



MERCADO RELEVANTE EN PLATAFORMAS: EL CASO OHIO V. AMEX

Elisa Greene y Benjamín Mordoj

Mercado relevante en plataformas: el caso *Ohio v. Amex*¹

Febrero 2020



Elisa Greene

Ingeniero comercial, mención Economía y asociada de FerradaNehme.



Benjamín Mordoj

Abogado y socio de FerradaNehme.

I. ASPECTOS GENERALES

Una definición básica de un mercado como de dos o más lados supone a una firma que actúa como plataforma, comercializando productos distintos a diferentes grupos de consumidores. Una característica distintiva de tales mercados es que la demanda de un grupo de consumidores depende de la demanda del otro y, posiblemente, viceversa²⁻³. Esto implica que existen efectos de red que la plataforma internaliza, pero no así los consumidores en su decisión de usar la plataforma. Por eso, a estos efectos de red se les denomina también externalidad.

Dichas externalidades se dividen en dos. Por un lado, existen las *externalidades de membresía*, que corresponden a los efectos que tiene en un grupo de consumidores la pertenencia de una persona al otro u otros grupos de consumidores –es decir, los beneficios que recibe un lado del mercado por el número de consumidores que existe en el otro u otros–. La *externalidad de membresía* es aquella derivada de los llamados efectos indirectos de red⁴.

Por otro lado, existen las *externalidades por uso*. Estas consisten en el efecto que tiene el uso de la plataforma por uno de los grupos de consumidores en la demanda del otro⁵. Las *externalidades por uso* solo se encuentran presentes cuando existe una transacción observable entre los distintos grupos de consumidores del mercado –es decir, cuando dos o más partes ejecutan una transacción por intermedio de la plataforma–.

1 Los autores agradecen a María Turner por su valiosa contribución a este artículo.

2 David Evans, “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, *Yale Journal on Regulation* 20, N° 2 (2003), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.332022>.

3 No existe una definición única en esta materia. Otra sostiene que un mercado de múltiples lados es aquel en que existen dos o más demandas (lados) interdependientes pero distintas, que son unidas a través de una plataforma. Por *interdependencia* debe entenderse, precisamente, aquella situación en que las acciones del grupo de usuarios en un lado inciden en los resultados de el o los otros lados. Cfr., Marc Rysman, “The Economics of Two-Sided Markets”, *Journal of Economic Perspectives* 23, N° 3 (2009), 125, <https://doi.org/10.1257/jep.23.3.125>.

4 Por ello, una externalidad o efecto indirecto de red puede definirse como la incidencia en la valoración de la red que tiene para un lado la presencia de uno o más usuarios en el otro lado. Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *The Digital Economy* (febrero 2013), 8, <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.

5 Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme y Pauline Affeldt, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *Journal of Competition Law and Economics* 10, N° 2 (junio 2014), <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu007>.

Cuando esto ocurre, el mercado de dos lados (y la plataforma) se denomina *mercado transaccional*.

De la distinción derivada de las *externalidades de uso* –plataformas transaccionales y no transaccionales– surge la divergencia sobre cómo definir el mercado relevante en el caso de los llamados mercados transaccionales. El caso *Ohio v. Amex*⁶, resuelto en junio de 2018 por la Corte Suprema de Estados Unidos, refleja esa divergencia. Este caso ha generado un voluminoso cuerpo de literatura a su alrededor, el que entre otras cosas versa precisamente sobre la forma de definir mercado(s) relevante(s) en el contexto de plataformas⁷. Lo anterior no es casualidad, pues la sentencia de la Corte Suprema –y también de los tribunales inferiores que conocieron el caso– fue especialmente *doctrinaria*, en tanto descansó fuertemente en modelos teóricos y propuestas académicas sobre este particular⁸.

En su votación 5 a 4, la Corte señaló que, en el caso de los denominados mercados de dos o más lados que presentan un componente transaccional, corresponde definir un solo mercado relevante y no tantos mercados como demandas (lados) existen. Por el contrario, el voto de minoría, liderado por el Juez Breyer, estimó que la calificación de una plataforma como transaccional era indiferente desde una perspectiva de mercado relevante, debiéndose definir dos mercados diferentes, aunque de bienes complementarios y –por lo tanto– vinculados entre sí.

Si algo refleja *Ohio v. Amex*, es que tanto la literatura como la práctica de libre competencia exhiben una falta de consenso en la definición de mercado relevante a propósito de las plataformas. Esto tiene implicancias relevantes en la evaluación de conductas en el contexto de libre competencia, tanto para la determinación del poder de mercado de una plataforma (esto es, su calificación como dominante y su aptitud para ejercer poder de mercado) como en la evaluación de los efectos de una eventual conducta realizada por esta. Esto, a su vez, incide en la carga de la prueba de demandantes y demandados a la hora de probar los hechos relevantes de un caso. Por ello, entender las dimensiones de este caso parece importante.

