

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TIEMPOS DE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA: UN DESAFÍO DE REORIENTACIÓN

COMPETITION LAW IN TIMES OF TECHNOLOGICAL INNOVATION: A REDIRECTION CHALLENGE

*Manfred Zink Papic**

“The ideas of economists and political philosophers,
both when they are right and when they are wrong,
are more powerful than is commonly understood.
Indeed the world is ruled by little else (...).
Madmen in authority, who hear voices in the air,
are distilling their frenzy from some academic scribbler
of a few years back. I am sure that the power of vested interests
is vastly exaggerated compared with the gradual encroachment of ideas. (...)
Soon or late, it is ideas, not vested interests, which are dangerous for good or evil”.

MAYNARD (1935)

RESUMEN: El presente ensayo pretende ser una reflexión respecto de si en los tiempos actuales, en que se acepta generalmente que el principal motor del crecimiento es la innovación tecnológica, resulta necesario o no reorientar en alguna medida el foco de las políticas de protección de la libre competencia en nuestro país, principalmente encaminada, tal como en el resto del mundo, a la persecución de conductas relacionadas con la eficiencia estática y, en especial, carteles. Como se explicará sobre la base de la literatura, si lo deseable socialmente es que se genere la mayor cantidad de innovación posible, cobra una importancia fundamental el evitar conductas anticompetitivas

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de California, Berkeley, con mención en derecho y tecnologías. Es profesor de Libre Competencia y Regulación Económica en la Universidad del Desarrollo y la Universidad Andrés Bello. En la actualidad se desempeña como Jefe de la Unidad de Fiscalización de Cumplimiento de la Fiscalía Nacional Económica. Las opiniones vertidas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan el parecer de la Fiscalía Nacional Económica.

que imposibiliten o retarden la misma. En dicho sentido, se argumentará que, siendo los recursos públicos escasos, las políticas públicas de libre competencia deberían privilegiar, al menos con el mismo grado de relevancia que la asignada a evitar los carteles, la persecución de conductas dañinas para la innovación o eficiencia dinámica, requiriéndose, en particular, un especial foco en garantizar el libre acceso al mercado y en evitar las conductas exclusorias.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la libre competencia, innovación tecnológica, crecimiento económico, conductas exclusorias.

ABSTRACT: This essay intends to reflect on whether it is necessary today, when it is generally accepted that technological innovation is the main engine of economic growth, to reorient the traditional focus of competition policies in Chile and the rest of the world, mainly concerned with conducts affecting static efficiency, and especially cartels. As it will be explained based on the literature, if the social goal is to produce the greatest possible amount of innovation, it is fundamentally important to avoid anticompetitive practices that impede or delay the same. Therefore, due that public resources are scarce, competition policy should prosecute, at least with the same priority assigned to cartels, conducts that damage innovation or dynamic efficiency. In particular, a special focus on permitting free access to the market and avoiding exclusionary conducts is required.

KEYWORDS: Competition law, technological innovation, economic growth, exclusionary conducts.

1. INTRODUCCIÓN

El decreto con fuerza de ley n.º 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2015, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.º 211 de 1973 (DL 211) ejemplifica¹, en el inc. 2 de su art. 3, entre otras, dos grandes grupos de conductas anticompetitivas:

¹ El art. 3 del DL 211 constituye la norma que contiene las infracciones sustantivas a la libre competencia en nuestra legislación. Su estructura contempla un primer inciso, que constituye el tipo anticompetitivo genérico o universal: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado...", y un segundo inciso, que describe cuatro casos no taxativos de conductas que serán consideradas contrarias a la libre competencia: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes...".

- i) los acuerdos entre competidores o conductas concertadas², esto es, los carteles o colusiones y
- ii) los abusos de posición de dominio o conductas unilaterales³.

Dicha distinción no es única a la legislación chilena. Las jurisdicciones comparadas⁴ también realizan fundamentalmente la misma diferenciación entre conductas unilaterales y coordinadas, con algunos matices.

Las colusiones o carteles son acuerdos ilícitos entre competidores, con el objetivo de evitar la competencia entre ellos respecto de una o más variables competitivas, siendo tratados con mayor severidad cuando se refieren a precios, cantidades, repartos de mercado o afectación de licitaciones⁵.

Por su parte, los abusos de posición de dominio son conductas de empresas que tienen una posición dominante en el mercado y que abusan de la misma, expulsando a sus rivales del mercado, aumentando sus costos o impidiendo la entrada (abusos exclusorios) o explotando de forma directa su posición de mercado, en perjuicio de sus consumidores o clientes como, por ejemplo, imponiendo precios o condiciones abusivas (abusos explotativos).

Sin lugar a dudas, la detección y persecución de conductas colusorias o carteles constituye hoy, y desde hace un tiempo relevante, el principal objetivo de la política de competencia, tanto en Chile país como en el ámbito comparado. Así, la OECD considera a los carteles duros o *hard core cartels* como “la violación más grave a la competencia”⁶. Por su parte, el De-

² Art. 3, inc. 2, letra a): “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

³ Art. 3, inc. 2, letra b): “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejante”.

⁴ Así, por ejemplo, la Ley Sherman en Estados Unidos prohíbe los acuerdos entre competidores en su sección 1 y los abusos de posición de dominio o monopolización en su sección 2. En la Unión Europea, el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sanciona los acuerdos entre competidores y el art. 102, los abusos de posición de dominio.

⁵ Desde el año 2016, dicho tipo de acuerdos son tratados como ilícitos *per se* en la legislación chilena, lo que implica que son sancionables al acreditarse el acuerdo, sin necesidad de demostrar efectos anticompetitivos o posición de dominio en el mercado. En el ámbito internacional, se les suele considerar como carteles duros o *hard core cartels*. Véase, por ejemplo, OECD (2000), p. 6: “Los carteles “Hard core” son acuerdos anticompetitivos entre competidores para fijar precios, restringir la producción, presentar ofertas licitatorias colusivas o dividir o repartirse mercados”.

⁶ OECD (2000), p. 6.

partamento de Justicia de Estados Unidos, ha indicado que la peor ofensa contra la libre competencia la constituyen los carteles⁷ y la Corte Suprema de dicho país ha expresado que el “demonio supremo”⁸ de las leyes de competencia es la colusión. En lo que respecta a Europa, la Comisión Europea⁹ ha considerado a los carteles como “...el cáncer de la economía de mercado, que forma parte del núcleo de nuestra comunidad”, aseverando que por “... la vía de destruir la competencia en los mercados ellos causan serios daños a la economía y a los consumidores”.

En Chile, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha indicado en varias ocasiones que “...la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia”¹⁰ y la Excm. Corte Suprema, por su parte, ha señalado que “...nadie puede dudar que la colusión es uno de los ilícitos más graves que se pueden cometer en contra de la libre competencia”¹¹. Asimismo, la Fiscalía Nacional Económica ha indicado varias veces que su prioridad es la persecución de carteles¹².

Las consideraciones sobre la gravedad de los carteles y la prioridad asignada se reflejan claramente en las investigaciones y acciones iniciadas por los organismos protectores de la libre competencia, tanto en Estados Unidos como en Europa.

Así, en Estados Unidos, entre 2009 y 2018, el Department of Justice¹³ (DOJ), abrió 412 investigaciones relacionadas con conductas colusorias y solo dieciséis vinculadas a abusos de posición de dominio¹⁴. De las mismas, veinte terminaron en acciones en tribunales, en diecinueve casos persiguién-

⁷ Véase www.justice.gov/atr/file/800691/download [fecha de consulta: 29 d abril de 2020]: “The worst antitrust offenses are cartel violations”.

⁸ *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408 (2004).

⁹ Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295 [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].

¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2017), sentencia n.º 60, cons. 201.

¹¹ CORTE SUPREMA (2012), rol n.º 2578-2012.

¹² Véase, por ejemplo, www.fne.gob.cl/tdlc-condeno-a-agrosuper-ariztia-y-don-pollo-por-colusion-y-ordeno-disolver-el-gremio-que-las-reune/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]: “El Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrázabal, (...) destacó que la sentencia recoge las acusaciones formuladas por la FNE y que este caso entrega una clara señal sobre la determinación de la Fiscalía para perseguir los carteles. ‘Esta Fiscalía ha fijado como una prioridad principal la persecución de los carteles por el daño que causan en la economía de mercado, en especial si ésta es concentrada’, explicó”.

