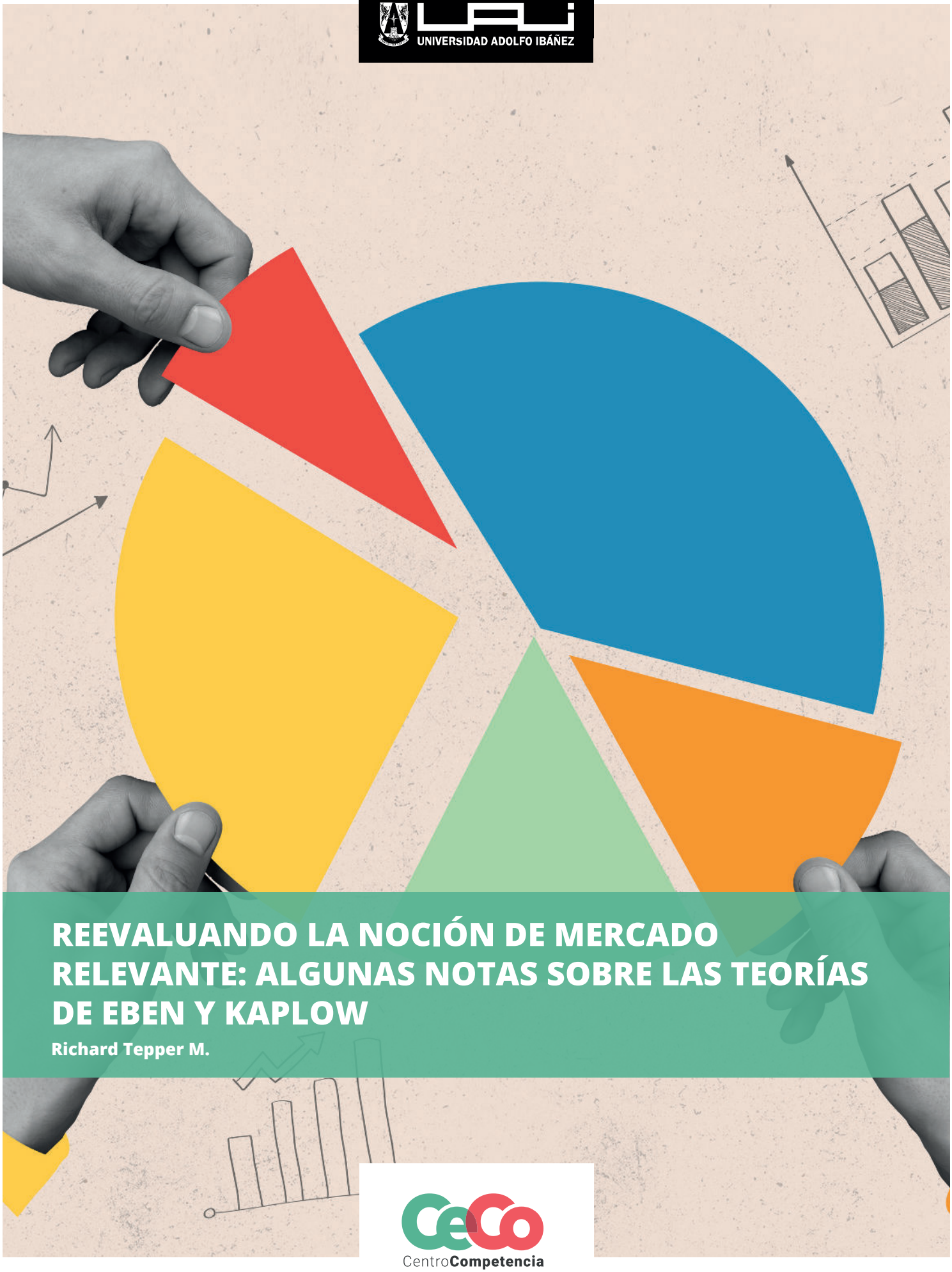
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ



# REEVALUANDO LA NOCIÓN DE MERCADO RELEVANTE: ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS TEORÍAS DE EBEN Y KAPLOW

**Richard Tepper M.**

CentroCompetencia

# Reevaluando la noción de mercado relevante: Algunas notas sobre las teorías de Eben y Kaplow*

**Marzo 2022**

**Richard Tepper M.**
Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. LLM y Doctor (C) en Derecho de la Universidad de Edimburgo. Es profesor de la Universidad Central de Chile y cuenta con diversas publicaciones en el ámbito del derecho de la competencia.

## I. INTRODUCCIÓN

Todo especialista en derecho de la competencia sabe cuán importante es la definición del mercado relevante. Desde el punto de vista estratégico, el resultado de los casos de conducta unilateral y de operaciones de concentración depende, en gran medida, de convencer al tribunal sobre la extensión del mercado relevante. La defensa argumentará a favor de un mercado relevante amplio, en que la importancia relativa de su defendido sea relativamente menor y el número de competidores aumente. En cambio, para la autoridad, denunciante o demandante, la primera victoria a obtener es persuadir al tribunal de la estrechez del mercado relevante. Esta importancia estratégica se relaciona con el elemento de poder de las normas de competencia. En el modelo dominante, aquel en que el derecho de la competencia persigue el bienestar del consumidor como objeto principal, el mercado relevante es el antecedente para evaluar el nivel de poder de mercado de las empresas investigadas y/o acusadas.

La importancia de la definición del mercado relevante no se reduce a lo estratégico. Se trata, además, de uno de los componentes centrales de la metodología utilizada en los casos de competencia. El mercado relevante es el punto de partida del razonamiento. En un derecho de la competencia basado en análisis meramente formal, el mercado relevante permite chequear la concurrencia de algunos elementos de las prohibiciones aplicadas. Por ejemplo, cuando se trata de acuerdos entre empresas, la determinación del tipo de relación competitiva (horizontal, vertical o de competencia potencial) depende de la forma en que el mercado relevante es delimitado. Esta trascendencia se acentúa cuando el derecho de la competencia entra a revisar los efectos (reales o posibles) de una conducta u operación de concentración. En estas circunstancias, el mercado relevante se constituye la referencia desde la cual evaluar estos efectos. En particular, las posibles consecuencias de una conducta o concentración son evaluados esencialmente en el contexto del mercado relevante y, respecto de aquello que queda fuera, se ocupan parámetros distintos: aquellos de competencia potencial y posibilidades de entrada.

Es imposible además no resaltar la importancia del mercado relevante a efectos estructurales. El mercado relevante, como categoría, surgió de las preguntas sobre los niveles de control de los agentes económicos sobre una industria particular[1]. Si bien el análisis estructural se ha atenuado ligeramente,

---

* Este artículo corresponde a una parte de la investigación que el autor ha realizado en sus estudios de doctorado, prontamente a ser publicada bajo el título "Market Power in EU Competition Law: Theory and Practice".

1 Sobre este punto, ver Gregory J. Werden, "The History of Antitrust Market Delineation", *Marquette Law Review* 76, (1992) 123.

sigue constituyendo la razón inicial (y muchas veces central) para decidir los casos de competencia en una u otra forma. El mercado delimitado como relevante es clave porque allí donde se dibuja el límite se encontrará la frontera para estos cálculos estructurales. Cuotas de mercado actuales, movimientos históricos e índices de concentración necesitan mercados previamente definidos. En este sentido, la definición del mercado relevante constituye la música de fondo en gran parte de los casos de competencia. En otros, la razón para desechar análisis más profundos[2].