Del mismo modo, como se explicará brevemente, aunque no ha sido un aspecto central de los análisis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sus decisiones parecen trasuntar una doctrina similar a la del voto de mayoría de la Corte en *Ohio v. Amex*, lo que debiera ser considerado para futuros casos que involucren plataformas en Chile.

El presente artículo no toma una posición ni pretende formular una tesis sobre cuál posición –a favor de un mercado relevante o de dos complementarios– es la correcta. Su ámbito es mucho más modesto; simplemente busca describir el caso e ilustrar sucintamente la discusión sobre este particular, ayudando a entender los argumentos presentados en favor del voto de mayoría o de minoría en este caso (y sus implicancias para futuros casos similares).

6 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018).

7 La importancia de esta decisión se refleja en sus secuelas. Además de los artículos citados aquí, a la fecha de redacción de este artículo, Evans y Schmalensee publicaron un libro que analiza y defiende el voto de mayoría de la Corte Suprema. Véase, David Evans y Richard Schmalensee, *Antitrust Analysis of Platform Markets: Why the Supreme Court Got It Right in American Express* (Boston: Competition Policy International, 2019). Véase también el reciente artículo de Gunnar Niels, "Transaction Versus Non-Transaction Platforms: A False Dichotomy in Two-Sided Market Definition", *Journal of Competition Law & Economics* (diciembre 2019), <https://doi:10.1093/joclec/nhz016>.

8 Entre otras referencias, el voto de mayoría citó la siguiente doctrina: David Evans y Richard Schmalensee, "Markets With Two-Sided Platforms", *Issues in Competition Law & Policy* 1 (febrero 2008), Capítulo 28; David Evans y Michael Noel, "Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms", *Columbia Business Law Review* 3 (diciembre 2005), <https://doi.org/10.7916/cblr.v2005i3.3011>; y particularmente, Filistrucchi et al., "Market Definition In Two-Sided Markets".

II. EL CASO OHIO V. AMEX

A. Los hechos del caso

En el mercado de tarjetas de crédito de Estados Unidos participan las marcas o redes de tarjetas de crédito American Express (Amex), Visa, MasterCard y Discover. Para competirle a Visa y MasterCard, Amex habría adoptado un modelo económico distinto a sus rivales, basado en ofrecer mayores recompensas a los tarjetahabientes por el uso de la tarjeta emitida bajo su bandera o marca. En el caso de todas las marcas, las recompensas a los tarjetahabientes –por ejemplo millas de canje para vuelos– se financian mediante el cobro de una tarifa a los comercios, lo que genera que los comercios tengan incentivos a que sus clientes, al momento de pagar, lo hagan con otros medios de pago (práctica conocida como *steering*, en sentido amplio) o con tarjetas de crédito de una bandera que cobre una tarifa más reducida (*steering* en sentido restringido)⁹, la que normalmente tendrá menores recompensas a los tarjetahabientes. Como respuesta a tales incentivos de los comercios, en los contratos con éstos las marcas impusieron cláusulas que prohibían el *steering* en sentido restringido (llamadas cláusulas de no discriminación, de no incitación o *antisteering provisions*).

En octubre de 2010, el gobierno de Estados Unidos junto a 19 Estados demandó a Amex, Visa y MasterCard por violar la Sección 1º del Sherman Act, debido a sus cláusulas de no discriminación en sentido restringido. Producto de la demanda, Visa y MasterCard eliminaron dichas cláusulas. Amex las mantuvo y decidió litigar el caso, muy probablemente influida por sus mayores tarifas cobradas a comercios y recompensas entregadas a tarjetahabientes (lo que, como se explicó, sería una derivación de su modelo de negocios).

B.1 Decisión de primera instancia

En la primera instancia, la Corte de Distrito consideró que las marcas prestarían dos servicios diferenciables, y que por tanto constituirían dos mercados relevantes distintos, aunque interrelacionados entre sí. Sostuvo que, por un lado, se encontraría el servicio otorgado a los tarjetahabientes y, por el otro, el servicio otorgado a los comercios.

Respecto de este último, concluyó que las cláusulas de no incitación impuestas por Amex provocaban un aumento en las tarifas cobradas a los comercios, en donde Amex tenía poder de mercado, por lo que éstas serían anticompetitivas.

B.2 Decisión de segunda instancia

La Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, tras establecer que el mercado de tarjetas de crédito constituiría un único mercado relevante –que incluiría el servicio prestado tanto a comercios como a tarjetahabientes– concluyó que las cláusulas impuestas por Amex no serían anticompetitivas, razón por la

9 En rigor, esta tarifa, denominada *merchant discount*, se compone en gran medida de una tasa de intercambio, que remunera al emisor de la tarjeta (normalmente un banco). Esto tiene diversas implicancias en el análisis de libre competencia. Del mismo modo, salvo el caso de Amex –que en Estados Unidos tiene un modelo de negocios basado en la adquirencia propia– ese *merchant discount* es cobrado por un adquirente independiente y no por la marca, lo que también tiene implicancias. Sin embargo, ambas cuestiones no resultan esenciales para el presente análisis por lo que se omiten.

cual revocó el fallo de primera instancia, absolviendo a Amex.