¹³ Una de las agencias encargadas de la protección de las leyes antitrust o de competencia, junto con la Federal Trade Commission. Véanse www.justice.gov/atr y www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].

¹⁴ www.justice.gov/atr/file/788426/download [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Solo se consideran investigaciones vinculadas a colusión y abusos, no respecto de otras conductas.

dose ilícitos de colusión y solo en una conductas de abuso o monopolización. Por su parte, en Europa¹⁵, en el mismo periodo, si bien los casos de abuso representaron un mayor porcentaje que en Estados Unidos (el 27,6%), de todos modos la colusión representó un porcentaje mayoritario de la actividad de la Comisión Europea, alcanzando al 65% de los casos.

En lo que respecta a Chile, entre 2007 y 2019, la Fiscalía Nacional Económica¹⁶⁻¹⁷ inició ciento treinta investigaciones por colusión y 341 relacionadas con abusos, presentando veintinueve acciones por colusión ante el TDLC y quince relacionadas con abusos¹⁸. Si bien en Chile en el periodo indicado hubo un número bastante mayor de investigaciones por conductas unilaterales o abuso de posición de dominio que por colusiones¹⁹, la situación es la inversa en relación con las acciones efectivamente presentadas ante el TDLC, correspondiendo en el periodo a un 52% de los casos, lo que da una idea de la priorización aplicada por parte del ente persecutor.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que, en lo que se refiere a políticas de competencia, la principal exigencia que hizo la OECD a Chile para ingresar a dicha organización, en el año 2010, fue justamente la de aumentar la efectividad de su política anticarteles²⁰.

La constatación del estado del arte anterior, trae como contrapartida, que, tanto en Chile como en el ámbito mundial, las conductas abusivas o unilaterales hayan sido, en palabras de Jonathan Baker

“...comúnmente relegadas a la periferia en el discurso de competencia mundial, mientras que los acuerdos de precios, de división de mercado

¹⁵ <https://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html> [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Datos respecto de casos en etapa de decisión por parte de la Comisión Europea. El restante 7,3% corresponde a otras conductas.

¹⁶ Datos procesados manualmente de www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Eventuales errores de responsabilidad del autor, no obstante, se estima que los mismos no serían capaces de revertir la tendencia señalada.

¹⁷ Se contemplan solo aquellos casos con resolución de inicio de investigación, por lo que se excluyen aquellas denuncias declaradas inadmisibles y aquellas investigaciones que terminaron en acciones ante el TDLC.

¹⁸ Datos procesados de modo manual de www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estadisticas-causas/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Eventuales errores de responsabilidad del autor, no obstante, se estima que los mismos no serían capaces de revertir la tendencia señalada.

¹⁹ Lo anterior puede tener relación con el gran número de denuncias de abusos que recibe la FNE. Para un análisis de algunas razones que podrían explicar por qué históricamente en Chile se han ventilado un porcentaje de casos significativos de abusos ante el TDLC, véase TAPIA (2014).

²⁰ OECD (2010), p. 56. “Se trata del ámbito en el que parece más recomendable hablar de esfuerzos adicionales para aumentar la efectividad de la aplicación”.

y otras formas de colusión son puestos en el centro de la política de competencia”²¹.

Siguiendo al mismo autor, y en particular en relación con los abusos exclusorios, conductas que, como se expondrá, resultan muy relevantes para la hipótesis de este trabajo, ello ha sido justificado normalmente sobre la base de dos argumentos²². Primero, que resultaría mucho más difícil para las agencias o cortes identificar una conducta exclusoria anticompetitiva que una conducta colusoria anticompetitiva, dado que una conducta que parece exclusoria comúnmente también promueve la competencia al mejorar la eficiencia. Ello aumentaría la probabilidad de las agencias y cortes de cometer errores, sancionando conductas eficientes. Así, por ejemplo, la misma conducta de reducir los precios puede ser anticompetitiva si constituye predación (venta bajo costos) o eficiente si se trata de verdadera competencia en precios.

Segundo, que dicho tipo de conductas muchas veces benefician a los consumidores en el corto plazo y que, por tanto, una persecución muy agresiva de las mismas tiene el riesgo de disuadir prácticas procompetitivas, tales como rebajas de precios o ventas conjuntas de productos.

Contrario sensu, se argumenta, existe claridad en los efectos negativos de las conductas colusorias consistentes en carteles duros, las que solo producen daños en el mercado, siendo inequívocamente ineficientes. Atendida dicha certeza y la supuesta alta probabilidad de cometer errores al perseguir conductas exclusorias, se razona que la política de competencia debería privilegiar la persecución de carteles.

Sin perjuicio de que un análisis a fondo de dichos argumentos excede los fines del presente artículo, debe tenerse presente que se ha acumulado un buen cuerpo de literatura que controvierte sólidamente los mismos²³. Pero más allá de lo anterior, lo que interesa acá es constatar los efectos que la referida priorización puede conllevar para la maximización de la innovación como un objetivo de la política de competencia.

Para ello, en primer término (capítulo 2) se hará hincapié en la relevancia de la protección de la innovación para las políticas públicas económicas y el crecimiento económico. A continuación (capítulo 3) se explicará la relación entre la innovación y los objetivos del derecho de la competencia. Acto seguido (capítulo 4), se argumentará por qué resulta necesario reorientar en alguna medida las políticas de libre competencia con el fin de lograr generar las mejores condiciones posibles para la innovación. Por último

²¹ BAKER (2013), p. 527. Traducción libre.

²² *Op. cit.*, p. 530.

²³ Véase, por ejemplo, KRATTENMAKER & SALOP (1986); PITOFSKY (2008) y BAKER (2013).

(capítulo 5), se razonará que la maximización de la innovación requiere un especial foco en el libre acceso al mercado y las conductas exclusorias.

2. LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA COMO MOTOR DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO

No cabe duda alguna que la promoción de la innovación forma parte central del discurso público actual, al nivel que las palabras ‘emprendimiento’ e ‘innovación’, de por sí, neutras, han alcanzado hoy una connotación positiva en su utilización en el discurso público y privado. Un reciente estudio relativo a las cuentas presidenciales en Chile entre 1990 y 2016 muestra que ambos términos han aumentando de manera consistente sus menciones en los discursos presidenciales y que, en el caso de “innovación”, se entiende como un concepto esencial para el desarrollo del país²⁴.

En dicha línea, el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para el Desarrollo indica que para

“...convertirse en un país plenamente desarrollado, Chile requerirá dar un crucial y decidido impulso a la ciencia, la tecnología y la innovación, procurando además interconectarlas entre sí y, adicionalmente, ligarlas con el emprendimiento”²⁵.

Ello en el entendido de que la mejora en las condiciones de vida de las personas requiere de la creación de valor y que, en una sociedad de conocimiento, como la actual, la creación de valor se basa en la convergencia de ciencia, que crea conocimiento, tecnología, que lo aplica, la innovación que genera valor a partir de ambas y el emprendimiento, que implementa productivamente el proceso anterior²⁶.

La visión anterior tiene su correlato en la teoría y ciencia económica, disciplina que hoy acepta generalmente que las ganancias de la innovación son mayores que aquellas generadas por la producción y comercio bajo tecnología constante²⁷. Si bien la teoría económica en general acepta que el crecimiento económico a largo plazo depende del incremento del capital físico, del capital humano y de la innovación o cambio tecnológico²⁸, ya Joseph Schumpeter había resaltado la relevancia fundamental de la innovación o

²⁴ MOYA y MOLINA (2017).

²⁵ CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN PARA EL DESARROLLO (2019), p. 11.

²⁶ *Op. cit.*, p. 13.

²⁷ HOVENKAMP (2011), p. 751.