Sin embargo, el concepto de mercado relevante podría no ser del todo convincente. De hecho, si uno revisa textos de microeconomía u organización industrial, nunca encontrará tal expresión. Además, la delimitación de una zona específica de la economía donde se encuentran todas las presiones competitivas relevantes es una fantasía creada desde y para el derecho de la competencia. En la realidad, las presiones competitivas no se presentan en forma binaria, sino que en distintas intensidades. Este es el problema del "*all-in-or-all-out*". El análisis tradicional, al menos para efectos de cálculos estructurales, fija fronteras absolutas: todo lo que queda dentro del mercado cuenta, todo lo que queda fuera no cuenta. No hay distinciones según grado. Esto genera una imagen que, de no ser atenuada por otros factores, es distorsionada y algo tosca. Además, el problema es especialmente sensible considerando la importancia que aún poseen los parámetros estructurales en la práctica.

Según una parte de la doctrina, la definición de mercado relevante tiene problemas en su cómo, en su porqué y en su para qué. En este sentido, las investigaciones desarrolladas en los últimos 11 o 12 años por el profesor Louis Kaplow son particularmente relevantes. De hecho, la contribución de Kaplow se trata de uno de los aportes conceptuales más importantes al área en las últimas décadas. Esta investigación profundiza en esta postura. Posteriormente, en la búsqueda de respuestas, revisa una reciente contribución realizada por Magali Eben. Según se argumenta, la propuesta de la Dra. Eben y su énfasis en el propósito específico de la definición de mercados relevantes sirve como una respuesta inicial que puede marcar el camino a seguir. Esta propuesta lograría conciliar, por un lado, la tradición metodológica y la inclusión del mercado relevante como concepto legal en algunas jurisdicciones y, por el otro, evitar la excesiva confianza en una operación que podría tener problemas de lógica y arbitrariedad si no se toman las salvaguardas apropiadas.

Esta contribución presenta la siguiente estructura. La sección II se refiere a la teoría de Kaplow, sus puntos centrales, su relación con uno de los más conocidos artículos publicados en materia de *antitrust* y el planteamiento de algunas respuestas y críticas. La sección III aborda las ideas de Eben, además de reflexionar sobre el propósito de la definición de mercado relevante. La sección IV concluye.

## II. LOUIS KAPLOW: MERCADOS RELEVANTES, CUOTAS DE MERCADO Y PODER DE MERCADO

### 2.1. Ideas centrales

Louis Kaplow, profesor de *Law and Economics* de la Universidad de Harvard, realizó durante la década pasada uno de los aportes conceptuales más importantes al derecho de la competencia de los últimos tiempos. En una serie de artículos publicados a partir de 2010[3], el autor desarrolló un argumento preciso y

2 La existencia de '*safe harbours*' es conocida en el ámbito de la libre competencia. En forma similar, pero formalmente distinta, cuotas de mercado e índices de concentración pueden ser utilizados por las agencias de competencia para plantear y aplicar políticas de priorización.

3 Louis Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", *Harvard Law Review* 124, N° 2 (2010), 437; Louis Kaplow, "Market Definition and the Merger Guidelines", *Review of Industrial Organization* 39 N°1/2 (2011), 107; Louis Kaplow, "Market Definition Alchemy" *Antitrust Bulletin* 57, N°4

convincente sobre lo "innecesario" y "contraproducente" que es el definir mercados relevantes. De hecho, visto desde una perspectiva más amplia, la crítica de Kaplow va más allá y se refiere a todo el estructuralismo del derecho de la competencia. En este sentido, también ataca con un argumento simple y efectivo el uso de cuotas de mercado como *proxies* del poder de mercado poseído por las empresas[4]. Así, esta porción de la obra del autor puede ser leída como una crítica amplia al paradigma definición – cuota de mercado, el que hasta hoy guía gran parte de la práctica en los casos de libre competencia, especialmente cuando los recursos disponibles no permiten el uso de modelos o aproximaciones más sofisticadas[5]. A esto habría que añadir las recientes pulsiones nostálgicas, principalmente originadas en los Estados Unidos, sobre un *antitrust* preocupado no del poder de mercado y del bienestar del consumidor, sino que en formas más amplias de poder económico o, incluso de poder político[6].

Kaplow caracteriza el método tradicional de análisis del derecho de la competencia argumentando que aquel consta de cuatro pasos distinguibles[7]:

1) Mercado de grupos homogéneos. El análisis comienza desde el grupo de bienes que son homogéneos con aquellos producidos por los agentes económicos siendo investigados, demandados o acusados.

2) "Redefinición" de mercado. Luego, el analista incluye en el mercado relevante aquellos bienes que considera sustitutos más cercanos. De esta forma, ocurre una "redefinición" del mercado relevante. Más allá de la terminología utilizada por Kaplow, esto no debiera ser novedoso para el lector. Es bien sabido que una buena parte del análisis en los casos de competencia se refiere a identificar las fuentes de presión competitiva.

3) Cálculo de la cuota de mercado. A partir del mercado "redefinido", el analista calcula la cuota de mercado de la(s) empresa(s).

4) Inferencia de poder de mercado. Finalmente, a partir de la cuota de mercado, el analista infiere el grado de poder de mercado que el o los agentes económicos poseen.

Hasta aquí no hay nada novedoso. Más allá del uso de la expresión "redefinición", lo que Kaplow describe es ampliamente conocido por la comunidad epistémica de la libre competencia. Sin embargo, Kaplow va algunos pasos más allá y argumenta que, para que este método sea aceptable, tres premisas deben ser necesariamente ciertas[8]:

(2012), 915; Louis Kaplow, "Market Definition" en Roger D. Blair y D. Daniel Sokol (Eds.) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volume 1 (Oxford University Press: 2014), 345; Louis Kaplow, "Market Definition, Market Power", *International Journal of Industrial Organization* 43 (2015), 148.

4 Louis Kaplow, "Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments", *Journal of Competition Law & Economics* 7 N°2 (2011), 243.

5 Sobre este punto, ver Michal S. Gal, "When the Going Gets Tight: Institutional Solutions When Antitrust Enforcement Resources are Scarce", *Loyola University Chicago Law Journal* 41 (2009), 417.

6 La referencia por excelencia en este punto son los trabajos de Lina Khan. Ver, por ejemplo, Lina Khan, "Amazon's Antitrust Paradox", *Yale Law Journal* 136 (2017), 710; Lina Khan, "The Ideological Roots of America's Market Power Problem", *Yale Law Journal Forum* 127 (2018), 960; Lina Khan, "Sources of Tech Platform Power", *Georgetown Law & Technology Review* 2 (2018). Otro autor comúnmente citado es Tim Wu. Ver, por ejemplo, "After Consumer Welfare, Now What? The 'Protection of Competition' Standard in Practice", *Competition Policy International* (2018). Para la óptica contraria, ver, por ejemplo, A. Douglas Melamed y Nicolas Petit, "The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets", *Review of Industrial Organization* 54 (2019), 741. El debate sobre un derecho de la competencia más abierto a factores no tradicionales también se ha dado a nivel europeo. En este sentido, particularmente útiles para el lector pueden ser algunas contribuciones de Ioannis Lianos. Ver, por ejemplo, Ioannis Lianos, "Polycentric Competition Law" *Current Legal Problems* 71 (2018), 161; Ioannis Lianos, "The Poverty of Competition Law: The Short Story", en Damien Gerard y Ioannis Lianos (eds.), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy* (Cambridge University Press: 2019), 45.

7 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 439.

8 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 446.

1) La primera premisa que debe ser necesariamente cierta es que la determinación del poder de mercado de un agente económico tiene un grado de dificultad relevante. Dicho de otra forma, solo puede justificarse la metodología tradicional si la determinación directa del poder de mercado no es relativamente simple. De lo contrario, tal metodología sería ineficiente.

2) La segunda de estas premisas indica que la definición de mercado relevante, entonces, debe ser realmente útil en el proceso de determinación del poder de mercado que tienen las empresas.