B.3. Decisión de la Corte Suprema

En su sentencia confirmatoria del fallo de segunda instancia, la Corte Suprema inició su análisis identificando el tipo de restricción que constituirían las cláusulas de no discriminación de Amex, a fin de dilucidar si éstas eran anticompetitivas *per se* o si debían ser analizadas conforme a su razonabilidad. La Corte consideró que, al ser restricciones verticales, éstas debían ser juzgadas bajo la regla de la razón¹⁰, lo que implicaba un análisis jurídico de tres etapas.

La primera etapa consistía en el análisis sobre el potencial efecto anticompetitivo de las cláusulas de no incitación. Al respecto, la Corte indicó que la decisión del tribunal de primera instancia era errada, puesto que ésta se concentraba únicamente en un lado del mercado –el de los comercios– y no en ambos. En ese sentido, estimó que no habría sido suficiente acreditar que las cláusulas aumentaron la tarifa a éstos, sino que debía probarse que incrementaron el precio *total* de las transacciones –es decir, a tarjetahabientes y comercios simultáneamente– por sobre un nivel competitivo, que redujeron el número de transacciones (es decir, las cantidades producidas), o, más en general, que afectaron la competencia en el mercado de tarjetas de crédito.

La decisión concluyó que no era posible acreditar que (i) el servicio ofrecido por Amex tuviese un costo mayor para los comercios al ofrecido por sus competidores; (ii) las *antisteering provisions* le hayan otorgado a Amex un poder de mercado suficiente para cobrar precios anticompetitivos a ambos lados del mercado; ni, (iii) dichas cláusulas hayan afectado la competencia en el mercado de tarjetas de crédito. Es decir, que no era posible constatar, bajo la primera etapa de un análisis de razonabilidad de las cláusulas de no incitación, que éstas tuvieran un efecto anticompetitivo. Señaló la Corte que: *“In sum, the plaintiffs have not satisfied the first step of the rule of reason. They have not carried their burden of proving that Amex’s antisteering provisions have anticompetitive effects. Amex’s business model has spurred robust interbrand competition and has increased the quality and quantity of credit-card transactions. And it is [t]he promotion of interbrand competition, after all, that ‘is . . . ‘the primary purpose of the antitrust laws’”*¹¹.

Asimismo, la decisión indicó que no había nada inherentemente anticompetitivo en dichas cláusulas y que, inclusive, estas permitirían prevenir comportamientos oportunistas de los comercios, quienes aprovecharían la oferta de aceptar tarjetas Amex como una suerte de incentivo para atraer un flujo de tarjetahabientes a los cuales posteriormente se les invitaría a pagar con otra tarjeta¹².

10 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). “In this case, both sides correctly acknowledge that Amex’s antisteering provisions are vertical restraints— i.e., restraints ‘imposed by agreement between firms at different levels of distribution.’ The parties also correctly acknowledge that, like nearly every other vertical restraint, the anti-steering provisions should be assessed under the rule of reason”. Citas internas omitidas. Traducción libre: “En este caso, ambas partes correctamente reconocen que las cláusulas de no incitación de Amex constituyen restricciones verticales –v.gr., restricciones ‘impuestas por un acuerdo entre empresas ubicadas en diferentes niveles de la cadena de distribución’. Las partes también reconocen correctamente que, como cualquier otra restricción vertical, las cláusulas de no incitación deben ser evaluadas bajo la regla de la razón”.

11 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). Citas internas omitidas. Traducción libre: “En suma, los demandantes no pudieron satisfacer la primera etapa de la regla de la razón. No han cumplido con su carga de probar que las cláusulas de no incitación de Amex tienen efectos anticompetitivos. El modelo de negocios de Amex ha estimulado una competencia intermarcario robusta y ha incrementado la calidad y cantidad de las transacciones con tarjetas de crédito. Y ‘es la promoción de la competencia intermarcas la que, al final, ‘constituye el objetivo principal de la normativa de libre competencia’”.

12 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). “[t]here is nothing inherently anticompetitive about Amex’s antisteering provisions.

B.3.1. Mercado relevante en el voto de mayoría: plataformas transaccionales versus plataformas no transaccionales

Para el voto de mayoría, el mercado relevante debiera reflejar la realidad de una industria, por lo que ésta puede suponer que se ofrezcan dos o más productos o servicios simultáneamente. Al ser una red de tarjetas de crédito una plataforma que intermedia entre comercios y tarjetahabientes, sostuvo, existen externalidades indirectas de red que llevan a que la plataforma deba ser sensible al precio cobrado en ambos lados. Producto de lo anterior, en ocasiones la plataforma debe cobrar a un grupo un valor mucho más bajo que al otro. Esto cobraría especial sentido en la plataforma de tarjetas de crédito, puesto que, al reducir o eliminar el cobro a los tarjetahabientes, aumentaría el número de éstos, lo que conllevaría que un mayor número de comercios acepten esa marca.