²⁸ COOTER (2014), p. 1.6.

cambio productivo, identificando la economía capitalista esencialmente con un proceso evolutivo que nunca podía ser estático²⁹ e indicando que el

“...impulso fundamental que pone en marcha y mantiene la maquinaria capitalista viene de los nuevos productos de consumo, nuevos métodos de producción y transporte, nuevos mercados y de las nuevas formas de organización industrial que la iniciativa capitalista crea”³⁰.

Además, llamó la atención que los economistas de su época se preocupaban en especial de modelos económicos neoclásicos que asumían que los productos eran estáticos y que mediante la competencia los precios tendían a acercarse en la mayor medida posible a los costos, sin atender mayormente a las consecuencias de eficiencia dinámica de la innovación, la que era mucho más relevante para el crecimiento económico³¹.

Con posterioridad, diversos economistas confirmaron su intuición, destacando el trabajo de Robert Solow en la década de 1950, quién concluyó que la innovación tecnológica en Estados Unidos había sido responsable de más del 90% del crecimiento económico durante la primera mitad del siglo XX³², cuestión que fuera confirmada por trabajos empíricos posteriores, tanto para Estados Unidos como otras regiones del mundo³³.

A dicho respecto, innovación puede entenderse como cualquier idea humana que agrega algo relevante a lo ya existente, pudiendo consistir en procesos, artefactos o expresiones³⁴. La innovación permite fundamentalmente usar nuevas ideas para producir productos a menor costo o para crear mejores productos³⁵. Así, por ejemplo, una innovación en procesos de producción genera valor al disminuir los costos de la misma, permitiendo generar la misma cantidad de bienes y servicios a un costo menor. Así, la reducción de costos entre ambos procesos, muchas veces significativa, constituye el valor social de la innovación³⁶. Por otro lado, una innovación que mejora un producto o servicio, implica básicamente que la sociedad gana por el incremento en calidad asociado³⁷.

²⁹ SCHUMPETER (1943), p. 82. Traducción libre.

³⁰ *Op. cit.*, p. 83.

³¹ HOVENKAMP (2007), p. 253.

³² *Ibid.*

³³ COOTER (2014), p. 1.6. En el mismo sentido, véase, OECD (2015), p. 1: “Los economistas han entendido hace un tiempo que la innovación en general es el principal motor del crecimiento económico, responsable de la mayor parte del incremento en los estándares de vida que ha ocurrido desde la revolución industrial”. Traducción libre.

³⁴ BOHANNAN & HOVENKAMP (2012), p. 9.

³⁵ COOTER (2014), p. 1.7.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Op. cit.*, p. 1.8.

De acuerdo con la literatura especializada, las innovaciones pueden ser incrementales o disruptivas. Una innovación incremental o sostenida mantiene un cierto *ratio* de mejora, mejorando los atributos ya valorados por los consumidores o agregando algo a los mismos³⁸, como serían, por ejemplo, las mejoras constantes en la velocidad de los procesadores computacionales o una nueva droga que aumenta la efectividad para combatir alguna enfermedad³⁹.

Las innovaciones disruptivas, por su lado, ocurren de forma irregular y alteran de forma drástica el mercado, constituyendo avances que conllevan cambios radicales e imprevistos, introduciendo nuevos productos, un conjunto enteramente nuevo de atributos, procesos o modelos de negocios⁴⁰. Las innovaciones disruptivas pueden destruir o reducir de manera drástica las cuotas de mercado de las empresas incumbentes, como, por ejemplo, pasó con la empresa Nokia, en su momento líder en el mercado de telefonía celular, cuando aparecieron los *smarthpones* de Apple y los que usaban el sistema Android⁴¹, o generar enteramente un nuevo mercado, como en el caso de la radio, la televisión o los motores de búsqueda en Internet.

De acuerdo con la OCDE, la intensidad de la disrupción se ha incrementado de manera notable hoy, sobre todo por cuanto los nuevos disruptores utilizan Internet para proveer servicios, lo que les permite obtener escala rápidamente, al dar acceso potencial a una base global de usuarios⁴². En efecto, debe tenerse presente que, según la misma organización, hoy, en el mundo, de cada cien personas, noventa y cinco tienen un teléfono móvil, cuarenta usan Internet y treinta y dos lo hacen por servicios móviles⁴³. Lo anterior tiene como consecuencia que las nuevas tecnologías alcancen en tiempos exponencialmente menores un número relevante de usuarios. Así, mientras el teléfono fijo tardó 75 años en alcanzar cien millones de usuarios en el mundo, el teléfono móvil lo hizo en dieciséis años, WhatsApp en tres años e Instagram en dos años⁴⁴.

Ello, junto con ciertas características de los bienes de información, como el carácter no rival de las ideas o la información, que permite su uso simultáneo y reproducción a muy bajo costo⁴⁵, han ocasionado que la tasa de crecimiento y la consecuente creación de valor se haya incrementado (y esté

³⁸ OECD (2015), p. 2.

³⁹ *Op. cit.*, p. 4.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 2.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 2. Véase, por ejemplo: <https://knowledge.insead.edu/strategy/the-strategic-decisions-that-caused-nokias-failure-7766> [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

⁴² *Op. cit.*, p. 5.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ COOTER (2014), p. 1.9.

incrementando) a tasas exponenciales⁴⁶. Ello ha llevado a toda una corriente de pensamiento a incluso sostener que el crecimiento y la producción crecerán en forma indefinida como producto de la innovación⁴⁷, atendido que aun el agotamiento de los recursos no renovables y del ambiente podría solucionarse por medio de esta⁴⁸.

Dicho lo anterior, vale la pena detenerse un momento en la idea de crecimiento exponencial. En términos matemáticos, el crecimiento exponencial implica un crecimiento secuencial o cada vez más rápido en el tiempo. Así, una progresión es exponencial cuando su "...variación es proporcional a su valor, que crece rápidamente con cada paso siguiente"⁴⁹ y, en la práctica, implica "multiplicar una cantidad constante por un número cada vez mayor"⁵⁰. Como señala un autor, para

"...poner en perspectiva este fenómeno exponencial, si se vierte un litro de agua en un desierto en un primer minuto, y luego dos al siguiente minuto, y luego cuatro al tercer minuto, ocho al cuarto minuto, 16 al quinto, 32 al sexto, y así en adelante, después de un cuarto de hora tendríamos que volcar una tonelada y media de agua. Tras 20 minutos tendríamos que verter el equivalente a una alberca olímpica. Pero después de 70 minutos (una hora y diez minutos) tendrías que derramar el equivalente de agua contenida en todos los océanos de la Tierra juntos"⁵¹.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, DELOITTE UNIVERSITY PRESS (2013): "Las mejoras exponenciales en las tecnologías digitales base está alimentando una innovación exponencial. El rendimiento por costo de los bloques de construcción de tres tecnologías base –poder computacional, almacenamiento y ancho de banda– ha ido mejorando a un ratio exponencial por varios años. A medida que el ratio de mejora se acelera, estamos experimentando rápidos avances en las innovaciones construidas por sobre dichas tecnologías base exponenciales. El ritmo actual del avance tecnológico no tiene precedentes en la historia y no muestra signo de estabilización, como otras innovaciones tecnológicas eventualmente han mostrado, tales como la electricidad". Traducción libre.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, DIAMANDIS & KOTLER (2012). En el mismo sentido, COOTER (2014), p. 1.9: "Con el continuo flujo de innovaciones fértiles, el crecimiento puede crecer indefinidamente y la producción elevarse como el vuelo del halcón. Dicha hipótesis es una conclusión razonable de la experiencia del último siglo y (...) de los recientes progresos científicos y tecnológicos...". Traducción libre.

⁴⁸ COOTER (2014), pp. 1.10 y 1.11: "Una duda preocupante dice relación con el agotamiento de los recursos y la degradación ambiental. (...) Afortunadamente, el agotamiento sustentable es posible en principio por medio de la innovación, sin reducir el consumo. La innovación enlentece el agotamiento al usar los recursos más eficientemente (...) también (...) al sustituir recursos no renovables por recursos renovables...". (...). El consumo puede crecer por siempre en tanto las ganancias de la innovación sobrepasen las pérdidas del agotamiento".

