



## LA PARADOJA COMPETITIVA DE AMAZON (TRADUCCIÓN DE "AMAZON'S ANTITRUST PARADOX")

Lina M. Khan

# La paradoja competitiva de Amazon<sup>\*-\*\*</sup>

(Traducción de *"Amazon's Antitrust Paradox"*)

Enero 2026

## Lina M. Khan

Lina M. Khan obtuvo su Bachelor of Arts en Williams College (2010), y su grado de Juris Doctor en Yale (2017). Tras eso, fue la Presidenta de la Federal Trade Commission entre junio de 2021 y enero de 2025. Actualmente es profesora asociada de la Escuela de Derecho de Columbia.

---

\* Nota del traductor: texto traducido por Ignacio Peralta Fierro con la autorización de Lina Khan y The Yale Law Journal. Agradezco a Khan y al Law Journal por su autorización. Para buscar el texto original en inglés, basta con referirse a "Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale L.J. 710 (2017)"

\*\* Nota del traductor: el título original del texto es "Amazon's Antitrust Paradox". Dicho título hace un guiño a un famoso libro del profesor Robert Bork titulado "The Antitrust Paradox", el cual Khan critica repetidamente a lo largo de este texto. La principal dificultad a la hora de traducir dicho título fue que la traducción más estándar de "antitrust", esto es, "derecho de la competencia", no habría funcionado (el título habría quedado como "La paradoja del derecho de la competencia de Amazon"). Por eso, se optó por dejar *antitrust* como competencia, un término que está íntimamente relacionado con el "antitrust".

**Resumen:** Amazon es el titán del comercio del siglo XXI. Además de ser un minorista, ahora es una plataforma de ventas, una red de entrega y logística, un servicio de pagos, un prestamista de dinero, una casa de subastas, una importante editorial de libros, una productora de cine y televisión, una diseñadora de ropa, un fabricante de hardware y una de las principales proveedoras de servicios de alojamiento en la nube. Aunque Amazon ha registrado un crecimiento impresionante, genera beneficios exiguos, optando en cambio por fijar precios por debajo del costo y expandirse ampliamente. A través de esta estrategia, la empresa se ha posicionado en el centro del comercio electrónico y ahora funciona como una infraestructura esencial para una serie de otros negocios que dependen de ella. Ciertas conductas y elementos de la empresa plantean preocupaciones anticompetitivas; sin embargo, la empresa ha eludido el escrutinio de la institucionalidad de libre competencia.

Esta Nota sostiene que el marco actual del derecho de competencia —en particular, su reducción de la competencia al “bienestar del consumidor”, definido como los efectos de precios a corto plazo— no está preparado para captar la arquitectura del poder de mercado en la economía moderna. No podemos reconocer los posibles daños a la competencia derivados del dominio de Amazon si medimos la competencia principalmente a través del precio y la producción. En concreto, la doctrina actual subestima el riesgo de precios predátorios y cómo la integración de distintas líneas de negocio puede resultar anticompetitiva. Estas preocupaciones se intensifican en el contexto de las plataformas en línea por dos razones. En primer lugar, los rasgos económicos de los mercados de plataformas crean incentivos para que una empresa priorice crecer por sobre obtener ganancias, una estrategia que los inversionistas han recompensado. Bajo estas condiciones, la fijación de precios predátorios se vuelve altamente racional, incluso cuando la doctrina vigente la considera irracional y, por tanto, inverosímil. En segundo lugar, dado que las plataformas en línea actúan como intermediarios fundamentales, la integración de distintas líneas de negocio pone a estas plataformas en una posición en que pueden controlar la infraestructura esencial de la cual dependen sus rivales. Este doble rol también permite a una plataforma explotar la información que recopila de las empresas que utilizan sus servicios, para luego usarla para socavarlas como competidoras.

Esta Nota identifica las distintas facetas del dominio de Amazon. Hacer aquello nos permite comprender su estrategia comercial, ilumina aspectos anticompetitivos de su estructura y actuación, y subraya las deficiencias de la doctrina actual. La Nota concluye considerando dos posibles regímenes para abordar el poder de Amazon: restablecer los principios tradicionales del derecho y la política de competencia, o aplicar obligaciones y deberes propios de transportistas *comunes* (*common carriers*).

**Autora.** Estoy profundamente agradecida a David Singh Grewal por motivarme a emprender este proyecto y a Barry C. Lynn por haberme en un principio introducido en estos temas. Por sus reflexivos comentarios en las distintas etapas de este trabajo, también agradezco a Christopher R. Leslie, Daniel Markovits, Stacy Mitchell, Frank Pasquale, George Priest, Maurice Stucke y Sandeep Vaheesan. Finalmente, muchas gracias a Juliana Brint, Urja Mittal y al equipo de *Yale Law Journal* por sus perspicaces comentarios y su cuidadosa edición. Todos los errores son míos.

## Contenido de la Nota

Introducción.....	5
I. La revolución de la Escuela de Chicago: el alejamiento del proceso competitivo y de la estructura de mercado.....	8
A. Fijación de precios predátorios .....	11
B. Integración vertical.....	17
II. Por qué importan el proceso y la estructura competitiva.....	21
A. Los efectos sobre los precios y la producción no abarcan toda la gama de amenazas al bienestar del consumidor.....	22
B. Las leyes antimonopolio promueven la competencia para servir a una variedad de intereses.....	23
C. Promover la competencia requiere un análisis del proceso y la estructura.....	26
III. La estrategia comercial de Amazon.....	28
A. La disposición a renunciar a ganancias para así establecer su dominio.....	28
B. Expansión hacia múltiples líneas de negocio.....	32
IV. Establecimiento de una dominancia estructural.....	33
A. Precios por debajo del costo en bestsellers de e-books y los límites del análisis contemporáneo del requisito de la recuperación.....	34
B. Adquisición de Quidsi y supuestos erróneos sobre las barreras de entrada y salida.....	42
C. Amazon Delivery y el apalancamiento del dominio entre sectores.....	46
D. Amazon Marketplace y la explotación de datos.....	50
V. Cómo las características económicas de las plataformas y los mercados de capital pueden facilitar conductas y estructuras anticompetitivas.....	52
VI. Dos modelos para abordar el poder de las plataformas.....	57
A. Gobernar los mercados de plataformas en línea mediante la competencia.....	57
1. Fijación de precios predátorios.....	57
2. Integración vertical.....	58
B. Regular las plataformas dominantes como monopolios a través de la regulación.....	61
Conclusión.....	65

