no acepten niveles de reembolso inferiores a los de cualquier otro plan al que se adhieran en el futuro. El Departamento está preocupado que provisiones como las mencionadas desincentivarán el acceso por parte de rivales de menores costos, dificultando a esos rivales el convencer a los proveedores que se unan a sus redes⁵.

El decreto de consentimiento del Departamento de Justicia de 1995 respecto de Microsoft también abordó prácticas que supuestamente dañan la competencia al elevar los costos del rival. Una provisión pivotal previene a Microsoft de recibir regalías de los fabricantes de computadores a modalidad "por procesador", al margen de si se instaló Microsoft Windows en esas máquinas o no. Bajo esta provisión, una empresa paga efectivamente dos veces por el sistema operativo si instala un sistema operativo de un rival de Microsoft -la primera a Microsoft la segunda al rival- pero solo paga una vez por la computadora con el sistema operativo de Microsoft. Gilbert y Shapiro (1997) caracterizaron esta provisión como una "cláusula penal" ya que eleva los costos para las firmas con sistemas operativos rivales tratando de inducir a los fabricantes en búsqueda de un sistema operativo distinto de Windows para algunas líneas y por tanto podría proteger el supuesto monopolio de Microsoft en los sistemas operativos.

En el caso Microsoft de 1995, el Departamento de Justicia estaba buscando proteger la innovación competitiva tanto como la competencia de precios. Proteger incentivos para la innovación es un tema común y reciente para las agencias de competencia. Otro ejemplo se dio cuando dos productores farmacéuticos, Ciba-Geigy y Sandoz, buscaron fusionarse en 1996. La FTC obtuvo un arreglo de consentimiento requiriendo a la firma fusionada (Novartis) a vender una de sus investigaciones en ingeniería genética a una tercera empresa para proteger la competencia innovativa. Más aun, en un nuevo *round* de litigación con Microsoft, el Departamento de Justicia está pidiendo a una corte que determine si la integración del *browser* de Internet de Microsoft al Windows daña la innovación y tiende a crear o mantener un monopolio al excluir la venta de *browsers* por parte de los rivales como Netscape (argumento del DOJ) o promueve la inversión y competencia al mejorar el diseño del *software* (argumento de Microsoft)⁶.

Las ampliamente debatidas posibilidades de las externalidades de sistema -el beneficio que el usuario obtiene cuando otros clientes usan el mismo producto, como con el *software*- eleva lo que está en juego para las agencias cuando discriminan entre prácticas de exclusión que causan perjuicios o beneficios respecto de la competencia⁷. La posibilidad de los efectos de sistema incrementa los beneficios de eficiencia de tener un tipo estándar en el mercado, pero también podría otorgar demasiado poder a una firma y permitirle ejercer su poder en una manera perjudicial contrariamente a lo que sucedería si no lo tuviese. Consecuentemente, las decisiones de las agencias pueden ser poco efectivas salvo que se hagan tempranamente en el desarrollo de una industria, antes que un estándar sea tan firme en el mercado que haga impráctico un remedio a favor de la libre competencia. Sin embargo, puede ser difícil llegar a hacer juicios confiables antes que las incertidumbres de las consecuencias de la conducta retada sean resueltas por completo en el mercado.

NUEVOS AVANCES AL ANALIZAR LOS EFECTOS UNILATERALES ANTICOMPETITIVOS DE LAS FUSIONES

Las teorías unilaterales de los efectos anticompetitivos de las fusiones se han vuelto comunes en el análisis interno de las agencias de competencia a lo largo de

⁵ El examen cercano que las provisiones que protegen al consumidor más favorecido reciben de las agencias de competencia federales también se deriva de la preocupación de que ellas puedan facilitar la coordinación desincentivando el recorte de precios fijado. (SALOP, 1986; o véase el estudio en BAKER, 1996).

⁶ Para una gama de opiniones sobre las cuestiones competitivas erigidas en torno al caso Microsoft, ver el volumen de la conferencia editado por EISENACH y LENARD (próximamente); ver también CARLTON y WALDMAN, 1998.

⁷ Para una mayor discusión sobre las externalidades de red, véase CARLTON y KLAMER, 1983; el Simposio sobre Externalidades de Red en la primavera de 1994 tema de esta revista; y SHAPIRO y VARIAN, 1999.

la última década. En lugar de concentrarse en cómo una fusión puede hacer la coordinación más probable o más efectiva, las teorías de las fusiones unilaterales describen como una fusión puede hacer más probable para la firma fusionada elevar el precio sin asumir coordinación, como tomando las reacciones del rival como dadas⁸.