⁴⁹ LÓPEZ-PORTILLO (2018), p. 57.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

Lo anterior es relevante por cuanto los datos recopilados dan cuenta de que, en la realidad, varias tecnologías han crecido exponencialmente⁵². Ello sucede, por ejemplo, con la capacidad computacional, la que ha pasado, en el ámbito mundial, de un trillón de operaciones por segundo en 1993 a diez mil trillones en 2017⁵³ o la velocidad de los microprocesadores computacionales, la que se ha incrementado desde diez millones de pulsaciones por segundo en 1976, a diez billones en 2016⁵⁴. Otro ejemplo de evolución tecnológica no lineal es la capacidad de vuelo autónomo de las aeronaves no comerciales, que se ha incrementado de 0,28 km en 1903 a 41 500 km en 2006⁵⁵.

Muy importante de considerar, para efectos de este trabajo, es el hecho de que los datos demuestran que, al menos respecto de algunos bienes o servicios, dicho crecimiento exponencial ha implicado a la vez incrementos notorios en calidad y disminución de sus precios. Así ha sucedido, por ejemplo, con los televisores, el *software* o los juguetes, todos los que disminuyeron relativamente su precio Estados Unidos en un 96%, 67% y 69% en el periodo entre 1997 y 2017⁵⁶. De la misma forma, si se mide la capacidad de cálculo automatizada (incluyendo todas sus potenciales aplicaciones prácticas) a la que da acceso USD 1 000, desde 1900 a 2010, la misma aumentó desde 0,0000000001 hasta 1 000 000 000 000 000⁵⁷.

Por último, en este punto, cabe consignar que la idea de crecimiento exponencial también puede aplicarse al crecimiento económico. En efecto, se estima que en un periodo de cien años, una tasa de crecimiento anual promedio de un 2% hace crecer la riqueza total unas siete veces, en cambio, una tasa de crecimiento promedio anual de un 10%, la aumenta casi catorce mil veces⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, y más allá de la discusión sobre el carácter indefinido o no del crecimiento tecnológico, lo relevante para la hipótesis de este ensayo es que en general en economía se acepta hoy que es la innovación la que genera más valor social, mayor crecimiento y, a la larga, mejores condiciones de vida. Ello es sobre todo válido respecto de las llamadas innovaciones disruptivas, capaces de agregar valor exponencialmente.

⁵² ROSER & RITCHIE (2020).

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ COOTER (2014), p. 1.1.

3. EFICIENCIA SOCIAL, INNOVACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Establecido el papel fundamental de la promoción de la innovación como norte de las políticas públicas en materia económica, cabe referirse a su relación con el derecho de la libre competencia o, de forma más amplia, con la política pública de competencia.

El derecho de la libre competencia busca incentivar conductas económicas socialmente eficientes en beneficio de los consumidores, oponiéndose a aquellas acciones que no revisten tal carácter⁵⁹. De acuerdo con la teoría económica neoclásica, el bienestar social se maximiza en condiciones de competencia perfecta, al lograrse los mayores grados posibles de eficiencia asignativa y productiva (principalmente, menores costos y precios), maximizándose el resultado social del mercado y, en consecuencia, también el bienestar o excedente de los consumidores⁶⁰.

De dicha forma, el derecho de la libre competencia busca que el proceso competitivo sea intenso y refleje, en la mayor medida posible, los resultados de un mercado en competencia perfecta, promoviendo la ocurrencia de conductas socialmente eficientes, que maximicen el valor social y el excedente de los consumidores, reprimiendo las conductas que no lo hagan⁶¹. Así, dicha estructura de mercado maximiza la eficiencia productiva, en el sentido de que incentiva a las empresas a reducir sus costos de producción y la distributiva, al trasladar los bienes y servicios hacia quien les asigna un mayor valor. Ello, debe tenerse presente, es una consideración de eficiencia estática, en el sentido de que maximiza la utilización y asignación de un número dado limitado de recursos⁶².

⁵⁹ En relación con los objetivos o fines del derecho de la libre competencia, véase WHISH y BAILEY (2012), p. 1: "Como una proposición general, el derecho de la libre competencia consiste en reglas que intentan proteger el proceso competitivo con el fin de maximizar el bienestar del consumidor". Traducción libre. Para una discusión sobre los distintos fines del derecho de la competencia y la conveniencia de considerar que su fin último es el bienestar de los consumidores, véase SALOP (2010) y HOVENKAMP (2019).

⁶⁰ WHISH & BAILEY (2012), p. 4: "Bajo competencia perfecta los recursos económicos son asignados entre distintos bienes y servicios de tal forma que no es posible mejorar el estado de nadie sin empeorar el de otro; el excedente del consumidor –la ganancia neta para un consumidor cuando compra un producto– está en su máximo. Los bienes y servicios son distribuidos entre los consumidores de acuerdo con el precio que están preparados a pagar, y, en el largo plazo, el precio equivale al costo marginal de producción (costo para estos efectos incluyendo un margen de ganancias suficiente para incentivar al productor a invertir, pero no más). Traducción libre.

⁶¹ Véanse, por ejemplo, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), resolución n.º 43, punto 13.7 y TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2014), sentencia n.º 140, cons. 5.

⁶² Para una explicación de los conceptos de eficiencia estática y dinámica, véase HUERTA DE SOTO (2010).

Lo anterior supone que un mercado más eficiente también implica mayor crecimiento económico, puesto que, como señala Robert Cooter, tanto la eficiencia como el crecimiento económico tienen una causa común: la competencia⁶³. De hecho y, si bien se trata de un tópico no exento de discusión, diversos estudios empíricos han demostrado que una aplicación más extensa y preponderante de las leyes de competencia por parte de las agencias encargadas de ello tiene una correlación con el crecimiento económico⁶⁴.

Siguiendo las consecuencias del razonamiento anterior, la relación entre competencia e innovación es expuesta de muy buena forma por Federico Shapiro y Scott Morton, indicando:

“La política de competencia busca proteger y promover un proceso competitivo vigoroso mediante el cual las nuevas ideas se transformen en beneficios para el consumidor. De esta manera fundamental, la competencia estimula la innovación”⁶⁵.

En dicha línea, se ha sostenido también que la presión competitiva a innovar genera un círculo virtuoso. No solo se benefician las empresas innovadoras, quienes reciben las rentas de sus mejores productos o procesos y sus compradores o usuarios, quienes pueden comprar mejores productos y más baratos, sino que, también, otras empresas indirectamente, quienes pueden observar y mejorar dichas innovaciones, generando mayores beneficios a los compradores y mayores beneficios indirectos a otras empresas⁶⁶.

De acuerdo con lo razonado, queda claro que la innovación contribuye en forma fundamental a la consecución de los objetivos de bienestar social y de los consumidores del derecho de la competencia. De dicha forma, los referidos objetivos se ven maximizados con una mayor innovación, al superarse los efectos de eficiencia estática, vinculados al mejor uso y distribución de los recursos disponibles, por efectos de eficiencia dinámica, que implican a la larga un crecimiento, a veces exponencial, de la capacidad de generar valor con dichos recursos⁶⁷.

⁶³ COOTER (2014), p. 1.17: “La eficiencia y el crecimiento tienen una causa común: la competencia. Para maximizar la innovación, la ley tiene que crear un marco de competencia abierta en el cual los innovadores puedan desarrollar sus ideas”. Traducción libre.

⁶⁴ Para un detalle de dichos trabajos, véase ELHAUGE (2016).

⁶⁵ FEDERICO *et al.* (2020), p. 126. Traducción libre. Agregan los autores: “La literatura sobre productividad y crecimiento nos enseña que la innovación es el principal impulsor del aumento del nivel de vida a lo largo del tiempo, por lo que promover la innovación a través de una política de competencia efectiva será probablemente muy importante el crecimiento económico y el bienestar social”. Traducción libre.

⁶⁶ BAKER (2007), pp. 587-588.