**“Aun cuando Amazon se convirtió en uno de los mayores minoristas del país, nunca pareció interesada en cobrar lo suficiente para obtener ganancias. Los consumidores celebraban y la competencia languidecía”.**

—THE NEW YORK TIMES<sup>1</sup>

**“Una de las características más impresionantes del Sr. Rockefeller es su paciencia”.**

—Ida Tarbell, *A History of the Standard Oil Company*<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

En los primeros años de Amazon, un chiste recurrente entre los analistas de Wall Street era que Jeff Bezos, el CEO de la empresa, estaba construyendo un castillo de naipes. Al comenzar su sexto año de operación en el año 2000, la empresa aún no había logrado generar ganancias y acumulaba de manera continua pérdidas millonarias, siendo dichas pérdidas mayores cada trimestre. No obstante, un segmento de los accionistas creía que, al invertir grandes sumas en publicidad y fuertes descuentos, Amazon estaba realizando una inversión sólida que rendiría frutos una vez que el comercio electrónico despegara. Cada trimestre, la empresa informaba pérdidas, y el precio de sus acciones subía. Un sitio de noticias capturó este sentimiento de perplejidad con la siguiente pregunta: “Amazon: ¿esquema Ponzi o el Walmart de internet?”<sup>3</sup>.

Dieciséis años después, nadie duda seriamente de que Amazon es el titán del comercio del siglo XXI. En 2015, obtuvo ingresos por 107 mil millones de dólares<sup>4</sup> y, para 2013, vendía más que sus doce principales competidores en línea combinados<sup>5</sup>. Según algunas estimaciones, Amazon actualmente capta el 46% de las compras en línea y su participación crece más rápido que el sector en su conjunto<sup>6</sup>. Además de ser un minorista, Amazon es una plataforma de marketing, una red de entrega y logística, un servicio de pagos, un prestamista, una casa de subastas, una importante editorial de libros, una productora de televisión y cine, una diseñadora de moda, un fabricante de *hardware* y una de las principales proveedoras de servicios de alojamiento en la nube y de capacidad computacional. Aunque Amazon ha registrado un crecimiento impresionante —informando aumentos de dos dígitos en sus ventas netas anuales— reporta ganancias exigüas, optando en su lugar por invertir agresivamente. La empresa registró pérdidas constantes durante sus primeros siete años de actividad, acumulando deudas por 2 mil millones de dólares<sup>7</sup>. Aunque ahora sale de los números rojos con mayor frecuencia<sup>8</sup>, los resultados negativos siguen siendo comunes. Por ejemplo,

1 David Streitfeld, *As Competition Wanes, Amazon Cuts Back Discounts*, N.Y. Times (4 de julio de 2013), <http://www.nytimes.com/2013/07/05/business/as-competition-wanes-amazon-cuts-back-its-discounts.html> [<http://perma.cc/48L-8CPZ>].

2 Ida Tarbell, *John D. Rockefeller: A Character Study*, 25 McClure's Mag. 227, 245 (1905).

3 *Amazon: Ponzi Scheme or Wal-Mart of the Web?*, Slate: Moneybox (8 de febrero de 2000, 5:52 PM), [http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2000/02/amazon\\_ponzi\\_scheme\\_or\\_walmart\\_of\\_the\\_web.html](http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2000/02/amazon_ponzi_scheme_or_walmart_of_the_web.html) [<http://perma.cc/XQ22-YR9K>].

4 Allison Enright, *Amazon Sales Climb 22% in Q4 and 20% in 2015*, Internet Retailer (28 de enero de 2016, 4:06 PM), <http://www.internetretailer.com/2016/01/28/amazon-sales-climb-22-q4-and-20-2015> [<http://perma.cc/N6S3-XTSB>].

5 Shelly Banjo & Paul Ziobro, *After Decades of Toil, Web Services Remain Small for Many Retailers*, Wall St. J. (27 de agosto de 2013, 8:31 PM), <http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324906304579039101568397122> [<http://perma.cc/C8QJ-JYRN>].

6 Olivia LaVecchia y Stacy Mitchell, *Amazon's Stranglehold: How the Company's Tightening Grip Is Stifling Competition, Eroding Jobs, and Threatening Communities*, Inst. for Local Self-Reliance 10 (noviembre de 2016), [http://ilsr.org/wp-content/uploads/2016/11/ILSR\\_AmazonReport\\_final.pdf](http://ilsr.org/wp-content/uploads/2016/11/ILSR_AmazonReport_final.pdf) [<http://perma.cc/A4ND-2NDJ>].

7 *Amazon Posts a Profit*, CNN Money (22 de enero de 2002, 3:39 PM), <http://money.cnn.com/2002/01/22/technology/amazon> [<http://perma.cc/SME3-2UCK>].

8 En parte debido al éxito de Amazon Web Services, Amazon ha comenzado recientemente a registrar beneficios constantes. Véase Nick Wingfield, *Amazon's Cloud Business Lifts Its Profit to a Record*, N.Y. Times (28 de abril de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/04/29/technology/amazon-q1-earnings.html> [<http://perma.cc/ZHL6-JEZU>]. Aunque esta tendencia se aparta del periodo histórico en el que centro mi análisis, este sigue siendo válido dado que me interesa (1) las pérdidas que Amazon asumió anteriormente para establecer posiciones dominantes en determinados sectores, (2) el respaldo e interés sostenido de los inversionistas *a pesar* de dichas pérdidas, y (3) si acaso estos hechos desafían la suposición —incrustada en la doctrina vigente— de que perder dinero solo es deseable (y por tanto racional) si va seguido de recuperación de dichas pérdidas. Véase *id.* (“Amazon a menudo oscila entre mostrar beneficios y pérdidas, dependiendo de cuán agresivamente decide reinvertir en nuevas apuestas empresariales. Los inversionistas le han concedido a la empresa mucha más libertad para hacerlo que a otras compañías tecnológicas de su tamaño, debido a su historial de generar un crecimiento extraordinario”); véase también *infra* Parte III.

la empresa informó pérdidas en dos de los últimos cinco años, y su ingreso neto anual más alto sigue siendo inferior al 1% de sus ventas netas<sup>9</sup>.