En suma, tomando cierta literatura existente¹³, la mayoría consideró que al tratarse de una plataforma transaccional el análisis competitivo debía considerar ambos lados de la plataforma como un solo mercado relevante: “[c]redit-card networks are two-sided platforms. Due to indirect network effects, two-sided platforms cannot raise prices on one side without risking a feedback loop of declining demand (...) Price increases on one side of the platform likewise do not suggest anticompetitive effects without some evidence that they have increased the overall cost of the platform’s services. Thus, courts must include both sides of the platform —merchants and cardholders— when defining the credit-card market (...) These platforms facilitate a single, simultaneous transaction between participants. For credit cards, the network can sell its services only if a merchant and cardholder both simultaneously choose to use the network. Thus, whenever a credit-card network sells one transaction’s worth of card-acceptance services to a merchant it also must sell one transaction’s worth of card-payment services to a cardholder. It cannot sell transaction services to either cardholders or merchants individually (...) Because they cannot make a sale unless both sides of the platform simultaneously agree to use their services, two-sided transaction platforms exhibit more pronounced indirect network effects and interconnected pricing and demand. Transaction platforms are thus better understood as ‘suppl[ying] only one product’ – transactions”¹⁴.

These agreements actually stem negative externalities in the credit-card market and promote interbrand competition. When merchants steer cardholders away from Amex at the point of sale, it undermines the cardholder’s expectation of ‘welcome acceptance’—the promise of a frictionless transaction. A lack of welcome acceptance at one merchant makes a cardholder less likely to use Amex at all other merchants. This externality endangers the viability of the entire Amex network. And it undermines the investments that Amex has made to encourage increased cardholder spending, which discourages investments in rewards and ultimately harms both cardholders and merchants”. Citas internas omitidas. Traducción libre: “[N]o hay nada inherentemente anticompetitivo en las cláusulas de no discriminación de Amex. Estos acuerdos de hecho detienen las externalidades negativas en el mercado de las tarjetas de crédito y promueven la competencia intermarcas. Cuando en el punto de venta los comerciantes incitan a los tarjetahabientes a no usar Amex, socavan la expectativa del tarjetahabiente de ‘aceptación universal’ –la promesa de una transacción sin fricciones. La falta de aceptación universal en un comercio hace menos probable que el tarjetahabiente use Amex en otros comercios. Esta externalidad pone en peligro la viabilidad de toda de la red de Amex. Y socava las inversiones que Amex ha realizado para incrementar el uso de la tarjeta por el tarjetahabiente, lo que desincentiva las inversiones en recompensas y en último término daña a tarjetahabientes y comercios”.

13 Véase *supra*, nota N° 8.

14 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). Citas internas omitidas. Traducción libre: “[I]as redes de tarjetas de crédito son plataformas de dos lados. Debido a las externalidades indirectas de red, las plataformas de dos lados no pueden aumentar los precios en un lado sin arriesgar un efecto retroalimentador de disminución de la demanda (...) El incremento en precios en un lado de la demanda no sugiere efectos anticompetitivos sin evidencia de que ello ha incrementado el costo total de los servicios de la plataforma. Por lo tanto, las cortes deben incluir a ambos lados de la plataforma –comercios y tarjetahabientes– al definir el mercado de las tarjetas de crédito. (...) Estas plataformas facilitan una transacción única y simultánea entre sus partícipes. En el caso de las tarjetas de crédito, la red puede vender sus servicios sólo si un comercio y un tarjetahabiente eligen simultáneamente ambos usar la red. Por lo tanto, cada vez que una red de tarjetas de crédito vende una transacción con valor en los servicios de aceptación de tarjetas a un comercio, debe vender también una transacción con valor en los servicios de pago a los tarjetahabientes. No puede vender servicios de transacción a los tarjetahabientes o los comercios individualmente (...) Porque no pueden efectuar una venta a menos que ambos lados de la plataforma acuerden simultáneamente usar sus servicios, las plataformas de dos lados exhiben efectos indirectos de red más pronunciados, y precios y demanda interconectados. Las plataformas transaccionales son entonces mejor entendidas como ‘oferentes de un solo producto’ – transacciones”.