⁶⁷ En dicho sentido, HUERTA DE SOTO (2010), p. 112, indica: “En un sentido dinámico, puede afirmarse que, por ejemplo, un ser humano, una empresa, una institución o todo un

Establecido lo anterior, cabe preguntarse cuáles son las condiciones competitivas que promueven una mayor innovación. A dicho respecto, existe una vieja discusión económica teórica entre el propio Joseph Schumpeter, por un lado, y el premio Nobel Kenneth Arrow, por otro⁶⁸. Joseph Schumpeter sugirió que los monopolios serían más innovadores que las empresas que enfrentan competencia, por cuanto los primeros tendrían más recursos que destinar a investigación y desarrollo y mayores incentivos a innovar por cuanto, dada su posición de mercado, tendrían menos temor a que una vez que lancen los productos al mercado, los entrantes puedan desafiarlos⁶⁹.

Kenneth Arrow, por su parte, sostuvo la posición contraria, indicando que un monopolista no tendría mayores incentivos a innovar, por cuanto las inversiones que realice para innovar en mejorar la calidad de sus productos, reducir los costos o crear nuevos productos, muchas veces muy intensivas en recursos, le permitirían incrementar sus ganancias solo residualmente, al ya controlar el mercado o gran parte de este⁷⁰. Por el contrario, un entrante innovador al mercado, tiene mucho que ganar, al tener la expectativa de llevarse gran parte del negocio del monopolista o incumbente⁷¹. Dicha limitación de los incentivos del monopolista a innovar ha sido denominada como el “efecto Arrow” o “efecto de reemplazo”, en el sentido de que el hipotético monopolista innovador se reemplazaría a sí mismo con la innovación, de-

sistema económico, serán tanto más eficientes cuanto más y mejor impulsen la creatividad y la coordinación empresarial. En esta perspectiva dinámica lo verdaderamente importante no es tanto evitar el despilfarro de unos medios que se consideran conocidos y “dados” (objetivo que era el prioritario en la perspectiva de la eficiencia estática) como descubrir y crear continuamente nuevos fines y medios, impulsar la coordinación y asumir que en todo proceso empresarial siempre surgirán nuevos desajustes por lo que un cierto despilfarro es inevitable y consustancial a toda economía de mercado”. Véase también COOTER (2014), p. 1.4.: “El principio del adelantamiento en economía es mi nombre para la proposición de que el rápido crecimiento económico exponencial prontamente adelanta los efectos directos de la eficiencia estática y de la redistribución en la riqueza y bienestar” y p. 1.16: “El principio del adelantamiento proporciona una justificación normativa para priorizar la economía del crecimiento por sobre la economía estática. El mismo desafía el derecho convencional que trata a la eficiencia como un objetivo fundamental de la ley y la política pública. ¿Qué fue más importante para la producción agrícola, inventar el tractor o usar los caballos en formas más eficiente? Una mejor distribución de caballos para arar los campos incrementa la producción agrícola en forma marginal, en tanto la invención del tractor causó un salto en la producción. Una vez que se aprecia el crecimiento exponencial, resulta difícil preocuparse por la eficiencia estática en sí misma”.

⁶⁸ Véase BAKER (2007), p. 578.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ BAKER (2007), p. 578. Kenneth Arrow planteó sus ideas en su influyente trabajo denominado “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, del año 1962.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 578.

biendo asumir el costo de abandonar el *statu quo* que le permite ganar rentas monopólicas sin innovar. Dado lo anterior, dicho efecto sería mayor mientras más drástica o mayor capacidad de sustitución tenga la innovación⁷².

Si bien dicha discusión ha generado un gran cuerpo de literatura teórica y empírica en defensa de ambas posiciones, en nuestra opinión, la postura de Kenneth Arrow es una intuición sólida y difícil de negar en la práctica: en ausencia de presión competitiva real que implique una amenaza a su negocio, un monopolista tiene pocos o nulos incentivos a innovar. En dicha línea, en una cita famosa, el economista británico y premio Nobel John Hicks, indicó que lo mejor de las rentas monopólicas es la posibilidad de tener una vida tranquila⁷³.

En efecto, diversos trabajos y estudios empíricos desarrollados en el último tiempo han concluido que, en la mayor medida, la innovación proviene de una fuente fundamental: la presión competitiva⁷⁴. Resumiendo dicha literatura, Jonathan Baker concluye: “Como regla general, la competencia no solo incentiva a las empresas a producir más y cobrar menos; las incentiva también a innovar”⁷⁵. En dicho sentido, si bien algunas empresas incumbentes o dominantes si han demostrado ser innovadoras⁷⁶, ello ocurre cuando las mismas tienen presión a innovar, tal como señalan Giulio Federico, Carl Shapiro y Fiona Scott Morton:

“...una empresa líder en el mercado estará más motivada a innovar si teme perder su liderazgo frente a un rival disruptivo. Incluso un incumbente dominante va a sentir presión a innovar si es que la mayor parte de las ventas futuras serán ganadas por la empresa más innovadora, sea el incumbente o un desafiante disruptivo, y si otras empresas están en posición de desafiar al incumbente”⁷⁷.

⁷² BAKER (2007), p. 579.

⁷³ HICKS (1935). La hipótesis de John Hicks ha sido verificada empíricamente. Véase, por ejemplo, ROADES & RUTZ (1982).

⁷⁴ Para una revisión detallada de la literatura que defiende ambas posiciones y una crítica a la metodología y conclusiones de los estudios que defienden la posición de Joseph Schumpeter, véase BAKER (2007), pp. 573-578.

⁷⁵ BAKER (2007), p. 587.

⁷⁶ Véase FEDERICO *et al.* (2020), p. 127: “Pero las grandes empresas establecidas también pueden ser disruptivas, especialmente cuando atacan mercados adyacentes. Piénsese en Walmart entrando en los mercados locales de retail, en Microsoft Bing desafiando a Google en búsquedas o en Netflix produciendo su propio contenido de video”. Traducción libre.

⁷⁷ FEDERICO *et al.* (2020), p. 127. Traducción libre. A dicho respecto, véase también WU (2012), p. 318, haciendo hincapié en que el desarrollo del computador personal, por parte de IBM en la década de 1980, fue impulsado en gran parte por la amenaza que implicaban entrantes como Commodore, Atari o Apple, lo que llevó a IBM a cambiar su modelo de ne-

Por el contrario, la literatura enfatiza que, un incumbente que no enfrenta presión competitiva y recibe rentas relevantes, tiene grandes incentivos a preservarlas, lo que puede implicar tomar acciones para bloquear innovaciones o avances disruptivos. De la misma forma, se indica que muchas veces, para un incumbente resulta muy difícil organizacionalmente invertir en tecnologías disruptivas⁷⁸.

De acuerdo con lo expuesto, y parafraseando a John Hicks, la labor del derecho de la competencia debería ser, en buena medida, impedir que ninguna empresa se sienta tranquila en el mercado y que todos aquellos que tengan una idea disruptiva tengan la oportunidad de llevarla a la práctica. Sobre ello se hará referencia en los próximos puntos.

4. LA NECESIDAD DE UNA REORDENACIÓN DE PRIORIDADES

De lo expuesto en los puntos anteriores surge una política de competencia excesivamente enfocada en conductas que contravienen la eficiencia estática en el mercado, esto es, básicamente en restricciones de precio y cantidad, pierde de vista que los mayores daños al mercado provienen de restricciones que atentan contra la eficiencia dinámica propia de la innovación. A dicho respecto, Herbert Hovenkamp ha señalado, refiriéndose a John Solow:

“...hoy nadie duda de su conclusión básica de que la innovación y el proceso tecnológico contribuyen probablemente mucho más el crecimiento económico que las políticas que tienden a llevar las inversiones y la producción al nivel competitivo. Pero inverso a dicha afirmación hay un corolario que el derecho de la competencia nunca ha apreciado totalmente: si la innovación contribuye mucho más que la competencia [estática] al crecimiento económico, entonces las restricciones a la innovación también producen mucho más daño económico que las clásicas restricciones a la competencia”⁷⁹.

gocios en ese entonces vigente, que implicaba computadores centrales que servían a toda una empresa y que tenían un precio mucho mayor.