3) Finalmente, la tercera premisa es que la delimitación de un mercado relevante y el cálculo de una cuota en tal mercado (y el índice HHI, de ser el caso) es la mejor alternativa entre aquellas posibles o, en el peor de los casos, un complemento adecuado a los otros mecanismos que pueden servir en esta evaluación.

Sobre la primera premisa, Kaplow cree que, si bien las dificultades en determinar directamente el poder de mercado son ampliamente conocidas y aceptadas, ellas han sido algo exageradas por la doctrina[9]. Sin embargo, su crítica se centra en la segunda y la tercera premisa. Estás serán desarrolladas en las siguientes subsecciones.

### 2.2. Landes y Posner sobre poder de mercado

La crítica de Kaplow no asume un concepto cualitativo de poder de mercado. En este sentido, su argumento no comienza sencillamente desde una idea jurídica como la "dominancia" en la Unión Europea. Por el contrario, el autor utiliza una idea cuantitativa precisa. Así, retoma la clásica fórmula propuesta por Landes y Posner[10] para calcular el índice Lerner de poder de mercado[11]:

$$L = \frac{P - MC}{P} = \frac{1}{E_f} = \frac{S}{E_d + (1 - S)E_r}$$

Es usual definir poder de mercado como "poder sobre el precio". De acuerdo con la teoría económica, el poder de mercado es la habilidad de una empresa para cobrar un precio por sobre el nivel competitivo. Normalmente, este nivel se identifica con el costo marginal, lo que es una consecuencia del modelo de competencia perfecta. Así, el poder de mercado usualmente es entendido a partir de la variable competitiva precio.

Sin embargo, esta definición no le basta al derecho de la competencia. Si bien es posible encontrar en algunos textos conceptualizaciones que se refieren a otras variables competitivas análogas, algunos textos de carácter jurídico se refieren a esto de forma mucho más directa. Por ejemplo, la Comisión Europea ha establecido que:

"Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia"[12].

---

9 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 447.

10 William M. Landes y Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases" *Harvard Law Review* 94 (1981), 937.

11 Atribuido a Abba Lerner. Ver Abba P. Lerner, "The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly", *Review of Economic Studies* 1 (1934), 157. Sin embargo, Giocoli recientemente lo atribuyó al economista italiano Luigi Amoroso. Ver Nicola Giocoli, "Who Invented the Lerner Index? Luigi Amoroso, the Dominant Firm Model, and the Measurement of Market Power", *Review of Industrial Organization* 41 (2012), 181.

12 Comunicación de la Comisión del 12 de enero de 2011, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal 2011/C 11/01, párrafo 39.

De esta manera, la agencia de competencia europea externaliza un elemento que no es difícil de reconocer intuitivamente: el derecho de la competencia no se preocupa solo de precios, sino que también de la afectación de consumidores a través de otras variables competitivas. Que esta preocupación se transforme efectivamente en *enforcement* es otro asunto. Por un lado, puede haber circunstancias en que los organismos de competencia tendrán que elegir el equilibrio apropiado entre estas variables. Por ejemplo, una mayor variedad de productos puede ser ineficiente y hacer aumentar el precio en el corto plazo. Por otro lado, a juicio de este autor, el *enforcement* en estas materias ha sido más bien escaso debido a dificultades prácticas. Algunos de estos obstáculos son, por ejemplo, la dificultad de evaluar qué constituye una reducción de calidad o las incertezas que presentan los casos relacionados con la tasa de innovación de las empresas.

Dejemos temporalmente de lado las variables distintas al precio. En principio, el poder de mercado puede ser expresado a través del índice Lerner, el que se basa en la proporción en que el precio se encuentra elevado por sobre el costo marginal. Como muestra la fórmula bajo este párrafo, la diferencia entre el precio y el costo marginal es dividida por el precio. Esto permite mostrar en forma proporcional o, en otras palabras, el tamaño relativo del sobreprecio monopólico[13].

$$L = \frac{P - MC}{P}$$

Al mismo tiempo, las chances del agente económico de elevar el precio por sobre el nivel competitivo (y el nivel específico al que puede hacerlo) depende de la elasticidad de la demanda que la empresa enfrenta $(E_f)$. Esta variable muestra la tasa a la que empresa pierde ventas en caso de un aumento de precio. Mientras más alta es la elasticidad de la demanda, menos rentable es para la empresa subir su precio. Por lo anterior, el inverso de la elasticidad de la demanda es igual al valor del índice Lerner. Para una empresa i, esto es expresado de la siguiente forma:

$$L_i = \frac{(P_i - C_i')}{P_i} = \frac{1}{\epsilon_i^d}$$

Al mismo tiempo, hay tres valores que permiten calcular la elasticidad de demanda que enfrenta la empresa: su cuota de mercado $(S)$, la elasticidad de demanda del mercado $(E_d)$ y la elasticidad de oferta de los rivales$[(1 - S)E_r)]$. De allí la última parte de la primera fórmula ya mencionada:

$$L = \frac{P - MC}{P} = \frac{1}{E_f} = \frac{S}{E_d + (1 - S)E_r}$$

Aunque este desarrollo es elegante y simple, tiene varios problemas. Los propios Landes y Posner argumentan que el costo marginal normalmente es un "constructo hipotético" difícil de determinar[14]. El camino alternativo, es decir, determinar la elasticidad de la demanda servida por la empresa, tampoco es mucho más fácil[15]. De hecho, el cálculo de la sensibilidad del consumidor a los cambios de precios es una operación que puede requerir una vasta cantidad de información. De lo contrario, las soluciones eficientes en innumerables casos de competencia serían mucho más fáciles de obtener.

13 Landes y Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 940.

14 Landes y Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 941.

15 Landes y Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 941.

Landes y Posner están en lo correcto en estos puntos. La elección de Lerner sobre el costo marginal como *benchmark* del poder de mercado tiene sentido, pues su objetivo era identificar la pérdida social derivada del monopolio[16]. Ese criterio puede ser útil como una aproximación amplia y general al problema del poder de mercado. Sin embargo, el contexto es distinto en los casos de competencia, en los cuales se intenta determinar en casos reales y específicos si un agente o grupo de agentes económicos se encuentra realizando algo ilícito o, en términos más amplios, perjudicial desde el punto de vista de la dinámica competitiva. En este sentido, incluso si fuera posible determinarlo, el precio competitivo en muchas ocasiones no corresponderá al costo marginal.

En primer lugar, el costo marginal es asociado al estándar de competencia perfecta. Un mundo en que los precios son iguales a los costos marginales se trata de un mundo que, al menos sin entrar en distinciones finas, funciona de forma óptima y eficiente. Sin embargo, este es un estándar de escasa significancia normativa para el mundo real. Por ende, Landes y Posner reconocen que el índice Lerner en realidad no es una estimación precisa del poder de mercado, sino que más bien una aproximación al máximo nivel que este podría tener[17]. Esto lo hace inmediatamente problemático para ser aplicado en casos reales.

En muchos casos, sería imposible que las empresas sobrevivieran cobrando un precio igual al costo marginal, incluso si fueran absolutamente eficientes[18]. Esto es porque la estructura de costos de muchas industrias incluye costos fijos y costos hundidos. Una firma que cobra el costo marginal como precio, sencillamente no está recuperando las inversiones previas que realizó y, por ende, está incurriendo en pérdidas. Por ende, establecer el costo marginal como parámetro es ineficiente e injusto. Para el derecho de la competencia no tendría sentido decir en tal circunstancia que la firma tiene poder de mercado.