B.3.2. Mercado(s) relevante(s) en el voto de minoría: bienes complementarios

Para la minoría, los servicios ofrecidos por la marca de tarjetas de crédito a comercios y tarjetahabientes no deberían ser agrupados bajo un único mercado relevante. Su tesis central es que la acusación en contra de Amex se refería únicamente a los efectos anticompetitivos provocados a los comercios y no así a los tarjetahabientes, por lo que no tenía sentido incluir a éstos dentro del análisis del servicio ofrecido a los comercios. Refiriéndose a la decisión de primera instancia, la minoría señaló que: *“Here, American Express stands accused not of limiting or harming competition for shopper-related card services, but only of merchant-related card services, because the challenged contract provisions appear only in American Express’ contracts with merchants. That is why the District Court was correct in considering, at step 1, simply whether the agreement had diminished competition in merchant-related services”*¹⁵.

El voto agrega que los servicios otorgados a comercios y tarjetahabientes serían complementarios y no sustitutos. Para dicho voto, ambos servicios tendrían finalidades diferentes, por lo que no serían equivalentes, sino que complementarios, en el sentido de que deben ser adquiridos en conjunto para que cada uno adquiera valor. Agregó que una disminución en la tarifa para los tarjetahabientes permitiría aumentar las tarifas a los comercios, lo que haría que un servicio no sea sustituto respecto de otro: *“[w]hile the market includes substitutes, it does not include what economists call complements: goods or services that are used together with the restrained product, but that cannot be substituted for that product (...) Here, the relationship between merchant-related card services and shopper-related card services is primarily that of complements, not substitutes. Like gasoline and tires, both must be purchased for either to have value. Merchants upset about a price increase for merchant-related services cannot avoid that price increase by becoming cardholders, in the way that, say, a buyer of newspaper advertising can switch to television advertising or direct mail in response to a newspaper’s advertising price increase. The two categories of services serve fundamentally different purposes. And so, also like gasoline and tires, it is difficult to see any way in which the price of shopper-related services could act as a check on the card firm’s sale price of merchant-related services. If anything, a lower price of shopper-related card services is likely to cause more shoppers to use the card, and increased shopper popularity should make it easier for a card firm to raise prices to merchants, not harder, as would be the case if the services were substitutes. Thus, unless there is something unusual about this case (...) there is no justification for treating shopper-related services and merchant-related services as if they were part of a single market, at least not at step 1 of the ‘rule of reason”*¹⁶.

15 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). Citas internas omitidas. Traducción libre: “Aquí, American Express es acusada no de limitar o dañar la competencia en los servicios asociados a tarjetas relacionados con los compradores, sino que únicamente en los servicios asociados a tarjetas relacionados con comercios, porque las cláusulas contractuales en disputa se encuentran solo en los contratos de American Express con los comercios. Es por ello por lo que la Corte de Distrito se encontraba en lo correcto al considerar, en la etapa 1, simplemente si el acuerdo había disminuido la competencia en los servicios relacionados con el comercio”.

16 *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). Citas internas omitidas. Cursivas en el original. Traducción libre: “[m]ientras que el mercado incluye a los sustitutos, no incluye lo que los economistas denominan complementos: bienes o servicios que son utilizados en conjunto con el producto afecto a restricciones, pero que no pueden ser sustituidos por ese producto (...) Aquí, la relación entre servicios de tarjeta asociados a comercios y servicios de tarjeta asociados a compradores es fundamentalmente de complementos, no sustitutos. Al igual que la gasolina y los neumáticos, ambos deben ser comprados simultáneamente para que cada uno tenga valor. Los comercios molestos por un alza de precios por los servicios relacionados con comercios no pueden evitar el alza de precios transformándose en tarjetahabientes, en una forma en que, por ejemplo, el comprador de avisame en un diario puede cambiarse al visaje en televisión o por correo en respuesta a un incremento en los precios de avisase del diario. Las dos categorías de servicios sirven propósitos fundamentalmente distintos. Y así, al igual que con la gasolina y los neumáticos, es difícil ver alguna forma en que el precio de los servicios relacionados con los compradores pueda actuar como un contrapeso en los precios de venta de los servicios asociados a comercios de la empresa de tarjetas. Si algo ocurre, es que un menor precio en los servicios de tarjeta a compradores probablemente causa que más compradores usen la tarjeta, y la mayor popularidad entre los compradores hará más fácil, no más difícil, a la empresa de tarjetas el subir los precios a los comercios, como ocurriría si los servicios fueran sustitutos. Por lo tanto, a menos que exista algo inusual en este caso (...) no existe justificación para tratar a los servicios relacionados a compradores y los servicios relacionados a comercios como si fueran parte de un mismo mercado, al menos no en la etapa 1 de la ‘regla de la razón”.