⁷⁸ FEDERICO *et. al.* (2020), p. 127: “Por otro lado, una empresa incumbente exitosa que recibe grandes ganancias por el statu quo, tiene un poderoso incentivo a preservar las mismas y ello puede implicar ralentizar o bloquear amenazas disruptivas. Los incumbentes exitosos pueden considerar además muy difícil organizacionalmente invertir en tecnologías disruptivas”. Traducción libre. Véase también, BRESNAHAN, GREENSTEIN & HENDERSON (2012) y CHRISTENSEN (1997).

⁷⁹ HOVENKAMP (2007), p. 253. Traducción libre.

Continúa dicho autor indicando que el derecho de la competencia, con su clásica preocupación de que los precios se ajusten lo más posible a costos, está muchas veces apuntando al blanco equivocado, concluyendo que las

“...restricciones a la innovación son probablemente más dañinas que los carteles tradicionales de precios, los que consideramos normalmente como la práctica anticompetitiva más grave...”⁸⁰.

En otras palabras, la política de competencia, vinculada de manera indefectible a la consecución de los mayores grados de bienestar social para los consumidores, debiera privilegiar aquellas áreas que maximizen de mejor forma dicho fin. Y la literatura económica, teórica y empírica, sugiere que ello tiene relación en gran medida con la generación de condiciones para la innovación. En dicho sentido, si se quiere ser fiel a dicho objetivo, se estima que ciertas priorizaciones actuales deben reorientarse, al menos en alguna medida.

Con todo, se pretende acá desconocer que las conductas colusorias producen graves daños en el mercado, ni disminuir el disvalor social que se le otorga a dicho tipo de conductas, asociado al fraude o engaño que implican en relación con lo que debiera esperarse de los competidores en un mercado y a como distorsionan el proceso competitivo (y su valor social) en su exclusivo beneficio⁸¹. En efecto, ello es sobre todo válido respecto de carteles que afectan el precio, sea directa o indirectamente, de bienes sensibles, como ha sucedido en Chile con los remedios, la carne de pollo o el papel higiénico, pudiendo extenderse, además, por un período prolongado. En dicho sentido, no se está proponiendo que las autoridades de libre competencia deberían dejar de perseguir carteles, sobre todo en mercado altamente sensibles.

No obstante, el punto que se quiere levantar acá es que las conductas que afectan la innovación y con ello de forma relevante el bienestar social, debieran tener al menos igual prioridad. La lógica de ello es simple, pero difícil de cuestionar, frente a recursos limitados, como son los que tienen las agencias de competencia, deben privilegiarse las acciones que generen un mayor impacto para la consecución de los objetivos legales y de política pública de competencia. A dicho respecto, se tiene especialmente presente que la innovación puede producir beneficios dinámicos exponenciales y que

⁸⁰ HOVENKAMP (2007), p. 253. Traducción libre.

⁸¹ Dicho concepto de fraude o engaño, equiparable en cuanto a disvalor social a una estafa, como un comportamiento inaceptable desde el ámbito social, desde un punto de vista moral, es probablemente en buena medida lo que llevó a que la colusión fuera penalizada en el año 2016, mediante la Ley n.º 20945 y lo que explica en forma relevante el repudio público frente a dicho tipo de conductas.

una política de competencia orientada a evitar conductas que la restrinjan, puede resultar necesaria para que dichos beneficios lleguen a los consumidores, generándose el círculo virtuoso al que ya ha hecho referencia.

A la larga y, como ha sido expuesto por la doctrina, la política de competencia tendrá que llegar a un equilibrio entre perseguir conductas que afecten la eficiencia estática en el corto plazo y aquellas que, a fin de cuentas, impidan la eficiencia dinámica en el mercado⁸². De acuerdo con ello, se estima que la política de competencia debería enfocarse en forma relevante en fomentar el libre acceso al mercado y evitar las conductas exclusorias, cuestiones sobre las que se ahondará a continuación.

5. EL LIBRE ACCESO AL MERCADO Y LA EXCLUSIÓN COMO FOCOS DE UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA PARA LA INNOVACIÓN

En nuestra opinión, de lo expuesto en los puntos anteriores surge en forma natural que una preocupación fundamental del derecho de la competencia debe ser que las ideas de negocio, los nuevos productos o los nuevos procesos o negocios puedan efectivamente llegar a existir e ingresar al mercado, evitando conductas oportunistas por parte de los incumbentes destinadas a impedirlo. Así, se requiere una especial preocupación por las barreras estratégicas a la entrada que puedan imponer los incumbentes, sobretodo en mercados intensivos en tecnología⁸³.

En efecto, la literatura atingente resalta que parte importante de la presión competitiva que conduce a innovar proviene de emprendedores o externos que buscan ingresar a un mercado o, incluso, crear uno nuevo, con el objetivo de apropiarse de los beneficios que ello genere. En palabras de Robert Cooter,

“el grueso del crecimiento económico viene desde los emprendedores. Solo la posibilidad de ganancias extraordinarias conduce a los emprendedores a apostar en grande por ideas riesgosas”⁸⁴.

⁸² SCHILLING (2015), p. 192.

⁸³ De acuerdo con la FNE (2012), p. 15, dentro de las barreras estratégicas “...se pueden mencionar la (sobre) inversión en capacidad instalada o en marketing, la proliferación de marcas, acaparamiento de patentes, la existencia de cláusulas de no competencia y/o de exclusividad, los clubes de descuento o estrategias de fidelización de marca; la reputación de ‘competidor duro’ como consecuencia de la aplicación de políticas agresivas de precios o de prácticas comerciales que, en general, tienen por efecto el incremento de los costos de los rivales”.

⁸⁴ COOTER (2014), p. 1.17. Traducción libre.

En dicho sentido, buena parte de la literatura sugiere que la innovación externa, que proviene de empresas de fuera del mercado es a la postre más relevante que la innovación interna, que proviene de las empresas ya establecidas⁸⁵. Ello, por cuanto, se ha indicado, la misma es mucho más susceptible “de ser de naturaleza disruptiva –un salto gigante adelante, por así decirlo”⁸⁶, ya que cuando una empresa dominante innova, la misma tiende a seguir el mismo camino que ya ha desarrollado, está sujeta a las presiones de sus consumidores por mejoras incrementales de sus productos y puede enfrentar serios problemas cognitivos para imaginar un camino distinto a su (exitoso) curso actual⁸⁷.

En efecto, los entrantes disruptivos no usan la misma tecnología o modelo de negocios que los incumbentes, ofreciendo no solo menores precios, sino toda una propuesta de valor distinta⁸⁸, por lo que, al hacer su oferta atractiva a los consumidores en una forma nueva, pueden “...destruir gran parte de las rentas de los incumbentes mientras crean una gran cantidad de excedente del consumidor”⁸⁹. Así, ello resulta en un proceso competitivo sano, mediante el cual salen algunos productos y métodos de negocio del mercado, siendo reemplazos por otros mejores⁹⁰.

En dicho sentido, el libre acceso al mercado o la posibilidad de ingresar efectivamente al mismo, o, en simple, la oportunidad de competir resulta fundamental para mantener dicha presión competitiva virtuosa y, a la larga, los beneficios de la innovación. Por lo mismo, las prácticas de empresas dominantes en relación con sus competidores requieren de un escrutinio minucioso, sobre todo en mercados intensivos en tecnología. Si bien las acciones específicas y estándares que podrían adoptar las autoridades de competencia con tal fin requieren de un desarrollo que excede los fines del presente trabajo, parece que, de acuerdo con lo expuesto, no cabe duda que se requiere un enfoque activo y agresivo al respecto y, en general, tender a una concepción de baja tolerancia a dicho tipo de conductas.

Dicha aseveración no solo tiene un fundamento económico robusto, sino que, en Chile, una fuerte raigambre jurídica, en el art. 19 n.º 21 inciso primero de la Constitución Política, que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. A dicho respecto, tanto el TDLC⁹¹,

⁸⁵ Véase, por ejemplo, WU (2012), p. 318.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ FEDERICO *et al.* (2020), p. 126.