Fueron dos los avances en la economía que atrajeron el reciente interés a las teorías unilaterales. La primera fue literatura teórica que investigó las condiciones bajo las cuales el oligopolista podría ver una fusión como rentable incluso si los miembros de la industria no estaban coordinando sus acciones, pero en su lugar estaban tomando su precio o producción como dada, en consistencia con los conceptos de solución de Cournot-Nash o Bertrand-Nash. La segunda fue literatura empírica motivada en el desarrollo simultáneo de nuevas herramientas econométricas y de data de punto de escala computarizada. Estas herramientas hacen posible la identificación del grado en el cual los consumidores consideran sustitutos a los productos; grado al cual en consecuencia los productos individuales limitan el precio de los rivales; y el grado al cual las fusiones promueven precios altos porque retiran estos límites. Las revisiones de 1992 del DOJ y las Directrices de las Fusiones Horizontales de la FTC reconocen estos avances económicos al describir muchas formas en las cuales una fusión puede hacer decrecer la competencia mediante efectos unilaterales; ver también Willig (1991).

La teoría unilateral más común se puede ilustrar mediante un ejemplo hipotético en el cual muchos compradores de la marca de cereal Crujis de una empresa ven al rival Frutis como su segunda mejor opción de acuerdo con los precios actuales. Una fusión entre las empresas proveería incentivos para incrementar el precio de Crujis. Antes de la fusión, el precio más alto de Crujis llevaría a algunas pérdidas en las ventas contra un alza en las de Frutis. Pero si la empresa de Crujis adquiere la firma de Frutis entonces recapturará alguna contribución para hacer rentable la pérdida en las ventas de Crujis mediante un incremento en las ventas de Frutis. Consecuentemente, la fusión retira el límite competitivo que Frutis sostenía en el precio de Crujis. Este problema es más serio si Frutis y Crujis son los sustitutos más cercanos entre sí, pero esto no es necesario para causar daño. La empresa fusionada tiene un incentivo unilateral para incrementar el precio de Crujis incluso si las ventas perdidas van a otras marcas que no sean Frutis, siempre que algunas de las perdidas vayan a Frutis. Más aun, la fusión puede

llevar a precios más altos incluso si las empresas en fusión no participan en gran manera en el mercado de los cereales.

La aplicación de esta teoría unilateral de los efectos anticompetitivos es controversial; no porque la teoría económica sea cuestionada, pero porque los resultados que se pueden demostrar mediante métodos (como la estimación de las elasticidades cruzadas de la demanda entre pocos productos) que no necesariamente requieren una definición específica de un mercado relevante. Bajo estas circunstancias, la práctica tradicional de no retar fusiones entre firmas con bajas participaciones en el mercado (reseñado en "safe harbors" basados en concentración de mercado y en las Directrices de Fusiones) pueden ser aminoradas. Algunos críticos sostienen este punto arguyendo que esta aproximación es el principio de revivir el concepto de "submercado" —o definiciones muy pequeñas de mercado— las cuales habían sido desacreditadas por investigadores de Chicago.

Aunque la fusión en el ejemplo hipotético lleva a un precio más alto siempre que Frutis y Crujis tengan elasticidad cruzada de demanda distinta de cero, esta teoría no implica que todas las fusiones entre vendedores de productos diferenciados dañarán la competencia. Otras fuerzas, reconocidas en las directrices de fusión, aunque ignoradas en el ejemplo antes mencionado, pueden contrarrestar el efecto de incentivo en la empresa fusionada. Estas incluyen: reposicionamiento de productos, en los que una tercera marca Avenitas responde al precio de Crujis agregando una línea de Avenitas Crujis a su producción; eficiencias, en las cuales la fusión puede reducir el costo marginal, llevando al precio post fusión a caer sin contar con la pérdida de competencia directa, y el acceso por otras empresas.