A pesar de su historial de escasos retornos, los inversionistas la han respaldado con entusiasmo: las acciones de Amazon se cotizan a más de 900 veces sus ganancias diluidas, lo que la convierte en la acción más cara del índice Standard & Poor's 500<sup>10</sup>. Como señaló un periodista con asombro, "la empresa apenas logra obtener una ganancia, gasta una fortuna en expansión y envío gratuito, y es famosa por la opacidad de sus operaciones comerciales. Sin embargo, los inversionistas (...) se abalanzan sobre la acción"<sup>11</sup>. Otro comentó que Amazon está "en una liga propia (*a class of its own*) cuando se trata de valoración"<sup>12</sup>.

Los periodistas y analistas financieros continúan especulando sobre cuándo y cómo las fuertes inversiones y cuantiosas pérdidas de Amazon darán fruto<sup>13</sup>. Mientras tanto, los clientes parecen universalmente adorar a la empresa. Cerca de la mitad de todos los compradores en línea acuden directamente a Amazon en primer lugar para buscar productos<sup>14</sup> y, en 2016, el *Reputation Institute* nombró a la empresa como la "más reputada de Estados Unidos" por tercer año consecutivo<sup>15</sup>. En los últimos años, los periodistas han expuesto las tácticas comerciales agresivas que Amazon emplea. Por ejemplo, Amazon denominó una de sus campañas "El Proyecto Gacela", una estrategia mediante la cual la empresa se acercaba a pequeñas editoriales "del mismo modo que un guepardo lo haría con una gacela enferma"<sup>16</sup>. Este, así como otros reportajes<sup>17</sup>, atrajeron amplia atención<sup>18</sup>, quizás porque ofrecían una visión de los posibles costos sociales del dominio de Amazon. La muy publicitada disputa de la empresa con Hachette en 2014 —en la que Amazon eliminó los libros de la editorial de su sitio web durante negociaciones comerciales— también generó un extenso escrutinio y debate en la prensa<sup>19</sup>. En términos más generales, existe una creciente conciencia pública de que Amazon se

9 Amazon.com, Inc., *Annual Report* (Form 10-K) 17 (29 de enero de 2016), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000101872416000172/amzn-20151231x10k.htm> [<http://perma.cc/GB6A-YWZT>].

10 Matt Krantz, *Amazon Breaks Barrier: Now Most Costly Stock*, USA Today (11 de noviembre de 2015, 5:16 PM), <http://www.usatoday.com/story/money/markets/2015/11/11/amazon-pe-ratio-valuation-price/75519460> [<http://perma.cc/P5BA-5REB>].

11 Meagan Clark y Angelo Young, *Amazon: Nearly 20 Years in Business and It Still Doesn't Make Money, but Investors Don't Seem To Care*, Int'l Bus. Times (18 de diciembre de 2013, 10:37 AM), <http://www.ibtimes.com/amazon-nearly-20-years-business-it-still-doesnt-make-money-investors-dont-seem-care-1513368> [<http://perma.cc/6NMH-HNC4>].

12 Krantz, *supra* nota 10 ("El [índice precio/ganancias] de Amazon no es solo alto en relación con el mercado, sino que la acción está altamente valorada incluso si la empresa logra las altas expectativas que los inversionistas tienen. El [índice precio/ganancias] de Amazon es ahora 14 veces superior al asombroso 67% de crecimiento anual que los analistas esperan a largo plazo de la empresa. Es una valoración fuera de los parámetros normales utilizando las reglas tradicionales. Los inversionistas comienzan a considerar que una acción está cara cuando su [índice precio/ganancias] es apenas dos veces su tasa de crecimiento esperada").

13 Véase, por ejemplo, Farhad Manjoo, *How Amazon's Long Game Yielded a Retail Juggernaut*, N.Y. Times (18 de noviembre de 2015), <http://www.nytimes.com/2015/11/19/technology/how-amazons-long-game-yielded-a-retail-juggernaut.html> [<http://perma.cc/62WG-KQ67>] ("Durante años, los observadores se preguntaron si el negocio minorista de Amazon —es decir, su negocio principal— podría realmente funcionar. Los inversionistas concedieron al Sr. Bezos una enorme libertad para gastar miles de millones en construir una infraestructura de centros de distribución, pero seguía siendo una pregunta semiabierta si la escala y el ritmo de las inversiones llegarían a compensarse. ¿Podría esta empresa realmente ganar mucho dinero vendiendo tanto por tan poco?").

14 Sam Moore, *Amazon Commands Nearly Half of Consumers' First Product Search*, Bloomreach (6 de octubre de 2015), <http://bloomreach.com/2015/10/amazon-commands-nearly-half-of-consumers-first-product-search> [<http://perma.cc/LVD9-F6W9>].

15 Karsten Strauss, *America's Most Reputable Companies, 2016: Amazon Tops the List*, Forbes (29 de marzo de 2016, 12:00 PM), <http://www.forbes.com/sites/karstenstrauss/2016/03/29/americas-most-reputable-companies-2016-amazon-tops-the-list> [<http://perma.cc/MN74-K3NB>]; véase también Melissa Hoffmann, *Amazon Has the Best Consumer Perception of Any Brand*, Adweek (16 de julio de 2014), <http://www.adweek.com/news/advertising-branding/amazon-has-best-consumer-perception-any-brand-158945> [<http://perma.cc/FG7W-YD7N>] (observando que Amazon sigue siendo la marca con mejor percepción pese a las noticias negativas).