⁸⁹ *Ibid.* Traducción libre.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2010), sentencia n.º 105, cons. 19:“(…) las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211 contribuyen al objetivo de tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, en la medida en que su

la Excma. Corte Suprema⁹² y el Tribunal Constitucional⁹³, han entendido que la legislación de libre competencia tiene como uno de sus objetivos el resguardar la libertad de todos los agentes económicos de participar en la economía con igualdad de oportunidades, oponiéndose al abuso de dicha libertad por parte de agentes que pretenden obstaculizar el acceso o ingreso al mismo.

Como corolario de lo anterior, surge que el derecho de la libre competencia debería también reevaluar la menor relevancia relativa que la asigna en la actualidad a la persecución de conductas exclusorias que impiden o dificultan la entrada o expansión de competidores, en especial en mercados sujetos a cambios tecnológicos relevantes. Tim Wu explica de muy buena forma:

“...mientras que la fijación de precios ha sido descrita como el mal supremo del derecho de la competencia, desde la perspectiva de la promoción de la innovación, la exclusión es el mal supremo real. Es la exclusión, sea practicada por un monopolista o un oligopolista, la que aumenta el precio para que las nuevas ideas (plasmadas en productos) puedan entrar al mercado”⁹⁴.

En otras palabras, siguiendo al mismo autor, si los incumbentes perciben que las autoridades de competencia tienen una baja disposición a perseguir conductas exclusorias, internalizarán como una alternativa plausible el incurrir en dicho tipo de conductas para responder frente a amenazas de otras empresas, en vez de competir en innovar⁹⁵. Mientras más “barato” sea excluir, menos incentivos tendrá el incumbente en invertir en mejorar sus productos⁹⁶. En dicho sentido,

aplicación prevenga o reprima los casos en que tal asignación importe la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo e injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado, desde el punto de vista de la libre competencia”.

⁹² CORTE SUPREMA (2012), rol n.º 2578, cons. 84: “En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado (...)”.

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006), sentencia n.º 467: “una de las finalidades (de la legislación de defensa de la libre competencia) es salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos”.

⁹⁴ WU (2012), p. 316. Traducción libre.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 319.

⁹⁶ *Ibid.*

“si aceptamos que la innovación y la exclusión son respuestas alternativas a un desafío externo, entonces hacer que la exclusión sea cara es lo mismo que promover la innovación”⁹⁷.

Por último, en este punto, se debe notar que la exclusión puede provenir tanto de conductas unilaterales de las empresas dominantes como de acuerdos entre competidores destinados a dificultar o impedir el ingreso al mercado, como sucedió, por ejemplo, en Estados Unidos en el caso *Allied Tube*⁹⁸, en el que se sancionó a diversos productores de conductores eléctricos, quienes, en el marco de una influyente organización de establecimiento de estándares (*Standard-setting organization*) votaron por excluir de su compatibilidad con el estándar, que era usado en forma extensa, a un productor innovador de conductores de PVC, el que tenía menores costos y mejores características⁹⁹. En tal sentido, dicho tipo de acuerdos, considerados en nuestra legislación como menos graves que los denominados carteles duros, también pueden requerir de un mayor escrutinio, por su probable mayor conexión con consideraciones de eficiencia dinámica¹⁰⁰.

En relación con los argumentos ya expuestos, referidos a la dificultad de identificar prácticas exclusorias anticompetitivas y la probabilidad de cometer errores, se estima que ello, aun de aceptarse, debe sopesarse con los ingentes daños para la economía y la innovación que puede generar el no perseguir conductas exclusorias. No puede desconocerse que, como dice Tim Wu, para

“...un derecho de la competencia centrado en la innovación, este es un problema dinámico incluso más grave que los consumidores paguen precios altos”¹⁰¹.

⁹⁷ WU (2012), p. 319. Traducción libre. Agrega el autor: “La descripción más simple de una política de competencia para la innovación es la siguiente: debe utilizar la política de competencia para subir los costos de la exclusión, de dicha forma promoviendo la innovación externa y forzando al incumbente a responder de la misma forma”. Traducción libre. En un sentido similar, FEDERICO *et al.* p. 127: “Una vez que uno entiende propiamente la naturaleza dinámica del proceso competitivo, aparece con claridad que una mayor rivalidad— entendida como mayor contestabilidad de las ventas futuras— lidera la innovación futura. El rol crítico de la política de competencia es entonces prevenir a los líderes actuales del mercado usar su poder de mercado para inhabilitar amenazas disruptivas, sea adquirido a los entrantes potenciales o usando tácticas anticompetitivas para excluirlos”. Traducción libre.

⁹⁸ *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988).

⁹⁹ Véase HOVENKAMP (2007), p. 252.

¹⁰⁰ Debe tenerse presente que, de acuerdo con la letra a) del art. 3, los acuerdos que consistan en excluir competidores, no son propiamente *per se*, al requerirse probar poder de mercado a su respecto, a diferencia de lo que sucede en los casos de acuerdos de precios, cantidades, repartos de mercado y afectación de licitaciones.

¹⁰¹ WU (2012), p. 316. Traducción libre.

Además, se tiene presente que la literatura ha identificado varios casos de conductas exclusorias que carecen de toda plausibilidad de eficiencia, las que se han denominado como *cheap exclusions*¹⁰² o exclusiones baratas. Un ejemplo de ello son los fraudes al sistema de patentes, que permiten extender de forma injustificada la duración de patentes cuyo plazo está por terminar. Como se puede entender, resulta prácticamente imposible argumentar que una conducta de dicho tipo pueda tener alguna justificación de eficiencia o que es más difícil apreciar sus efectos anticompetitivos en comparación con una conducta colusoria.

En dicho sentido, siguiendo a Jonathan Baker, es posible identificar conductas exclusorias que carecen de justificación plausible de eficiencia¹⁰³ y la mayor dificultad asignada a la identificación de las conductas exclusorias bien puede corresponder a dos factores. Primero, a la propia reticencia de las agencias a llevar adelante casos de exclusión, lo que implica una menor experiencia en la identificación de conductas exclusorias inequívocamente ineficientes. Segundo, a un error de categoría de análisis, al compararse conductas colusorias que se saben ineficientes (como la fijación de precios) con conductas exclusorias que sí tienen alguna plausibilidad de eficiencia. De acuerdo con ello, dicho autor hace hincapié en que ciertos acuerdos entre competidores también pueden tener justificación de eficiencia y que, por tanto, la comparación correcta debe hacerse entre conductas, sea unilaterales o coordinadas, que carezcan de plausibilidad de eficiencia, no habiendo razón alguna que haga pensar que las agencias y tribunales van a cometer más errores en apreciar un tipo de conducta respecto de otra¹⁰⁴.

¹⁰² CREIGHTON *et al.* (2005), pp. 2-3: “¿Qué es cheap exclusion? (...) nos referimos a conductas exclusorias que son ‘baratas’ en dos formas distintas. Primero, nos referimos a conductas que cuestan poco o significan poco riesgo para las empresas que las practican, tanto en términos absolutos, como en comparación con las ganancias (o potencial de ganancias) que conllevan... Segundo, al hablar de ‘exclusión barata’, entendemos una particular estrategia exclusoria de bajo costo, una que no implica ninguna alegación reconocible de eficiencia; que es ‘barata’ porque tiene poco valor positivo. (...) Para nombrar un ejemplo, el fraude cometido al estado no es susceptible de ningún tipo de justificación reconocible de eficiencia, esto es, no puede ser explicada en términos de los esfuerzos del acusado de incrementar la producción, innovar o mejorar los productos o servicios. Al igual que respecto de las conductas colusivas, la prueba (...) puede ser difícil de establecer (...). Una vez establecida (...) el análisis de competencia termina”. Traducción libre.

¹⁰³ BAKER (2013), p. 545: “Tanto en el contexto exclusorio, como colusivo, las reglas legales llaman la atención a un particular tipo de conducta carente de justificación plausible de eficiencia. El término ‘desnudo’ es usado para acuerdos colusorios de precios, división de mercados (...) que no pueden ser justificados plausiblemente como eficientes. El término ‘exclusión plana’, será usado para describir conductas exclusionarias comparables: carentes de justificación plausible de eficiencia. ‘Cheap exclusion’ es un tipo de exclusión plana...”. Traducción libre.