Por otro lado, sabemos de las especiales dinámicas de los mercados en que la innovación tiene un rol central[19]. Las empresas se introducen en el riesgoso camino que implica innovar motivados por las posibilidades de obtener ganancias importantes en el futuro, incluso si esto significa importantes inversiones en R&D. En estos casos, considerando la importancia que tiene la innovación en el crecimiento[20], adoptar una perspectiva de largo plazo implica no solo entender que el precio puede ser mayor al costo marginal, sino también que puede ser *sustancialmente* mayor. Esto podría ocurrir, especialmente, cuando se trate de nuevos productos cuyo desarrollo necesitó de una inversión importante, pero cuyos costos de replicación son cercanos a cero. Tradicionalmente, este era el caso de la industria farmacéutica. En tales circunstancias, un precio cercano a cero no tiene racionalidad económica, ni tampoco es justo de exigir. Por ende, la capacidad de cobrar sustancialmente por sobre el costo marginal no podría calificar *per se* como ejercicio de poder de mercado en estas circunstancias. Sin embargo, siempre es necesario estar atento a consideraciones adicionales y, en esto, la conversación entre la política de competencia y la protección de la propiedad intelectual e industrial es clave. Si bien el derecho de la competencia debe ser sensible a las consideraciones sobre innovación y respetar, a su vez, los incentivos que el ordenamiento jurídico entrega al innovador, debe realizar ciertas exigencias a cambio. Por ejemplo, la innovación debe ser real y no tratarse de un ajuste cosmético con el solo fin de extender una patente. Tampoco son tolerables las prácticas de *pay-for-delay*, en que una

16 Landes y Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 558.

17 Landes y Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 941.

18 Alan J. Daskin y Lawrence Wu, "Observations on the Multiple Dimensions of Market Power" *Antitrust* 19 (2005), 55.

19 En materia de innovación, se recomienda ver Richard J. Gilbert, *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy* (MIT Press: 2020). Adicionalmente, algunas reflexiones más extendidas del autor de este artículo sobre el asunto en Richard Tepper M., "Innovación y Antitrust: una relación complicada" *Themis* 78 (2021), 485.

20 Herbert Hovenkamp, "Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should be Going", *Antitrust Law Journal* 77 (2011), 751. Ver Robert Solow, "Technical change and the Aggregate Production Function", *Review of Economics and Statistics* 39 (1957), 312.

empresa extiende artificialmente el monopolio derivado de su innovación pagando a los posibles entrantes para que se mantengan fuera del mercado por un tiempo adicional. De todas formas, la innovación es altamente específica por industria. Por ende, extrapolar conclusiones de un caso a otro es una operación que, comúnmente, generará problemas.

Un tercer caso donde el costo marginal es evidentemente poco apropiado es aquel de los mercados de varios lados. Como es bien sabido, en un mercado de varios lados hay una plataforma que conecta a diferentes grupos de consumidores. La plataforma coordina a grupos de usuarios que, si bien se necesitan unos a otros, no pueden encontrarse por sí mismos. En este sentido, la plataforma crea valor[21]. Específicamente cuánto valor crea la plataforma depende de una serie de circunstancias, especialmente del número de usuarios que tenga en cada lado. De hecho, el primer obstáculo que debe enfrentar una plataforma para existir es el de alcanzar una masa crítica que le permita atraer una mayor cantidad de usuarios. Los usuarios ven a las plataformas como útiles solo en la medida que ellas tengan lados lo suficientemente "profundos" como para que valga la pena estar en ellas. Una de las formas más comunes de atraer y mantener usuarios es teniendo una estructura de precios diferenciada que "refleje [que] la conexión de las demandas de los distintos grupos de consumidores están conectadas y la necesidad de que ambos estén a bordo"[22]. En lo particular, esto implica reconocer que hay grupos que solo se verán incentivados con precios menores (o incluso con precios nominales iguales a cero). De esta forma, la estructura de precios debiera tener en consideración la elasticidad de la demanda por cada grupo de consumidores y el costo de producción. En este sentido, es importante notar la estructura de costos de la plataforma: tras una importante inversión inicial, el costo marginal desciende a valores cercanos a cero[23]. En esta circunstancia, nuevamente la idea de poder de mercado, al menos para el derecho de la competencia, no puede reconducirse al costo marginal como parámetro.

Debido a lo anterior, Landes y Posner creen que la solución práctica es recurrir a la fórmula extendida que incluye la elasticidad de la demanda al nivel del mercado, la cuota de mercado de la empresa investigada y la elasticidad de la oferta de las empresas competidoras. El resultado de lo anterior son tres reglas[24]:

1) *Ceteris paribus*, el poder de mercado es mayor mientras mayor sea la cuota de mercado de la empresa. Esto se explica de dos formas. Primero, una cuota de mercado mayor hace que, en proporción, sea más fácil para una empresa el forzar un aumento de precio a través de una disminución de la oferta. Segundo, y de forma inversa a lo anterior, una cuota mayor implica que los competidores tienen cuotas menores y, por ende, se les hace comparativamente más difícil responder a un aumento de precio expandiendo su oferta.

2) *Ceteris paribus*, el poder de mercado es menor mientras mayor sea la elasticidad de la demanda al nivel del mercado. Una elasticidad de demanda mayor a nivel del mercado se relaciona con la presencia de más y mejores bienes sustitutos. En tal caso, la elasticidad a nivel de la empresa también se ve afectada pues los consumidores, en caso de un aumento de precio, no solo pueden recurrir a bienes homogéneos producidos por los competidores, sino que también a bienes sustitutos.

3) *Ceteris paribus*, el poder de mercado es menor mientras mayor sea la elasticidad de la oferta de las empresas competidoras. En este caso, el poder de mercado es menor porque, en caso de que la empresa intente aumentar el precio reduciendo su oferta, los competidores rápidamente elevarán su propia oferta,

---

21 Kate Collyer, Hugh Mullan y Natalie Timan, "Measuring Market Power in Multi-Sided Markets" Competition Policy International (2017), 1.

22 Collyer, Mullan y Timan, "Measuring Market Power in Multi-Sided Markets". Traducción libre.

23 OECD, *Abuse of Dominance in Digital Markets* (2020), 32, https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf.

24 Explicación basada en Landes y Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 945-52.

contrarrestando la acción que busca explotar a los consumidores.

Es interesante notar que la postura que surge del trabajo de Landes y Posner sobre las cuotas de mercado es algo ambivalente. Por un lado, ellas son explícitamente incluidas como uno de los factores que determinan el nivel de poder de mercado. Sin embargo, gran parte de la contribución de los autores se dedica a entregar pautas que permitan la "corrección" de tales cuotas para que ellas representen en forma precisa el nivel de poder de mercado que, según ellos, deberían representar. Este punto, como se verá más abajo, es lógicamente débil y fue fácilmente atacado por Kaplow. En simple, es imposible "corregir" una cuota de mercado para que represente el nivel adecuado de poder de mercado, porque simplemente no hay niveles de poder de mercado asociados a cada cuota de mercado. ¿Cuánto podría elevar el precio una empresa con una cuota de mercado de 55%? ¿Y una con una cuota de mercado de 30%? ¿Y una con una cuota de mercado de 90%? Sencillamente no lo sabemos. No hay parámetro hacia el cual corregir.