16 David Streitfeld, *A New Book Portrays Amazon as Bully*, N.Y. Times: Bits Blog (22 de octubre de 2013, 6:00 AM), <http://bits.blogs.nytimes.com/2013/10/22/a-new-book-portrays-amazon-as-bully> [<http://perma.cc/E893-5FEEN>].

17 Un artículo sobre el trato de Amazon a los trabajadores en sus almacenes, (véase Spencer Soper, *Inside Amazon's Warehouse, Morning Call* (17 de agosto de 2015, 12:13 PM), <http://www.mcall.com/news/local/amazon/mc-allentown-amazon-complaints-20110917-story.html> [<http://perma.cc/6BXK-RPCX>]), fue finalista del prestigioso Premio Loeb, véase *Morning Call's Watchdog Journalism Recognized, Morning Call* (2 de junio de 2012), [http://articles.mcall.com/2012-06-02/news/mc-morning-call-keystones-20120602\\_1\\_amazon-warehouse-gas-explosion-keystone-press-awards](http://articles.mcall.com/2012-06-02/news/mc-morning-call-keystones-20120602_1_amazon-warehouse-gas-explosion-keystone-press-awards) [<http://perma.cc/9F3E-EBZS>]. Un artículo del *New York Times* sobre el entorno laboral de los empleados de oficina de Amazon generó más de cinco millones de visitas, ubicándose entre los más leídos del *Times* en 2015. Véase Nick Wingfield y Ravi Somaia, *Amazon Spars with the Times over Investigative Article*, N.Y. Times (19 de octubre de 2015), <http://www.nytimes.com/2015/10/20/business/amazon-spars-with-the-times-over-investigative-article.html> [<http://perma.cc/VDG6-WZZQ>].

18 David Streitfeld, *supra* nota 16.

19 Véase Paul Krugman, *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, N.Y. Times (19 de octubre de 2014), <http://www.nytimes.com/2014/10/20/opinion/paul-krugman-amazons-monopsony-is-not-ok.html> [<http://perma.cc/KJ2E-8ZPX>] ("Amazon.com, el gigante minorista en línea, tiene demasiado poder, y utiliza ese poder de maneras que perjudican a Estados Unidos.").

ha establecido como una parte esencial de la economía digital<sup>20</sup>, junto con una persistente sensación de que su dominio —su mera escala y alcance— puede plantear riesgos<sup>21</sup>. Pero cuando se les pide a los críticos que expliquen por qué, a menudo titubean para justificar cómo una empresa que evidentemente ha ofrecido enormes beneficios a los consumidores —por no mencionar que ha revolucionado el comercio electrónico en general— podría, al final del día, amenazar nuestros mercados. Intentando explicar esta contradicción, un periodista observó que el argumento de los críticos parece ser que “aun cuando las actividades de Amazon tienden a reducir los precios de los libros, lo cual se considera bueno para los consumidores, dichas actividades en última instancia perjudican a los consumidores”<sup>22</sup>.

En cierto modo, la historia de la sostenida y creciente dominancia de Amazon es también la historia de los cambios en nuestras leyes antimonopolio. Debido a un cambio en la doctrina y la práctica jurídica durante las décadas de 1970 y 1980, el derecho de competencia hoy evalúa la competencia principalmente desde la óptica de los intereses a corto plazo de los consumidores, y no desde la óptica de los productores ni de la salud del mercado en su conjunto; la doctrina antimonopolio considera que precios bajos para los consumidores, por sí solos, son evidencia de una competencia saludable. Bajo este parámetro, Amazon ha sobresalido; ha escapado del escrutinio estatal porque ha dirigido fervientemente su estrategia comercial y su retórica a la reducción de precios para los consumidores. El encuentro más cercano de Amazon con las autoridades antimonopolio se produjo cuando el Departamento de Justicia demandó a otras empresas por unirse contra Amazon<sup>23</sup>. Es como si Bezos hubiera trazado el crecimiento de la empresa dibujando primero un mapa de las leyes antimonopolio y luego ideado rutas para eludirlas sin obstáculos. Con su fervor misionero por la satisfacción de los consumidores, Amazon ha marchado hacia el monopolio entonando la melodía del *antitrust* contemporáneo.

Esta Nota analiza las distintas facetas del poder de Amazon. En particular, identifica las fuentes del crecimiento de Amazon y analiza los posibles efectos de su dominio. Hacer esto permite comprender la estrategia comercial de la compañía e iluminar los aspectos anticompetitivos de su estructura y conducta. Este análisis revela que el marco actual del derecho de competencia —en particular, su equiparación de la competencia con el “bienestar del consumidor”, normalmente medido a través de los efectos a corto plazo sobre el precio y la producción<sup>24</sup>— no logra captar la arquitectura del poder de mercado en la economía del siglo XXI. En otras palabras, los posibles daños a la competencia derivados del dominio de Amazon no son reconocibles si evaluamos la competencia principalmente a través del precio y la cantidad producida. Enfocarnos en estas métricas, antes bien, nos ciega ante los posibles riesgos.

---

20 Véase Farhad Manjoo, *Tech's 'Frightful 5' Will Dominate Digital Life for Foreseeable Future*, *N.Y. Times* (20 de enero de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/01/21/technology/techs-frightful-5-will-dominate-digital-life-for-foreseeable-future.html> [http://perma.cc/YH6N-KG6J]; (“Según prácticamente cualquier indicador que valga la pena considerar, estas cinco empresas estadounidenses de tecnología de consumo [Amazon, Apple, Facebook, Google y Microsoft] se están volviendo más grandes, están más afianzadas en sus propios sectores, son más poderosas en nuevos sectores y están mejor protegidas contra la competencia inesperada de empresas emergentes. Aunque la competencia entre las cinco sigue siendo feroz —y cada año, algunas parecen estar en auge y otras a la baja—, resulta cada vez más difícil imaginar cómo alguna de ellas, y mucho menos dos o tres, podría ceder su creciente influencia en todos los aspectos de los negocios y la sociedad estadounidense”). Brooke Masters, *Hooked on a Feeling that Amazon Is Too Addictive by Far*, *Fin. Times* (11 de marzo de 2016), <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/d2d2e376-e768-11e5-bc31-138df2ae9ee6.html> [http://perma.cc/X25D-6NTS].