¹⁰⁴ BAKER (2013), p. 579: “Es difícil visualizar por qué las dificultades en identificar daños a la competencia van a ser sistemáticamente mayores en un contexto de exclusión que en

Así, reconocer y priorizar la persecución de dicho tipo de exclusiones, carentes de plausibilidad de eficiencia, parece ser una vía concreta de acción potencial para las agencias de competencia.

En suma, atendida la importancia de la innovación para una política de competencia efectiva y las consecuencias negativas que las barreras estratégicas a la entrada y la exclusión pueden tener para la misma, parecen existir buenas razones para que el derecho de la competencia le asigne al menos igual prioridad a la persecución de dicho tipo de conductas que la que se le asigna a la persecución de carteles tradicionales¹⁰⁵.

6. CONCLUSIONES

Tal como se expuso, la innovación tecnológica es la principal fuerza que contribuye al crecimiento económico, aun en forma exponencial, por lo que su promoción está íntimamente ligada al bienestar social que las políticas públicas de competencia buscan conseguir. De acuerdo con ello, la política pública y el derecho de la competencia no pueden desligarse de atacar aquellas conductas que tienen un mayor impacto sobre la innovación. No hacerlo puede implicar incluso comprometer el cumplimiento de sus objetivos.

La constatación anterior implica que resulta necesaria una reorientación de prioridades, al menos en alguna medida. En dicho sentido, y parafraseando la idea de John Keynes con la que se empezó este trabajo, vale la pena al menos cuestionar las ideas establecidas sobre la prioridad que tiene la persecución de conductas relacionadas a daños de eficiencia estática, en especial, los carteles de precios o cantidad.

En nuestra opinión, especialmente en mercados intensivos en tecnología, resulta recomendable asignar igual prioridad a evitar y sancionar conductas que comprometen en mayor medida la eficiencia dinámica, como son las barreras a la entrada que impiden o retardan el libre e igual acceso al mercado y las conductas exclusorias.

uno de colusión, si es que en ambos casos la conducta no posee una justificación plausible de eficiencia, esto es, en un escenario de colusión desnuda y exclusión plana". Traducción libre.

¹⁰⁵ BAKER (2013), p. 586: "La exclusión debería ser reconocida como una preocupación central del derecho y política de la competencia, junto con la colusión y el uso retórico convencional que trata a las conductas anticompetitivas exclusorias como de menor importancia, debe ser evitado. Hacerlo así puede llevar a las agencias a otorgar una prioridad mayor a perseguir conductas exclusorias que la que asignan hoy, especialmente para prevenir conductas exclusorias que evitan la entrada en mercados sujetos a rápidos cambios tecnológicos". Traducción libre.

BIBLIOGRAFÍA

- BAKER, Jonathan (2007). "Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation", in *Antitrust Law Journal*, vol. 74, N° 3, pp. 575-602.
- BAKER, Jonathan (2013). "Exclusion as a core competition concern", in *Antitrust Law Journal*, vol. 78, N° 3, pp. 527-589.
- BOHANNAN, Cristina & Herbert HOVENKAMP (2012). *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, New York: Oxford University Press.
- BRESNAHAN, Timothy, Shane GREENSTEIN & Rebecca HENDERSON (2012). "Schumpeterian Competition and Diseconomies of Scope: Illustrations from the Histories of Microsoft and IBM", in Josh LERNER & Scott STERN (eds.). *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago: University of Chicago Press.
- CHRISTENSEN, Clayton (1997). *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston: Harvard Business School Press.
- CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN PARA EL DESARROLLO (2019). "Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para Chile". Disponible en www.cnid.cl/wp-content/uploads/2019/12/CTCI-para-Chile-y-Contexto-para-la-reflexion_web.pdf [fecha de consulta: marzo de 2020].
- COOTER, Robert (2014). "The Falcon's Gyre: Legal Foundations of Economic Innovation and Growth", in *Berkeley Law Scholarship Repository*, version 1.4. Disponible en https://works.bepress.com/robert_cooter/168/ [fecha de consulta: abril 2020].
- CREIGHTON, Susan, Bruce HOFFMAN, Thomas KRATTENMAKER y Ernest NAGATA (2005). "Cheap Exclusion", in *Antitrust Law Journal*, vol. 72, N° 3, pp. 975-995.
- DELOITTE UNIVERSITY PRESS (2013). "From exponential technologies to exponential innovation, Report 2 of the 2013 Shift Index". Disponible en www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/technology/from-exponential-technologies-to-exponential-innovation.html [fecha de consulta: marzo de 2020].
- DIAMANDIS, Peter & Steven KOTLER (2012). *Abundance: The Future Is Better Than You Think*, New York, Free Press.
- ELHAUGE, Einer (2016). "Horizontal shareholding", in *Harvard Law Review*, vol. 129, N° 5, pp. 1267-1317.
- FEDERICO, Giulio, Fiona SCOTT MORTON & Carl SHAPIRO (2020). "Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption", in Josh LERNER & Scott STERN (eds.): *Innovation Policy and the Economy*, Chicago: The University of Chicago Press.
- FNE –FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA– (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf [fecha de consulta: marzo de 2020].
- HICKS, John (1935). "Annual survey of economic theory: the theory of monopoly", in *Econometrica*, vol. 3, N° 1, pp. 1-20.

- HOVENKAMP, Herbert (2007). "Restraints on Innovation", in *Cardozo Law Review*, vol. 29, N° 1, pp. 247-260.
- HOVENKAMP, Herbert (2011). "Antitrust and innovation: where we are and where we should be going", in *Antitrust Law Journal*, vol. 77, N° 3, pp. 749-756.
- HOVENKAMP, Herbert (2019). "Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?", in *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1985. Disponible en https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985 [fecha de consulta: marzo de 2020].
- HUERTA DE SOTO, José (2010). "La teoría de la eficiencia dinámica", en *Revista de Economía & Administración*, vol. 7, n.º 2, pp. 99-140.
- KRATTENMAKER, Thomas & Steven SALOP (1986). "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price", in *Yale Law Journal*, vol. 96, N° 2, pp. 211-293.
- LÓPEZ-PORTILLO, José Ramón (2018). *La gran transición: Retos y oportunidades del cambio tecnológico exponencial*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- John MAYNARD (1935). Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*. London, Palgrave Macmillan.
- MOYA, Patricio y Francisco MOLINA (2017). "Innovación y emprendimiento en el discurso político chileno", en *Journal of Technology Management & Innovation*, vol. 12, n.º 1, Santiago, pp. 93-99.
- OECD –ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO– (2000). "Hard Core Cartels". Disponible en www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].
- OECD –ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO– (2010). "Derecho y política de competencia en Chile, Examen de acceso". Disponible en www.oecd.org/daf/competition/sectors/47951548.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].
- OECD –ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO– (2015). "Hearing on disruptive innovation, Issues Paper by the Secretariat". Disponible en [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En) [fecha de consulta: abril de 2020].
- PITOFSKY, Robert (ed.) (2008). *How the Chicago school overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*, New York: Oxford University Press.
- ROADES, Stephen & Roger RUTZ (1982). "Market power and firm risk: A test of the 'quiet life' hypothesis", in *Journal of Monetary Economics*, vol. 9, N° 1, pp. 73-85.
- ROSER, Max & Hannah RITCHIE (2020). "Technological Progress". Disponible en <https://ourworldindata.org/technological-progress> [fecha de consulta: marzo de 2020].
- SALOP, Steven (2010). "Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard", in *Loyola Consumer Law Review*, vol. 22, N° 3, pp. 336-353.

- SCHILLING, Melissa (2015). "Towards dynamic efficiency: innovation and its implications for antitrust", in *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, N° 3, pp. 191-207.
- SCHUMPETER, Joseph (1943). *Capitalism, socialism and democracy*, London: Taylor & Francis e-Library).
- TAPIA, Javier (2014). "Dime de qué presumes y te diré de qué careces": el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile", en *Revista de Derecho de la Competencia*, vol. 10 n.º10, pp. 47-119.
- WHISH, Richard & David BAILEY (2012). *Competition Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- WU, Tim (2012). "Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most", in *Antitrust Law Journal*, vol. 78, N° 2, pp. 313-328.