III. LITERATURA SOBRE MERCADO RELEVANTE EN EL CASO DE MERCADOS DE DOS LADOS

a. Argumentos a favor de definir un solo mercado relevante

Como se indicó, siguiendo a Filistrucchi *et al.*¹⁷, el voto de mayoría de la Corte definió el mercado de tarjetas como un único mercado, basándose para ello en que una red de tarjetas de crédito constituía una plataforma de tipo transaccional. Así, el mercado estaría compuesto por un mercado primario (de *membresía*) y uno secundario (de *uso*) los que serían necesarios para ejecutar la transacción. La interrelación que produce la transacción entre ambos grupos justificaría la definición de un solo mercado, dado que los precios definidos en cada lado inciden en la decisión de ambos grupos.

Wright y Yun¹⁸ argumentan que la decisión de mayoría de la Corte en *Ohio v. Amex* sería correcta, pues, para evaluar los efectos de la conducta de una plataforma transaccional, sería necesario tener en consideración a ambos grupos de consumidores. Los autores hacen hincapié en que una conducta que daña a un grupo de consumidores (lado) no es directamente homologable a dañar la competencia en un mercado, ya que la misma conducta puede estar beneficiando al otro lado. Por lo anterior, en un análisis de efectos competitivos siempre deben considerarse ambos lados, porque los efectos entre grupos necesariamente los une. Esta forma de análisis reconoce un hecho clave para el análisis de poder de mercado en presencia de plataformas: la reducción de la cantidad total y aumento de precios en un mercado no se puede probar por el efecto en precios en sólo uno de los lados de la plataforma. Por lo tanto, para concluir si una conducta es beneficiosa o perjudicial para la competencia sería necesario evaluar el efecto neto en el mercado integrado, es decir, el daño a los consumidores en un lado en comparación a los beneficios a los consumidores en el otro. Solo así, añaden, se puede llegar a concluir si la conducta daña o no la competencia en el mercado.

Por otro lado, luego del fallo de la Corte Suprema, Filistrucchi¹⁹ efectuó ciertas aclaraciones con respecto a la distinción entre productos ofrecidos por plataformas y bienes complementarios. Señaló que existen similitudes entre ambos tipos de productos que podrían llevar a asimilar –incorrectamente en su parecer– los comportamientos de las firmas que participan en estos mercados. La principal similitud entre dos bienes complementarios, sostiene Filistrucchi, es que existe una relación entre la demanda por estos, es decir, el cambio en el precio de un producto afecta la demanda de otro. Sin embargo, en el caso de los mercados de dos lados el aumento de la demanda de uno de los grupos de consumidores puede incidir negativamente en la demanda del otro²⁰, mientras que en los bienes complementarios este efecto siempre será positivo.

Por otro lado –y probablemente la diferencia más relevante–, añade que los bienes complementarios se ofrecen al mismo grupo de consumidores, mientras que en las plataformas se hace a grupos de consumidores distintos. De esto deriva otra diferencia importante: en los bienes complementarios el efecto que tiene la

17 Filistrucchi et al., “Market Definition In Two-Sided Markets”, 6.

18 Joshua Wright y John Yun, “Burdens and Balancing in Multisided Markets: The First Principles Approach of Ohio v. American Express”, *Review of Industrial Organization* 54, N° 4 (2019), 717-40, <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09677-7>.

19 Lapo Filistrucchi, “Two-sided vs. Complementary Goods”, *CPI Antitrust Chronicle* (agosto 2018).

20 Por ejemplo, en el caso de los diarios, el aumento en la venta de publicidad puede tener un efecto negativo en el valor del diario para sus lectores. Se trataría de una externalidad indirecta de tipo negativa o por saturación.

demanda por un bien en la demanda por el otro bien es internalizado por los consumidores, mientras que en las plataformas esto no ocurre, pues es la plataforma la que internaliza este efecto, mientras que para los consumidores ello sería una externalidad. Todo lo anterior, sostiene, haría imposible aplicar la teoría de bienes complementarios al analizar una conducta en el caso de plataformas.

Finalmente, Evans & Schmalensee²¹ reconocen que el punto controversial de la decisión de *Ohio v. Amex* se encuentra en la definición de mercado relevante²², y que en esta materia la mayoría se encontraría en lo correcto. Primero, sostienen, cuando una conducta tiene claros efectos en ambos lados de una plataforma transaccional, como en este caso, excluir a cualquiera de los lados de la plataforma en el análisis general sesgaría los resultados. Después de todo, añaden, las cantidades producidas (transacciones ejecutadas por ambos lados), el precio de esas cantidades (pagados por ambos lados) y las ganancias obtenidas (contribuidas por ambos lados), necesariamente dependen de ambos lados²³. Segundo, el voto de mayoría no habría errado al tratar dos bienes complementarios como si fueran sustitutos para efectos de la definición de mercado relevante. Más bien, agregan, la Corte definió un mercado de un bien que es producido por las marcas de tarjetas al combinar las complementariedades de ambos lados en la *producción*²⁴. Añaden que esto no es novedoso en el derecho de la libre competencia. Los zapatos izquierdo y derecho, sostienen, evidentemente no son sustitutos en el consumo, sino que son complementos en la *producción*. Ellos se combinan para producir el producto de interés tanto para oferentes como demandantes: los pares de zapatos²⁵.

b. Argumentos a favor de dos mercados relevantes complementarios pero diferentes

En contraposición a lo anterior, una segunda línea doctrinaria se alinea con el voto de minoría de *Ohio v. Amex*, postulando que se deben separar los mercados con distintos grupos de consumidores, sin importar si existe o no una transacción observable entre ellos. Esto no obsta a que sea necesario, en su opinión, tener en cuenta la relación que existe entre estos mercados al momento de hacer cualquier evaluación de libre competencia.