21 En una audiencia reciente del Subcomité de Antitrust, Política de Competencia y Derechos del Consumidor del Comité Judicial del Senado, senadores tanto republicanos como demócratas interrogaron al Fiscal General Adjunto para Asuntos Antimonopolio Bill Baer y a la Presidenta de la FTC, Edith Ramirez, sobre su tratamiento de las plataformas en línea, instando al *DOJ* y a la *FTC* a estudiar atentamente los riesgos anticompetitivos que estas empresas dominantes pueden plantear. Véase *Oversight of the Enforcement of the Antitrust Laws: Hearing Before the Subcomm. on Antitrust, Competition Policy & Consumer Rights of the S. Comm. on the Judiciary*, 114º Cong. (2016); véase también *Oversight of the Antitrust Enforcement Agencies: Hearing Before the Subcomm. on Regulatory Reform, Commercial & Antitrust Law of the H. Comm. on the Judiciary*, 114º Cong. (2015).

22 Vauhini Vara, *Is Amazon Creating a Cultural Monopoly?*, *New Yorker* (23 de agosto de 2015), <http://www.newyorker.com/business/currency/is-amazon-creating-a-cultural-monopoly> [http://perma.cc/VZ84-8UX8].

23 Véase *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638, 650 (S.D.N.Y. 2013).

24 Véase, por ejemplo, *Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Bd. of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 107-08 (1984) “el Congreso diseñó la *Sherman Act* como una «regla para proteger el bienestar del consumidor» (...) Las restricciones sobre el precio y la producción son los ejemplos paradigmáticos de las limitaciones al comercio que la *Sherman Act* pretendía prohibir.” (citando *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979); véase también *infra* Parte I).

El argumento aquí planteado es que evaluar la competencia efectiva en los mercados del siglo XXI —especialmente respecto de las plataformas en línea— requiere analizar la estructura subyacente y la dinámica de los mercados. En lugar de vincular la competencia a un conjunto limitado de resultados, este enfoque examina el proceso competitivo en sí mismo. Lo que anima este marco es la idea de que el poder de una empresa, y la naturaleza potencialmente anticompetitiva de ese poder, no pueden comprenderse plenamente sin observar la estructura de un negocio y el papel estructural que desempeña en diversos mercados. Aplicar esta idea implica, por ejemplo, evaluar si la estructura de una empresa genera determinados conflictos de interés de carácter anticompetitivo; si puede apalancar su dominio en un mercado para pasar a dominar otro; y si la estructura del mercado incentiva y permite conductas predadoras.

Este es el enfoque que adopto en esta Nota. Comienzo explorando —y cuestionando— el tratamiento que el derecho de competencia contemporáneo da a la estructura de mercado. La Parte I ofrece una visión general del giro de la disciplina, la cual ha ido alejándose del estructuralismo económico en favor de la teoría de precios, e identifica cómo este cambio se ha manifestado en dos áreas de *enforcement*<sup>\*</sup>: la fijación de precios predadores y la integración vertical. La Parte II cuestiona este limitado enfoque en el bienestar del consumidor, medido principalmente por los precios, y sostiene que evaluar la estructura es esencial para proteger valores fundamentales del derecho de competencia. La Nota luego utiliza la perspectiva de la estructura de mercado para revelar aspectos anticompetitivos de la estrategia y conducta de Amazon. La Parte III documenta la historia de Amazon en materia de inversión agresiva y *loss leading*<sup>\*\*</sup>, su estrategia comercial y su presencia e integración en múltiples líneas de negocio. La Parte IV identifica dos instancias en las que Amazon ha construido partes de su negocio mediante estrategias que suponen pérdidas sostenidas que debilitan a sus rivales, y dos casos en los que la actividad de Amazon en múltiples líneas de negocio plantea amenazas anticompetitivas que el marco actual no logra detectar. Posteriormente, la Nota examina cómo el derecho de competencia puede abordar los desafíos planteados por plataformas en línea como Amazon. La Parte V analiza lo que los mercados de capitales revelan sobre las características económicas de Amazon y otras plataformas digitales. Finalmente, la Parte VI esboza dos enfoques para abordar el poder de las plataformas dominantes: (1) limitar su dominio restaurando los principios tradicionales del derecho y la política de competencia, y (2) regular dicha dominancia aplicando obligaciones y deberes propios de los operadores de servicios públicos.

## I. LA REVOLUCIÓN DE LA ESCUELA DE CHICAGO: EL ALEJAMIENTO DEL PROCESO COMPETITIVO Y DE LA ESTRUCTURA DE MERCADO

Durante el último siglo, uno de los cambios más significativos en la sustancia y la interpretación del derecho de competencia ha sido el abandono del estructuralismo económico. En esta Parte, trazo dicha evolución, mostrando cómo una visión estructuralista de la competencia ha sido reemplazada por la teoría de precios y examinando cómo este cambio se ha manifestado en la doctrina y la aplicación del derecho.

En términos generales, el estructuralismo económico se basa en la idea de que las estructuras de mercado concentradas fomentan conductas anticompetitivas<sup>25</sup>. Esta perspectiva sostiene que un mercado dominado

\* Nota del traductor: se ha optado por dejar el término *enforcement* en inglés. Ello, pues este se ha vuelto un término de uso común en habla hispana en ámbitos académicos especializados en las políticas públicas. Además, no tiene una traducción literal en el castellano (aunque una traducción aproximada sería "aplicación"). Dicho término da cuenta de la actividad de hacer cumplir o ejecutar una norma o resolución judicial.