### 2.3. Siguiendo el razonamiento de Kaplow

Un elemento importante para entender la crítica de Kaplow es el siguiente: sin importar cómo el mercado sea definido, el índice Lerner debería ser el mismo. Esto tiene todo el sentido. Si queremos detectar el nivel de poder de mercado de una empresa, cualquier definición "correcta" del mercado relevante debería entregarnos el mismo índice Lerner. La habilidad de la empresa de cobrar un precio por sobre el nivel competitivo y la magnitud de ese sobreprecio será la misma, sin importar si consideramos que el bien es lo suficientemente diferenciado como para creer que la empresa es un monopolio, o a la inversa, que los consumidores consideran que tiene variados sustitutos cercanos y, por ende, se encuentra en un mercado con un nivel importante de competencia. Estas consideraciones estructurales no son importantes para el índice Lerner, pues este mide la elevación del precio por sobre el costo marginal y no otra cosa. Desde este punto (que no parece ser del todo explícito en el grupo de artículos publicados por el autor), el razonamiento de Kaplow se despliega elegantemente en los siguientes puntos:

**1. "Redefinir" el mercado es inútil y hace que la evaluación del poder de mercado sea más difícil**

Redefinir el mercado para incluir bienes sustitutos implica que la cuota de mercado de la empresa necesariamente va a disminuir (cambia de $S$ a $S^*$). Sin embargo, debido a que el índice Lerner debe tener el mismo valor en ambos casos, la elasticidad de demanda del mercado y la elasticidad de oferta de los competidores deben ser ajustadas para compensar tal reducción. Como consecuencia, sus valores cambian a $E_d^*$ y $(1-S^*)E_r^*$. Esto es expresado de la siguiente manera:

$$L = \frac{S}{E_d + (1-S)E_r} = \frac{S^*}{E_d^* + \left(1-S^*\right)E_r^*}$$

La forma de obtener cada uno de estos nuevos valores es asumir que la otra elasticidad es cero. Por ejemplo, para calcular la elasticidad de la demanda del mercado, puede asumirse momentáneamente que la elasticidad de oferta de los rivales es cero:

$$L = \frac{S}{E_d + 0} = \frac{S^*}{E_d^* + 0}$$

Al despejar la nueva elasticidad de demanda del mercado, nos quedamos con:

$$E_d^* = \frac{S^*}{S} E_d$$

De forma similar, para calcular la elasticidad de la oferta de los competidores, puede asumirse momentáneamente que la elasticidad de la demanda del mercado es igual a cero. En tal caso:

$$L = \frac{S}{0 + (1 - S)E_r} = \frac{S^*}{0 + \left(1 - S^*\right)E_r^*}$$

Por ende:

$$E_r^* = \frac{(1 - S)S^*}{(1 - S^*)S} E_r$$

La consecuencia de esto es que la interpretación de la cuota de mercado de la empresa en el mercado ya "redefinido" con la introducción de bienes sustitutos necesariamente requiere volver al mercado de bienes homogéneos inicialmente definido. Para realizar los ajustes y, en consecuencia, estimar en forma correcta el poder de mercado, siempre será necesario volver atrás. De esta manera, la relación entre la cuota de mercado y el poder de mercado en este mercado relevante que incluye sustitutos siempre requerirá, de acuerdo a Kaplow, información sobre las elasticidades del mercado relevante que solo incluye bienes homogéneos.

El asunto es aún más problemático. El ajuste de la cuota en el mercado redefinido es una operación más complicada que el cálculo del poder de mercado en un mercado de bienes homogéneos, debido a las nuevas modificaciones que deben ser introducidas en la fórmula. Se necesita aún más información. Hay más pasos en los que el analista debe tener precaución. Por ende, esta no puede ser realmente una mejor alternativa[25]. Además, considerando que lo único que redefinir el mercado permite es disminuir la cuota de mercado de la empresa, es posible decir que no hay realmente nueva información útil para conocer el índice Lerner[26].

De esta forma, Kaplow argumenta que redefinir el mercado para incluir los bienes sustitutos no tiene ningún tipo de utilidad para calcular el poder de mercado de una empresa. Para interpretar el significado de la nueva cuota de mercado en forma precisa, el analista siempre tendrá que volver atrás al mercado relevante de bienes homogéneos. Al final, la redefinición solo añade nuevos pasos y requerimientos de información[27].

## 2. El método tradicional requiere un mercado estándar de referencia para funcionar en forma apropiada

La fórmula presentada por Landes y Posner clarifica que las cuotas de mercado son solo uno de los factores que influencian el grado de poder de mercado explotativo[28] que una empresa puede tener. De esta forma, la

25 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 456.

26 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 456.

27 Textualmente, Kaplow caracteriza la operación como un "*complete wash*". Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 456.

28 Clarificación necesaria debido a la distinción entre poder de mercado de explotación y poder de mercado de exclusión. Ver * Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop, "Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law", *Georgetown Law Journal* 76 (1987), 241.

misma cuota de mercado puede estar asociada a niveles muy distintos de poder de mercado, dependiendo de la elasticidad de la demanda del mercado y de la elasticidad de la oferta de los competidores.

Como fue mencionado inicialmente, Kaplow considera que a partir de la cuota de mercado los analistas tradicionalmente infieren un grado específico de poder de mercado. A su juicio, esta operación asume, implícitamente, que hay un nivel de poder de mercado asociado "normalmente" con esa específica cuota[29]. En esto, el autor tiene razón. El lenguaje de los casos de competencia parece expresar que tal asociación existe. Por ejemplo, no sería anormal encontrarse con una sentencia que diga que una empresa con una cuota de mercado del 65% tiene poder de mercado sustancial. Desde el punto de vista formal, esto implica que tal cuota estaría relacionada normalmente con un nivel particularmente alto del índice Lerner.

Sin embargo, según el autor, considerando que el poder de mercado también depende en las elasticidades recién mencionadas, el hecho de que las cortes y agencias relacionen ciertas cuotas de mercado con ciertos niveles de poder de mercado implica que ellas tienen en mente un mercado de referencia. Esta referencia se trataría del mercado normal o estándar, aunque probablemente hipotético, que puede justificar tales inferencias[30].

En estricto rigor, las características específicas de este mercado no importan, en la medida en que ellas constituyan efectivamente un lenguaje común para los operadores jurídicos del área. Dicho de otra forma, que exista dentro de nuestra comunidad epistémica un acuerdo implícito o explícito sobre cómo es ese mercado de referencia que nos permite realizar las inferencias que nos llevan desde las cuotas de mercado al poder de mercado. Sin embargo, tal acuerdo no existe. Nadie tiene claro cuál es el nivel "normal" de sobreprecio que una empresa puede imponer con una específica cuota de mercado. Tampoco nadie tiene claro cuáles son las características de ese mercado hipotético del que los tribunales podrían realizar tal inferencia.

En particular, Kaplow especula con dos alternativas[31]. La primera opción es la del "mercado promedio", es decir, aquel mercado que tiene elasticidades promedio. Sin embargo, para saber cuáles son las elasticidades promedio, necesitaríamos saber las elasticidades del resto de los mercados. La imposibilidad de esta tarea es obvia. La segunda alternativa es un mercado de carácter ideal: un caso de libro. Sin embargo, no existe en la literatura ninguna propuesta de ese tipo.

Por ende, el mercado de referencia que es necesario para completar la inferencia que va desde la cuota al poder de mercado no existe. De esta forma, tales inferencias no tienen sustento lógico. Ellas tampoco han sido del todo explicadas por los operadores jurídicos.

## 3. Articular niveles y requerimientos de poder de mercado a través de cuotas de mercados es un error de categorías.

Como fue dicho anteriormente, el desafío que Kaplow realiza a la metodología tradicional del derecho de la competencia no se detiene en la definición de mercado, sino que se extiende también al rol de las cuotas de mercado. Aunque la crítica a la excesiva confianza en las cuotas de mercado no es nueva, es posible aseverar que Kaplow va más lejos. A esta altura, ha sido ampliamente aceptado que las cuotas de mercado solo pueden ser el primer indicador del poder de mercado de una empresa. Kaplow, en cambio, con un ataque simple, lógico y que, en perspectiva, parece incluso obvio, demuestra la debilidad de la práctica en este punto.

29 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 462.