El principal argumento que se esgrime al sostener esta posición es que no puede existir un solo mercado en el que convivan dos grupos de consumidores buscando bienes que no son sustitutos entre sí. Al no ser bienes sustitutos, sostiene esta vertiente de pensamiento, se trataría de bienes complementarios.

21 David Evans y Richard Schmalensee, "The Role of Market Definition in Assessing Anticompetitive Harm in Ohio v. American Express", *CPI Antitrust Chronicle* (junio 2019).

22 Evans y Schmalensee, "The Role of Market Definition in Assessing Anticompetitive Harm in Ohio v. American Express", 27.

23 Evans y Schmalensee, "The Role of Market Definition in Assessing Anticompetitive Harm in Ohio v. American Express", 22.

24 Evans y Schmalensee, "The Role of Market Definition in Assessing Anticompetitive Harm in Ohio v. American Express", 26.

25 Evans y Schmalensee, "The Role of Market Definition in Assessing Anticompetitive Harm in Ohio v. American Express", 26.

Trabajos de académicos de Carlton²⁶, Katz²⁷ y Hovenkamp²⁸ muestran su postura en contra de la definición de mercado relevante adoptado por la mayoría de la Corte. Advierten que la existencia de externalidades de red en los mercados de dos lados implica que los intereses de los distintos grupos de consumidores no están alineados, sino que son contrapuestos. Por lo tanto, no solamente se debe observar el nivel de precio que se cobra a cada grupo de consumidores, sino también la relación entre estos precios. Katz (2019) considera que la Corte cae en un error, pues, en su opinión, el cambio del nivel de precios en ambos lados como medida de los efectos en el bienestar del consumidor, sin considerar los cambios en la estructura de precios de la plataforma, sería falaz y un buen ejemplo de los errores de aplicar la lógica de un lado a mercados de dos lados²⁹.

Por su parte, Hovenkamp sostiene que poner dos bienes complementarios en un mismo mercado sólo porque una transacción requiere ambos productos simplemente sería un sinsentido³⁰. Añade que en *Ohio v. Amex*, la Corte citó un gran número de fuentes bibliográficas sobre las características distintivas de los mercados de dos o más lados, pero que no sería claro a partir de ellas por qué bienes que no compiten entre sí debieran ser agrupados en un mismo mercado relevante³¹. Agrega que: *"The price and output of complements certainly affect a firm's profit-maximizing output and price, but that hardly requires redefinition of its market. Further, the Court's discussion about the 'transactional' nature of Amex's platform applies to conventional markets where sellers and buyers meet face to face. It is hardly unique to platforms. For example, if a gardener pays three dollars for a packet of spinach seeds in a hardware store there is a single simultaneous transaction, but we would never define a single market for gardeners and spinach seeds"*³².

Por otro lado, para estos autores la interpretación de la Corte implicaría que la carga de la prueba al momento de acreditar un daño en la competencia se asigne a los demandantes a través de la evaluación de los efectos de la conducta no solo en su grupo de consumidores sino que en todos los lados que participan de la plataforma. Los autores consideran que esta es una carga imposible de cumplir, ya que un grupo de consumidores puede que no tenga el acceso suficiente a información para alcanzar el estándar necesario.

A pesar de las diferencias de este grupo de autores con aquellos que defienden el fallo de *Ohio v. Amex*, ambas posturas están de acuerdo en que cuando existe un mercado de dos o más lados, en la evaluación de una conducta potencialmente anticompetitiva se deben considerar las implicancias que tenga la conducta

26 Dennis W. Carlton, "The Anticompetitive Effects of Vertical Most-Favored-Nation Restraints and the Error of Amex" *Columbia Business Law Review* 2019, N° 1 (febrero 2019), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3328628>.

27 Michael Katz, "Platform economics and antitrust enforcement: A little knowledge is a dangerous thing", *Journal of Economics & Management Strategy* 28, N° 1 (primavera 2019), 138-52, <https://doi.org/10.1111/jems.12304>.

28 Herbert Hovenkamp, "Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case", *Columbia Business Law Review* 2019, N° 1 (abril 2019), 35-92, <https://doi.org/10.7916/d8-3bfd-3856>.