\*\* Nota del traductor: *loss leading* se refiere a una práctica de vender bienes y servicios por debajo de los costos para atraer más consumidores. Al respecto, cabe notar que dicha conducta se distingue de la fijación de precios predadores, una conducta en la que también se vende bienes y servicios debajo de su costo, pero se lo hace para eliminar competidores que no pueden igualar esos precios.

25 Véase, por ejemplo, Joe S. Bain, *Industrial Organization* (2<sup>a</sup> ed. 1968); Donald F. Turner y Carl Kaysen, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis* (1959); Joe S. Bain, *Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence*, 40 Am. Econ. Rev. 35, 36-38 (1950). Los institucionalistas —académicos que destacaron la importancia de las normas y organizaciones sociales en la produc-

por un número muy reducido de grandes empresas es probablemente menos competitivo que un mercado compuesto por numerosas empresas pequeñas y medianas. Ello se debe a que: (1) las estructuras de mercado monopólicas y oligopólicas permiten que los actores dominantes se coordinen con mayor facilidad y sutilidad, facilitando conductas como la fijación de precios, la división de mercado y la colusión tácita; (2) las empresas monopólicas y oligopólicas pueden utilizar su dominio para bloquear la entrada de nuevos competidores; y (3) dichas empresas poseen mayor poder de negociación frente a consumidores, proveedores y trabajadores, lo que les permite aumentar precios y deteriorar el servicio y la calidad mientras mantienen sus ganancias.

Esta comprensión estructuralista de la competencia fue un pilar del pensamiento y la política antimonopolio hasta la década de 1960. Partiendo de esta visión, los tribunales bloquearon fusiones que consideraban que conducirían a estructuras de mercado anticompetitivas. En algunos casos, esto implicó bloquear fusiones horizontales —aquellas que combinaban dos competidores directos que operaban en el mismo mercado o línea de productos— que habrían otorgado a la nueva entidad una gran cuota de mercado<sup>26</sup>. En otros, implicó rechazar fusiones verticales —operaciones que unían empresas situadas en diferentes niveles de la misma cadena de suministro o producción— que podrían “acabar con la competencia”<sup>27</sup>. Parte central de este enfoque decía relación con vigilar no solo el tamaño, sino también los conflictos de interés —como la preocupación de que permitir que un fabricante dominante de calzado se expandiera hacia el comercio minorista de zapatos generaría un incentivo para que el fabricante perjudicara o discriminara a los minoristas que competían con él<sup>28</sup>.

La visión que la Escuela de Chicago cultivaba respecto del derecho de competencia, que ganó prominencia y credibilidad generalizadas en las décadas de 1970 y 1980, rechazó este enfoque estructuralista<sup>29</sup>. En palabras de Richard Posner, la posición esencial de la Escuela de Chicago es que “el lente adecuado para examinar los problemas de libre competencia es la teoría de precios”<sup>30</sup>. Un aspecto central de esta visión es la fe en la eficiencia de los mercados, la cual sería impulsada por actores que buscan maximizar sus beneficios. El enfoque de la Escuela de Chicago basa su concepción de la organización industrial en una premisa teórica simple: “los actores económicos racionales que operan dentro de los límites del mercado buscan maximizar los beneficios combinando los insumos de la manera más eficiente. No actuar de esta manera será castigado por las fuerzas competitivas del mercado”<sup>31</sup>.

Mientras los estructuralistas creen que la estructura industrial predispone a las empresas hacia ciertas formas de comportamiento que luego determinan los resultados del mercado, la Escuela de Chicago presume que los resultados del mercado —incluidos el tamaño de las empresas, la estructura industrial y los niveles de concentración— reflejan la interacción de fuerzas de mercado autónomas y las exigencias técnicas de la producción<sup>32</sup>. En otras palabras, los estructuralistas económicos consideran que la estructura industrial es una vía de entrada para comprender la dinámica del mercado, mientras que la Escuela de Chicago sostiene

---

ción de resultados económicos— también fueron influyentes en esta línea. Véase, por ejemplo, John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism* (1924).

26 Véase, por ejemplo, *United States v. Phila. Nat'l Bank*, 374 U.S. 321, 364-65 (1963).

27 Véase, por ejemplo, *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 328-34 (1962).

28 Véase *id.*

29 Utilizo la etiqueta de “la Escuela de Chicago” para referirme al grupo de juristas y economistas, principalmente vinculados a la Universidad de Chicago, que desarrollaron el movimiento del *law and economics* neoclásico a mediados del siglo XX. Sin embargo, cabe señalar que un nuevo grupo de académicos de la Universidad de Chicago —como Luigi Zingales y Guy Rolnik— se ha apartado del enfoque neoclásico y estudia la competencia de mercado desde una perspectiva centrada en el poder. Véase, por ejemplo, Raghuram Rajan y Luigi Zingales, *Saving Capitalism from the Capitalists* (2003). Véase, en general, *ProMarket*, <http://promarket.org/about-this-blog> [<http://perma.cc/G3CD-45K2>] (“Este es el objetivo del «blog ProMarket»: educar al público sobre las múltiples formas en que los grupos de interés subvierten la competencia, con el fin de mejorar el funcionamiento del sistema de mercado.”).

30 Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925, 932 (1979). Los supuestos clave de la teoría de precios son “que las curvas de demanda tienen pendiente negativa, que un aumento en el precio de un producto reducirá la demanda de su complemento, [y] que los recursos gravitan hacia las áreas donde obtendrán el mayor retorno.” *Id.* en 928.

31 Marc Allen Eisner, *Antitrust and the Triumph of Economics: Institutions, Expertise, and Policy Change* 107 (1991).

32 Véase Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (1978).

que la estructura industrial simplemente refleja dichas dinámicas. Para la Escuela de Chicago, "lo que existe es, en última instancia, la mejor guía de lo que debería existir"<sup>33</sup>.