30 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 462.

31 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 464.

Aunque ocasionalmente exista confusión en este punto, el derecho de la competencia se preocupa del poder de mercado en dos niveles. En primer lugar, se encuentra la evaluación empírica: las autoridades, partes y tribunales intentan determinar cuánto poder de mercado existe en una situación determinada. En segundo lugar, existe un asunto de política, pues uno debiese preguntarse cuánto es el poder de mercado requerido para aplicar una norma de competencia específica[32]. Esta segunda se reconduce a entender el significado preciso de expresiones como "posición dominante" o "reducción sustancial de la competencia". Según el autor, las cuotas de mercado no sirven para entregar respuestas en ninguno de estos niveles.

i) En cuanto a la evaluación empírica, hay que recordar que Kaplow relaciona el poder de mercado con la definición más estricta de aquel: la habilidad para elevar el precio por sobre el nivel competitivo. En este sentido, el poder de mercado debería ser expresado en alguna medida relacionada con la posible elevación del precio por sobre el nivel competitivo. Sin embargo, los operadores de los sistemas de competencia tradicionalmente se refieren al nivel de poder de mercado expresando la cuota de mercado poseída por la empresa siendo investigada. Esto, según Kaplow, es un error de categoría: las cuotas de mercado sencillamente muestran información diferente, en una unidad también diferente[33].

El autor deja abierta una puerta. Responder preguntas empíricas sobre poder de mercado a través de cuotas de mercado sería una práctica aceptable si hubiese una relación uniforme entre estas y el índice Lerner. Sin embargo, como ya ha sido indicado anteriormente, ese no es el caso. Por un lado, las cuotas de mercado dependen completamente de la definición del mercado relevante. La inclusión o exclusión de un bien sustituto puede generar resultados radicalmente distintos. En estas circunstancias, una relación constante es imposible. Por otro lado, el índice Lerner de poder de mercado demuestra que no solo las cuotas son importantes, sino que también la elasticidad de la demanda del mercado y la elasticidad de la oferta de los competidores. Como ambas variables pueden ser significativamente distintas dependiendo del caso, sencillamente las cuotas de mercado no son una medida apropiada del poder de mercado de una empresa.

ii) En cuanto a los requerimientos normativos de poder de mercado, Kaplow nota que existe una tendencia a responder esta pregunta también a través de cuotas de mercado. En estos casos también hay un error de categoría. Un clásico ejemplo del uso de cuotas para definir estándares normativos se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Akzo:

"Por lo que se refiere a las cuotas de mercado, el Tribunal de Justicia declaró (sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche, 85/76...) que cuotas muy importantes constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. Así ocurre con una cuota de mercado del 50%, como la comprobada en el presente caso"[34].

De todas formas, es posible considerar este caso como dudoso. El Tribunal de Justicia no define acá la posición dominante a partir de una cuota específica, sino que sencillamente considera que ellas pueden constituir su prueba, "salvo circunstancias excepcionales". En este sentido, vale la pena recordar que el concepto de posición dominante fue definido previamente por tal corte en otros dos casos: United Brands y

32 Kaplow, "Market Share Thresholds", 252.

33 Kaplow, "Market Share Thresholds", 253.

34 Caso C-62/86, Akzo Chemie BV v. Comisión de las Comunidades Europeas [1991], apartado 60.

Hoffmann-La Roche. En United Brands, el Tribunal de Justicia indicó que:

"(...) La posición dominante a la que se refiere el artículo 86[35]es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores"[36].

En Hoffmann-La Roche, el Tribunal añadió que:

"(...) Dicha posición, a diferencia de lo que sucede en una situación de monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la posibilidad de que exista cierta competencia, pero coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante, esa actitud le perjudique"[37].

Finalmente, vale la pena notar que es este último caso el que establece inicialmente la relación entre cuota de mercado y posición dominante:

"(...) Que la existencia de una posición dominante puede deberse a varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes, pero que, entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas... Considerando que el hecho de tener una cuota de mercado alta, como prueba de la existencia de una posición dominante, no es un dato inmutable, y que su importancia varía de un mercado a otro según la estructura de éstos, especialmente en lo que se refiere a la producción, a la oferta y a la demanda"[38].

De esta manera, la situación en la jurisprudencia europea es que el concepto de posición dominante se encuentra definido en United Brands y Hoffmann-La Roche. Tal concepto implica, esencialmente, la posibilidad de obstaculizar la competencia y comportarse de forma apreciablemente independiente del resto de los agentes de mercado. Además, según Hoffmann-La Roche, una cuota de mercado particularmente alta es una prueba importante de una posición dominante, pero no inmutable. Por último, Akzo determina un criterio más específico: una cuota de 50% es prueba de posición dominante, salvo que concurran circunstancias excepcionales. De esta forma, el Tribunal de Justicia no define la existencia de una posición dominante a través de una cuota de mercado específica, sino que le asigna a esta última un alto valor probatorio.

Entonces, ¿cuánto poder de mercado se necesita para ser dominante? ¿Es el requisito de posición dominante un requisito de poder de mercado? A la segunda pregunta, la respuesta parece ser que sí. Si la dominancia está constituida por la obstaculización de la competencia efectiva y la posibilidad de comportarse con un grado relevante de independencia, esto puede ser equiparado a un concepto amplio de poder de mercado, que no se agote en el daño a través de los precios. A la primera pregunta, la respuesta es que las cortes europeas nunca han establecido un requerimiento preciso, sencillamente porque las cortes no se expresan tradicionalmente en términos de sobreprecios.

35 Esta referencia debe entenderse hecha al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

36 Caso 27/76, United Brands v Comisión de las Comunidades Europeas [1978], apartado 65.

37 Caso 85/76, Hoffmann-La Roche v. Comisión de las Comunidades Europeas [1979], apartado 39.

38 Caso 85/76, Hoffmann-La Roche v. Comisión de las Comunidades Europeas [1979], apartados 39-40.

## 4. La definición de mercado relevante tiene un carácter circular

Aunque en teoría hay un número infinito de mercados relevantes para un caso específico, la situación normal es que los operadores del sistema de competencia tengan que decidir entre dos o tres alternativas. ¿Cuál debería ser la opción elegida? Debido a que el mercado relevante es un concepto que surge desde y para el derecho de la competencia, la organización industrial no entrega una respuesta[39].

Entonces, Kaplow propone dos alternativas. El "mejor" mercado relevante podría ser aquel que permita la evaluación más precisa del poder de mercado que tiene la empresa bajo la lupa o, por otro lado, podría ser aquel que entregue la respuesta jurídicamente correcta para el caso. En ambos casos, según el autor, la metodología tradicional incurriría en razonamiento circular.

Por un lado, el "mejor" mercado relevante podría ser aquel que entregue la estimación más precisa posible sobre el nivel de poder de mercado[40]. Sin embargo, esto exige un estimado previo del nivel de mercado que permita comparar las posibles alternativas de mercado relevante y elegir la opción que más se acerque. La forma de realizar esa estimación sería a través de la utilización de la mejor información ya disponible. El asunto problemático, como bien argumenta Kaplow, es que de existir este estimado ya no hay ninguna razón para definir un mercado relevante. Si el analista ha procesado la mejor información disponible y ya ha obtenido la mejor estimación del poder de mercado, recurrir a tal información para elegir el mercado relevante que entregue el poder de mercado que más se le acerque no tiene sentido. No hay ninguna ganancia en eso. Por el contrario, si el criterio es acercarse a la mejor estimación posible del mercado, la mejor alternativa es quedarse con tal estimación. Elegir un mercado relevante sería una alternativa necesariamente inferior: la diferencia entre la mejor estimación posible y el mercado relevante que más se le acerca implica desperdiciar cierta información de calidad que fue previamente considerada.