29 Katz, "Platform economics and antitrust enforcement", 7.

30 Hovenkamp, "Platforms and the Rule of Reason", 57.

31 Hovenkamp, "Platforms and the Rule of Reason", 49.

32 Hovenkamp, "Platforms and the Rule of Reason", 49. Citas internas omitidas. Traducción libre: "El precio y la cantidad producida de los complementos ciertamente afecta el precio y cantidad de una firma maximizadora de utilidades. Más aun, la discusión de la Corte acerca del carácter 'transaccional' de la plataforma de Amex aplica a mercados convencionales en donde vendedores y compradores se reúnen cara a cara. Difícilmente es una cuestión única de las plataformas. Por ejemplo, si un jardinero paga tres dólares por un paquete de semillas de espinaca en una ferretería existe una sola transacción simultánea, pero nunca definiremos un mercado único de jardineros y semillas de espinaca".

en los distintos grupos de consumidores involucrados, ya que las firmas toman en cuenta estos efectos al momento de tomar decisiones. Lo relevante para la política de competencia es que las diferencias conceptuales entre las distintas posturas tienen un efecto en la definición de la carga de prueba, lo que puede afectar las posibilidades que tiene un demandante de probar que una conducta efectivamente está dañando la competencia en un mercado. Carlton predice que *"given the vagueness with which the Court has defined a two sided market, a firm that is charged with using vertical restrictions in violation of the antitrust laws will have an incentive to claim that it is operating in a two-sided not one-sided market in order to take advantage of the Amex decision which I suspect will make it harder for plaintiffs to win. That illustrates why having different legal rules for promotional activity depending on whether the market is one-sided or two-sided markets is a mistake"*³³.

33 Carlton, "The Anticompetitive Effects of Vertical Most-Favored-Nation Restraints", 15. Traducción libre: "dada la vaguedad con que la Corte define un mercado de dos lados, una firma que es acusada de usar restricciones verticales violando las leyes de competencia tendrá incentivos para alegar que opera en un mercado de dos lados y no uno de un lado para aprovechar la decisión en Amex, lo que sospecho que hará más difícil que los demandantes ganen. Esto ilustra porque tener diferentes reglas legales para actividad promocionales dependiendo de si es un mercado de uno o dos lados es un error".

IV. UNA BREVE APLICACIÓN A CHILE

Dos decisiones del TDLC permiten extraer la doctrina aplicable a Chile. En un caso vinculado al mercado de las tarjetas de crédito –y por lo tanto a lo que podría definirse como una plataforma de tipo transaccional–, el TDLC señaló que el análisis tradicional de competencia en un mercado de múltiples lados puede conducir a conclusiones equivocadas. Lo anterior, porque en estos mercados existe una interdependencia en las decisiones de los clientes de cada sub-mercado. Por ello, agregó, no podría considerarse cada uno de estos sub-mercados en forma separada e independiente para efectos de los análisis de libre competencia³⁴.

En cambio, en el contexto de una operación de concentración entre radios –que no tendría la característica de transaccionalidad–, el TDLC se centró en el llamado *mercado del avisaje*, distinguiéndolo del llamado *mercado informativo* o de radioescuchas, aunque dándole un carácter vinculado a ambos³⁵.

Con esto, el TDLC pareciera alinearse con el voto de mayoría de la Corte Suprema en *Ohio v. Amex*, lo que debiera ser considerado para futuros casos que involucren plataformas, especialmente aquellas de tipo transaccional.

34 *Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la CPC y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico*, C-16-04, Sentencia TDLC N° 29/2005 (2005), C. 12: “Que, por otro lado, este Tribunal comparte los desarrollos recientes de la literatura económica, en el sentido que el análisis tradicional de competencia, aplicado a situaciones de mercados de dos lados, puede, en algunos casos, conducir a conclusiones equivocadas. En efecto, pueden ocurrir errores de análisis debido a la falta de comprensión sobre la naturaleza de esta clase de mercados, especialmente en lo que respecta a la interdependencia de las decisiones de los clientes de cada sub-mercado. En consecuencia, debe evitarse considerar a cada sub-mercado por separado”.

35 *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, NC-173-06, Resolución TDLC N° 20/2007 (2007), C. 29 y 80: “(...) este Tribunal considera que el mercado relevante del producto, y en el que debe concentrar su análisis, es el de la venta de espacios para difusión de publicidad en radios AM y FM. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del mercado informativo propiamente tal (...) el análisis de competencia en este caso se ha enfocado primordialmente en materias económicas relacionadas con la actividad radial pues, verificando que no existan impedimentos económicos que entraben en forma significativa la actividad comercial y la competencia entre estos medios de comunicación, se cautela, indirectamente, la diversidad y pluralismo en el mercado informativo”.



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

Cómo citar este artículo:

Elisa Greene y Benjamín Mordoj, "Mercado relevante en plataformas: el caso *Ohio v. Amex*",
Investigaciones CeCo (febrero, 2020),

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

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