En la práctica, el paso del estructuralismo hacia la teoría de precios tuvo dos consecuencias principales para el análisis de competencia. En primer lugar, condujo a un estrechamiento significativo del concepto de barreras de entrada. Una barrera de entrada es un costo que debe asumir una empresa que busca ingresar a una industria, pero que no soportan las empresas ya establecidas en ella<sup>34</sup>. Según la Escuela de Chicago, las ventajas derivadas de las economías de escala que disfrutan los incumbentes, los requisitos de capital y la diferenciación de productos no constituyen verdaderas barreras de entrada, ya que estos factores se consideran simplemente reflejos de las "exigencias técnicas objetivas de la producción y la distribución"<sup>35</sup>. Con tantas "barreras de entrada (...) desestimadas, todas las empresas están sujetas a la amenaza de la competencia potencial (...) independientemente del número de empresas o del nivel de concentración"<sup>36</sup>. Según esta visión, el poder de mercado es siempre transitorio y, por lo tanto, el *enforcement* del derecho antimonopolio rara vez resulta necesario.

La segunda consecuencia del abandono del estructuralismo fue que los precios ofrecidos al consumidor pasaron a ser la métrica dominante para evaluar la competencia. En su muy influyente obra *The Antitrust Paradox*, Robert Bork afirmó que el único objetivo normativo del derecho de la competencia debía ser maximizar el bienestar del consumidor, lo que se lograría mejor promoviendo la eficiencia económica<sup>37</sup>. Aunque Bork utilizaba el término "bienestar del consumidor" para referirse a la "eficiencia asignativa"<sup>38</sup>, los tribunales y las autoridades de competencia lo han medido antes que todo a través de los efectos sobre los precios al consumidor. En 1979, la Corte Suprema siguió el razonamiento de Bork y declaró que "el Congreso diseñó la *Sherman Act* como una «regla para proteger el bienestar del consumidor»"<sup>39</sup>, —una afirmación que es ampliamente considerada errónea<sup>40</sup>. Aun así, esta filosofía se abrió camino en la política y doctrina de competencia. La Guía de Fusiones de 1982 emitida por la Administración Reagan —una desviación radical respecto de las directrices anteriores, redactadas en 1968— reflejaron este nuevo enfoque. Mientras que las directrices de 1968 establecían que el "papel principal" del *enforcement* en materia de fusiones era "preservar y promover estructuras de mercado que fomenten la competencia"<sup>41</sup>, las directrices de 1982 afirmaban que a las fusiones "no se les debe permitir

33 Eisner, *supra* nota 31, en 104.

34 George J. Stigler, *The Organization of Industry* 67 (1968).

35 Eisner, *supra* nota 31, en 105.

36 *Id.*

37 Bork, *supra* nota 32, en 7 ("[E]l único objetivo legítimo del derecho antimonopolio es la maximización del bienestar del consumidor."); *id.* en 405 ("El único objetivo que debe guiar la interpretación de las leyes antimonopolio es el bienestar de los consumidores (...) Al evaluar el bienestar del consumidor, la eficiencia productiva, el factor más importante que contribuye a ésta, debe ser considerada junto con la eficiencia asignativa."); véase también Daniel A. Crane, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, 79 *Antitrust L.J.* 835, 847 (2014) ("El gran aporte de Bork fue su rechazo de teorías que persiguieran objetivos distintos a la eficiencia o al bienestar del consumidor como fundamentos de la aplicación del derecho antimonopolio.").

38 Como se ha señalado ampliamente, Bork define el bienestar del consumidor no como el excedente del consumidor, sino como el bienestar total. En consecuencia, resultados que podrían considerarse por algunos como perjudiciales para los consumidores, no son vistos por Bork como una reducción del bienestar del consumidor. Por ejemplo, Bork concluye que las transferencias de riqueza de los consumidores a los productores monopolistas no perjudican el bienestar del consumidor. Véase Bork, *supra* nota 32, en 110 ("Aquellos que continúan comprando después de que se forma un monopolio pagan más por la misma producción, y eso transfiere ingresos de ellos al monopolio y a sus propietarios, que también son consumidores. Esto no es una pérdida irrecuperable debido a la restricción de la producción, sino simplemente una transferencia de ingresos entre dos clases de consumidores. El modelo de bienestar del consumidor, que considera a los consumidores como una colectividad, no toma en cuenta este efecto"). Para críticas a la confusión de Bork entre bienestar del consumidor y eficiencia asignativa, véanse John J. Flynn, *The Reagan Administration's Antitrust Policy, "Original Intent" and the Legislative History of the Sherman Act*, 33 *Antitrust Bull.* 259 (1988); Eleanor M. Fox, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 *Cornell L. Rev.* 1140 (1981); Herbert Hovenkamp, *Antitrust's Protected Classes*, 88 *Mich. L. Rev.* 1 (1989); Robert H. Lande, *A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice*, 81 *Fordham L. Rev.* 2349 (2013) [en adelante *Lande, A Traditional and Textualist Analysis*]; Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 *Hastings L.J.* 65 (1982) [en adelante *Lande, Wealth Transfers*]; y Maurice E. Stucke, *Reconsidering Antitrust's Goals*, 53 *B.C. L. Rev.* 551 (2012).

39 *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979) (citando Bork, *supra* nota 32, en 66).

40 Véase Barak Orbach, *Foreword: Antitrust's Pursuit of Purpose*, 81 *Fordham L. Rev.* 2151, 2152 (2013).

41 1968 *Merger Guidelines*, U.S. Dep't Just. 1 (1968), <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11247.pdf> [<http://perma.cc/884H-BGUH>]. Las directrices continúan: "La estructura de mercado es el eje de la política de fusiones del Departamento, principalmente porque la conducta de las empresas individuales en un mercado tiende a estar controlada por la estructura de dicho mercado." *Id.*

crear o aumentar el «poder de mercado», el cual era definido como la “capacidad de una o más empresas para mantener de forma rentable precios por encima de los niveles competitivos”<sup>42</sup>. En la actualidad, demostrar un daño antimonopolio requiere demostrar un perjuicio al bienestar del consumidor, generalmente en la forma de aumentos de precios y restricciones de producción<sup>43</sup>.