En algunos casos es posible estimar la elasticidad cruzada de demanda entre productos de empresas en fusión; las limitaciones de data y el problema econométrico de la identificación son las vallas más difíciles de sobrepasar. La información sobre elasticidades cruzadas luego puede ser utilizada -en combinación con estimados de precio y costo marginal de los productos relevantes- para hacer inferencias acerca de la fuerza del incentivo de una empresa para incrementar precios. Una aproximación para hacer este tipo de inferencias reporta el grado en el cual la curva de la demanda enfrentada por la empresa será más pronunciada como resultado de la transacción. Otra aproximación simula precios post fusión, por tanto incorporando información o asunciones acerca de la

⁸ Una fusión que opera como un compromiso para reducir una conducta agresiva, llevando a un incremento en los precios cuando los rivales responderían previsiblemente también mediante actos menos agresivos, dañaría la competencia unilateralmente, aun cuando algunos puedan ver este resultado como coordinado.

conducta de la demanda y el costo marginal no local (e incluso fuera del muestreo). Incluso cuando los estimados cuantitativos de la información necesitan emplear estas técnicas -como elasticidades cruzadas de la demanda, costo marginal, *pass through rate*, o concepto de solución de oligopolio- y estas no existan o sean poco precisas estos métodos todavía pueden informar la evaluación de información cualitativa.

La teoría unilateral basada sobre la pérdida de competencia localizada entre vendedores de productos diferenciados acarrea un importante número de arreglos de consentimiento recientes entre la FTC y empresas en proceso de fusión o el Departamento de Justicia en industrias de consumo. Por ejemplo, la FTC recientemente requirió a 2 productores de bebidas destiladas, Grand Met y Guinness, a diversificar el Dewars Whisky y el Gin Bombay para resolver problemas de competencia que surgieron de esa transacción. Similarmente el DOJ recientemente entró en un decreto de consentimiento requiriendo a Continental Baking Co., que vende Wonder Bread, a vender varias marcas de pan blanco en varias regiones del país antes de adquirir Interstate Bakeries Corp.

Este modelo también se aplica fuera de las industrias de productos de consumo. Por ejemplo, las agencias de competencia analizando una fusión propuesta por FIRMAS de Contadores puede preguntar si los socios en fusión tienen mayor experiencia auditando empresas de algunas industrias, haciéndolas sustitutos más cercanos que otros firmas para ese negocio. Una teoría unilateral diferente, que implica un modelo de subasta, fue utilizado por la FTC para analizar los efectos competitivos de 2 cadenas de farmacias importantes.

CONCLUSIÓN

Hace tres décadas, la legislación de competencia se basaba principalmente en las normas "*per se*", estas normas tomaban el enfoque de brocha ancha al calificar algunas clases de prácticas de negocio anticompetitivas al margen de sus efectos en casos particulares. Hoy, un análisis caso por caso es más común, usualmente bajo la rúbrica judicial de aplicar la regla de la razón. Por ejemplo, en 1997, la Corte Suprema señaló que mantener el precio máximo de venta (una práctica

mediante la cual el productor capeaba el precio del distribuidor) no sería considerado ilegal *per se*. Similarmente, en algún punto cualquier intento entre vendedores de sustitutos de embarcarse en concertación de precios o división de mercado estaba universalmente condenado; hoy, estas prácticas pueden ser permitidas si son necesarias para crear un producto de mucho valor, como cuando los equipos de dueños distintos crean una liga y fijan precios en conjunto o compañías que siendo de dueños distintos se mudan y adoptan una marca común. Más aun, las agencias de competencia y las cortes han virado de partir primordialmente de la participación en el mercado a predecir las consecuencias competitivas de las prácticas de negocio; hoy, la definición del mercado relevante y las participaciones en el mercado son, cada vez más, tratadas como un elemento más dentro de un análisis económico detallado de las consecuencias de la conducta particular en cuestión.

Un beneficio de esta tendencia hacia el análisis económico más detallado de prácticas individuales es que puede reducir errores al determinar los efectos de la conducta de negocio. El reto victorioso de la FTC a la fusión de Staples/Office Depot, por ejemplo, puede haber resultado distinto bajo el esquema antiguo. La argumentación del gobierno fue probablemente más débil en la definición del mercado relevante (al enseñar que las tiendas importantes de oficina eran un mercado relevante de productos que excluían otros medios de distribución de productos de oficina) y más fuerte al ofrecer evidencia directa (documentaria y econométrica) que la fusión muy probablemente llevaría a precios más altos para el consumidor. Sin embargo, mejor análisis de los casos individuales puede venir a costas de reducir la claridad de las normas legales y la certidumbre de su aplicación, que afecta a ambos, a jueces evaluando casos de competencia y a empresas preguntándose si una conducta violaría las normas de competencia o no. La incrementada confianza en los análisis económicos caso por caso también puede traer el costo y el tiempo de investigar y litigar sobre esta materia. Sin embargo este intercambio queda resuelto-esto es, al margen de si los modelos económicos son utilizados para diseñar normas *per se* o para proveer nuevas aristas para guiar la evaluación de evidencia específica -el análisis económico permanece central en la práctica del derecho de libre competencia.