*Mutatis mutandi*, lo mismo ocurre con la segunda alternativa. Para determinar cuál es el mercado relevante que entregaría la respuesta jurídicamente correcta para el caso, se necesita la mejor aproximación previa a saber cuál es la respuesta correcta. Ocupar tal aproximación como criterio para elegir un mercado relevante en vez de llevarlo directamente a la respuesta del caso tampoco tiene sentido[41].

## 5. Sobre la sustitución razonable y las elasticidades cruzadas de la demanda

Es sabido que en algunas ocasiones la jurisprudencia se enfoca en las posibilidades de sustitución razonable. Esto se traduce en analizar las elasticidades cruzadas por el lado de la demanda. Según Kaplow, esto es un problema. En vez de enfocarse en elasticidades cruzadas, los operadores del sistema deberían intentar obtener la elasticidad de la demanda, que es un parámetro directamente aplicable para obtener el índice Lerner.

Esto no implica que las elasticidades cruzadas no puedan tener alguna utilidad. La suma proporcional de las elasticidades cruzadas tiene como resultado la elasticidad de la demanda del mercado. Sin embargo, es necesario considerar tres asuntos:

---

39 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 466.

40 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 468-473.

41 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 473-474.

i) Las elasticidades cruzadas de la demanda necesitan ser identificadas y determinadas en forma previa, pues el nivel de poder de mercado se ve afectado por todos los canales alternativos en que la demanda puede distribuirse. Esto parece una operación de alta dificultad y, de hecho, para Kaplow es más simple mirar directamente a la elasticidad de la demanda[42]. Esto es comprensible: entre intentar determinar uno o varios parámetros que requieren un alto nivel de información, lo preferible es lo primero.

ii) La práctica normalmente se enfoca en el valor de la elasticidad cruzada para saber si incluir un bien específico en el mercado relevante "redefinido". Sin embargo, usualmente no se considera cuáles son las ventas e ingresos de las empresas. Ellas deberían ser utilizadas para medir en forma proporcional la influencia de la sustitución en la elasticidad de la demanda del producto analizado.

iii) La elasticidad de la demanda del mercado usualmente puede ser calculada con mayor facilidad normalmente, porque implica analizar solo un mercado y no dos o más.

De cualquier forma, Kaplow reconoce la utilidad de estos parámetros en dos sets limitados de casos: para establecer el nivel mínimo de la elasticidad de la demanda y para el análisis de efectos unilaterales en concentraciones con productos diferenciados. Esto último sigue la línea, por cierto, de las reconocidas contribuciones de Farrell y Shapiro[43].

**En suma[44], las críticas de Kaplow son certeras y están caracterizadas por clara consistencia interna. Su postura parece indicar que, al final, el derecho de la competencia es un asunto complejo y la definición de mercado relevante no es una solución apropiada a esta complejidad. No hay forma de evitar el tener que enfrentarse a la realidad e intentar obtener las mejores estimaciones de poder de mercado, con toda la evidencia de calidad disponible. Sin embargo, el autor de este artículo considera que estas críticas no son fatales para la definición del mercado. Por el contrario, el problema de la postura de Kaplow es externo: no comprende a cabalidad la función de la definición de mercados.**

## III. EL CAMINO ADELANTE: LA TELEOLOGÍA DEL MERCADO RELEVANTE

La sensación que queda de las importantes críticas conceptuales hechas por Louis Kaplow es que no hay fórmulas mágicas que resuelvan el problema de la evaluación del nivel de poder de mercado. Esto es sensato. Sin embargo, ello no hace que la definición de mercado relevante sea una operación inútil. Por el contrario, lo necesario es comprender y delimitar su función en forma clara.

La idea de enfocarse en la finalidad de la definición de mercados ha sido recientemente enfatizada por la

42 Kaplow, "Why (Ever) Define Markets", 484-485.

43 Ver Joseph Farrell y Carl Shapiro, "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition", *BE Journal of Theoretical Economics* 10 (2010), 1.

44 Por motivos de espacio y énfasis, este artículo ha dejado fuera algunas consideraciones especiales realizadas por Kaplow en materia de operaciones de concentración. Para tales casos, teniendo en vista las Merger Guidelines del 2010, el autor argumenta que el paradigma formado por el test del monopolista hipotético y requerimientos legales basados en índices HHI no tiene consistencia interna. Ver Kaplow, "Market Definition and the Merger Guidelines".

Dra. Magali Eben, de la Universidad de Glasgow[45]. Eben argumenta, esencialmente, dos puntos[46]:

i) El mercado relevante no existe. No hay tal cosa en la naturaleza como un mercado relevante. La definición de mercados no es más que un método cuyo objetivo es el responder algo[47].

ii) No obstante lo anterior, la definición de mercado relevante puede ser un proceso dotado de cierto nivel de objetividad. Esto, además, es necesario debido a exigencias derivadas del Estado de Derecho.

Quedémonos, primero, con una rápida revisión del segundo argumento. En este punto, Eben recalca que la naturaleza funcional del mercado relevante no puede significar subjetividad en su definición. Esto implica que el proceso para definirlo no puede depender de las opiniones de los operadores jurídicos involucrados, sino que estrictamente de la teoría o la conducta siendo revisada[48]. Así, el derecho de la competencia debe apuntar a estructurar el proceso de definición de forma objetiva, con estándares claros y transparentes[49]. En su opinión, esto implica tres elementos. Primero, adoptar una línea base común: aquella de las presiones y limitaciones competitivas como fundamento del mercado relevante. Segundo, asegurar predictibilidad haciendo explícita la manera en que los mercados son definidos por las autoridades y los jueces. Finalmente, como tercera sugerencia, Eben indica que se debe mantener una revisión judicial exhaustiva de aquel procedimiento. Aquí vale la pena recordar que, en la Unión Europea, la definición de mercado se ha mantenido como uno de aquellos asuntos denominados como "evaluaciones económicas complejas", materias en que el Tribunal General ejerce una revisión de intensidad menor que la habitual[50].

Más importante para los propósitos de este comentario es el primer argumento. Eben explica que los mercados relevantes son ficciones construidas en torno a las presiones y limitaciones que la competencia impone a un agente económico o grupo de ellas. Tal construcción es realizada para ajustarse a propósitos específicos del derecho de la competencia: medir en forma indirecta el poder de mercado y, en forma más amplia, "entregar la evidencia necesaria para resolver cuestiones de hecho, conducta y efectos anticompetitivos"[51]. De hecho, para la académica la medición del poder de mercado no es más que una consecuencia de la función amplia que tendría la definición de mercado relevante: entregar un marco analítico de referencia para "evaluar los hechos y teorías presentadas"[52].

Estamos de acuerdo con Eben en este punto. La definición de mercado relevante debe ser vista como lo que es: un método. Lo importante no es, por ende, el mercado relevante en sí. Lo importante es

45 Magali Eben, "The Antitrust Market Does not Exist: Pursuit of Objectivity in a Purposive Process" *Journal of Competition Law and Economics* 17 (2021), 586.

46 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 587-8.

47 En este mismo sentido, Miguel Sousa Ferro, *Market Definition in EU Competition Law* (Edward Elgar: 2019), 36-37 y Viktoria H S E Robertson, *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US* (Hart: 2020), 53.

48 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 611-2.

49 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 612.

50 Sobre algunos puntos básicos en materia de definición de mercado relevante en el derecho de la competencia de la Unión Europea, ver algunos pensamientos de este autor en Richard Tepper, "Mercado relevante en la sentencia Servier del Tribunal General", *Almacén de Derecho* (2018), https://almacendederecho.org/mercado-relevante-en-la-sentencia-servier-del-tribunal-general, [última visita: 29 de marzo de 2022].

51 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 596. Traducción libre.

52 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 600. Traducción libre.

obtener la información y respuestas que el análisis busca. De esta forma, es importante reflexionar sobre la función de la definición de mercados. Para la propia Eben, esta aproximación teleológica[53] puede ser articulada en diversas formas. Todo depende de aquella respuesta que esté siendo buscada por los operadores del sistema y las partes. Ellas podrían buscar revisar la factibilidad de una conducta, calcular la plausibilidad del daño a la competencia o evaluar el nivel del poder de mercado[54]. De cualquier manera, todas estas articulaciones tendrían algo en común: estar basadas en la evaluación de las presiones y limitaciones competitivas[55]. Este último punto se encuentra de acuerdo con la, aún vigente[56], Comunicación sobre mercado relevante de la Comisión Europea:

"La definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia (2). La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante o para la aplicación del artículo 85[57-58].

Otros autores también han profundizado recientemente en este punto. Sousa Ferro, principalmente enfocado en el derecho europeo, distingue entre funciones mediatas e inmediatas. La función mediata de definir un mercado relevante es "la justificación en sí de la limitación de la iniciativa económica privada y la libertad contractual que el derecho de la competencia implica"[59]. En particular, el mercado relevante permitiría aplicar un test de proporcionalidad entre la interferencia que las normas de competencia importan en la libertad económica y, por otro lado, los beneficios que surgen de la protección de la competencia[60].

Adicionalmente, la definición de mercado relevante tiene objetivos de carácter inmediato en este esquema. Según el autor, la idea de la definición de mercado enfocada en la evaluación de poder de mercado tiene un problema: no da cuenta de que, desde una perspectiva jurídica, la definición de mercado relevante permite la evaluación de las prácticas anticompetitivas en sí, la determinación de responsabilidad, la cuantificación de las multas y la imposición de obligaciones o derechos. En este sentido, la evaluación del poder de mercado sería un paso intermedio para arribar a estas metas[61]. Esto, por cierto, desde una perspectiva netamente europea.

53 "Purposive approach". Ver Eben, Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 603.

54 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 603-606.

55 Eben, "The Antitrust Market Does not Exist", 606-608.

56 El texto se encuentra actualmente en estado de reforma. Se pueden revisar antecedentes del procedimiento público de consulta y recopilación de información realizado por la Comisión Europea en: https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2020-market-definition-notice_en [última visita: 29 de marzo de 2022].

57 Esta referencia debe entenderse como hecha al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

58 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normative comunitaria en materia de la competencia (97/C 372/03), apartado 2.

59 Sousa Ferro, *Market Definition in EU Competition Law*, 29. Traducción libre.

60 Sousa Ferro, *Market Definition in EU Competition Law*, 29.

61 Sousa Ferro, M*arket Definition in EU Competition Law*, 33.

Robertson, por otro lado, distingue entre el *antitrust* estadounidense y el derecho de la competencia de la Unión Europea. En el *antitrust*, la definición de mercado permite estructurar el análisis del poder de mercado y, en forma más general, entregar un marco para evaluar el comportamiento anticompetitivo (incluyendo sus posibles efectos, de ser el caso)[62]. En cambio, en el derecho de la Unión Europea, la definición de mercado también sería la base para determinar la existencia y grado de poder de mercado[63], entregaría el contexto necesario para analizar la conducta y, además, cumple un rol esencial considerando los distintos umbrales de cuotas de mercado que aparecen en diferentes áreas del derecho de la competencia de la Unión[64].

El análisis anterior revela un punto clave: según parte de la doctrina, la definición de mercado es utilizada para tareas variadas. La enumeración que realiza Sousa Ferro es reveladora en este punto: la cuantificación de la multa, por ejemplo, es una tarea sustancialmente distinta que la medición del poder monopólico. De todas maneras, esta lista de funciones solo es válida dentro del ámbito europeo. La función de la definición de mercado puede variar, según la jurisdicción en la que nos encontremos[65].

El argumento puede ser llevado más allá. Incluso si la definición de mercados se limitara a evaluar el poder de mercado, la crítica de Kaplow sigue siendo demasiado estricta en el ámbito de aplicación de la definición de mercados. Esto porque el derecho de la competencia no solo está interesado en proteger a los consumidores de aumentos de precios, sino que también de explotación en materias como calidad, variedad e innovación. Se añaden a esta lista, en los últimos años, privacidad y sustentabilidad. Además, una de las principales causas de intervención son las conductas de exclusión. El índice Lerner no tiene relación con ninguno de estos casos. De hecho, la maximización de factores como la variedad o la protección del medio ambiente puede provocar alzas en los precios. De esta forma, el gran problema de Kaplow es no darse cuenta que su crítica está alejada de la práctica y de los intereses del derecho de la competencia.

Debido a sus problemas de comprensión del ámbito de la definición de mercados, Kaplow tampoco nota que la evaluación del poder de mercado es normalmente un trabajo de carácter cualitativo. Debido a que el derecho de la competencia intenta proteger intereses variopintos frente a una multitud de conductas, es que las teorías se tornan complejas y, por extensión, la evidencia necesaria para sustentarlas. Sería extraño que el índice Lerner de poder de mercado fuera suficiente para sustentar un caso frente a un tribunal. Por el contrario, normalmente se necesitan pruebas de variados tipos, las que son apreciadas por los tribunales de acuerdo a un estándar probatorio de carácter jurídico. Una definición de mercado relevante limitada a calcular el índice Lerner no aprecia ninguna de estas realidades.

Finalmente, es necesario indicar que, debido a la complejidad de los casos de competencia, es que es necesario que la información y la evidencia que los conforman sea ordenada de alguna forma. La definición de mercado relevante también cumple este rol: le entrega una narrativa coherente que permite a autoridades, tribunales y partes, encauzar de mejor forma sus discusiones y comprender dónde se encuentran los puntos clave de cada caso.

62 Robertson, *Competition Law's Innovation* Factor, 31-32.

63 Pese a la coincidencia en este punto entre ambos ordenamientos jurídicos, vale la pena recordar que los conceptos jurídicos de ambos difieren en forma sustantiva. Por ejemplo, la posición dominante del derecho europeo ha sido definida en forma sustancialmente distinta del poder monopólico de la Sección 2 de la Sherman Act.

64 Robertson, *Competition Law's Innovation* Factor, 48.

65 Sobre cómo el derecho de la competencia toma características de su jurisdicción, ver Ariel Ezrachi, "Sponge", *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (2016), 49-75.

## IV. CONCLUSIÓN

El objetivo de este comentario ha sido revisar en profundidad la crítica de Louis Kaplow en torno a la definición de mercado relevante y buscar una respuesta. En este sentido, se ha analizado la reciente publicación de Magali Eben, que enfatiza la noción funcional de la definición de mercado relevante.

Si bien el lector puede estar de acuerdo con Kaplow o no, lo cierto es que su crítica es uno de los aportes conceptuales más importantes al derecho de la competencia en las últimas décadas. Sin embargo, cuando se enfatiza la función de la definición de mercados, es posible observar que Kaplow tiene una comprensión demasiado estrecha de cuál es el rol que el mercado relevante cumple en el derecho de la competencia. Los casos de competencia son complejos y pretenden proteger una variedad de intereses sociales e individuales. En este sentido, sería extraño que una investigación de competencia pudiera agotarse en el cálculo del índice Lerner. Por el contrario, el derecho de la competencia contemporáneo apunta en la dirección completamente opuesta.

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:**
Richard Tepper M, "Reevaluando la noción de mercado relevante: Algunas notas sobre las teorías de Eben y Kaplow", *Investigaciones CeCo* (marzo, 2022),
**http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones**

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