Es cierto que las autoridades antimonopolio no ignoran por completo los efectos no relacionados con el precio. La Guía de Operaciones de Concentración Horizontales de 2010, por ejemplo, reconocen que un mayor poder de mercado puede manifestarse en perjuicios no vinculados al precio, incluyendo la reducción de la calidad o variedad de los productos, el deterioro del servicio otorgado, o una menor innovación<sup>44</sup>. Cabe destacar que la oposición de la Administración Obama a una de las mayores fusiones propuestas durante su mandato —*Comcast/TimeWarner*— surgió de una preocupación por el acceso al mercado, y no por los precios<sup>45</sup>. Y, según algunas mediciones, la *Federal Trade Commission* (FTC) ha alegado posibles daños a la innovación en aproximadamente un tercio de las acciones de enforcement de la ley de fusiones en la última década<sup>46</sup>. Aun así, es justo decir que la preocupación por la innovación o por los efectos no relacionados con el precio rara vez impulsa o motiva investigaciones o acciones de enforcement, especialmente fuera del contexto de fusiones<sup>47</sup>. Los factores económicos que son más fáciles de medir —como los impactos sobre el precio, la producción o la eficiencia productiva en mercados estrechamente definidos— se han vuelto “desproporcionadamente importantes”<sup>48</sup>.

Dos áreas de enforcement que esta reorientación ha impactado de manera particularmente profunda son la fijación de precios predatores y la integración vertical. La Escuela de Chicago sostiene que “la fijación de precios predatores, la integración vertical y las ventas atadas nunca o casi nunca reducen el bienestar del consumidor”<sup>49</sup>. Tanto la fijación de precios predatores como la integración vertical son altamente relevantes para analizar el camino de Amazon hacia el dominio y la fuente de su poder. A continuación, se ofrece una breve descripción de cómo la influencia de la Escuela de Chicago ha moldeado la doctrina sobre precios predatores y la visión de las autoridades respecto de la integración vertical.

## A. Fijación de precios predatores

Durante mediados del siglo XX, el Congreso repetidamente promulgó leyes dirigidas a combatir la fijación de precios predatores. El Congreso, al igual que las legislaturas estatales, consideraba que esta era una táctica empleada por empresas con alto capital para llevar a la quiebra a sus rivales y destruir la competencia —en otras palabras, como una herramienta para concentrar el control. Las leyes que prohibían la fijación de precios predatores formaban parte de un marco normativo más amplio sobre la política de precios que buscaba distribuir poder y oportunidades. Sin embargo, una controversial decisión de la Corte Suprema en

42 1982 *Merger Guidelines*, U.S. Dep’t Just. 2 (1982), <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11248.pdf> [<http://perma.cc/7J32-ZQLY>].

43 Véase, por ejemplo, *Ginzburg v. Mem'l Healthcare Sys., Inc.*, 993 F. Supp. 998, 1015 (S.D. Tex. 1997) (“[D]ado que «el propósito del derecho antimonopolio es la promoción del bienestar del consumidor», el tribunal debe analizar la teoría del daño desde la perspectiva del consumidor (...). Así, para demostrar que ha sufrido un daño antimonopolio, «el demandante debe probar que la conducta impugnada afectó los precios, la cantidad o la calidad de bienes o servicios, y no solo su propio bienestar»” (citando *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kan.*, 899 F.2d 951, 960 (10th Cir. 1990); *Angelico v. Lehigh Valley Hosp., Inc.*, 984 F. Supp. 308, 312 (E.D. Pa. 1997))).

44 *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Dep’t Just. & FTC (19 de agosto de 2010), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> [<http://perma.cc/SQ8H-AB7P>].

45 Véase Emily Steel, *Under Regulators’ Scrutiny, Comcast and Time Warner Cable End Deal*, N.Y. Times (24 de abril de 2015), <http://www.nytimes.com/2015/04/25/business/media/comcast-time-warner-cable-deal.html> [<http://perma.cc/H4XS-9LMY>].

46 Edith Ramirez, Presidenta, FTC, *Keynote Remarks at 10th Annual Global Antitrust Enforcement Symposium* (20 de septiembre de 2016) (citando Richard J. Gilbert y Hillary Greene, *Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act*, 83 Geo. Wash. L. Rev. 1919, 1933 (2015)), <http://www.ftc.gov/public-statements/2016/09/keynote-remarks-ftc-chairwoman-edith-ramirez> [<http://perma.cc/FNS8-6FL9>].

47 Incluso la revisión de fusiones ha “migrado hacia la evaluación de lo que es medible —es decir, los efectos en los precios a corto plazo, entendidos principalmente bajo su teoría de efectos unilaterales, y las eficiencias productivas de corto plazo.” Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* 107 (2016). “El precio se ha convertido en el denominador común en la revisión de fusiones.” *Id.* en 109.

48 *Id.* en 108.

49 Crane, *supra* nota 37, en 852.

la década de 1960 abrió la puerta para que los críticos atacaran este régimen. Esta reacción intelectual se incorporó a la doctrina de la Corte Suprema a comienzos de la década de 1990 bajo la forma del restrictivo "test de recuperación" (*recoupment test*).

El primer caso de precios predatores en Estados Unidos fue la demanda antimonopólica del gobierno contra *Standard Oil*, que llegó a la Corte Suprema en 1911<sup>50</sup>. Tal como lo detalla la investigación de Ida Tarbell, *A History of the Standard Oil Company*, *Standard Oil* recortaba rutinariamente sus precios con el fin de expulsar a sus rivales del mercado<sup>51</sup>. Además, realizaba subsidios cruzados: *Standard Oil* cobraba precios monopólicos<sup>52</sup> en los mercados donde no enfrentaba competencia; en aquellos donde los rivales limitaban su dominio, reducía drásticamente los precios para expulsarlos. En su caso contra la empresa, el gobierno argumentó que un conjunto de prácticas de *Standard Oil* —incluyendo la fijación de precios predatores— infringía la sección 2 de la *Sherman Act*. La Corte Suprema falló a favor del gobierno y ordenó la disolución de la empresa<sup>53</sup>. Los tribunales posteriores citaron esta decisión para establecer que, en la búsqueda del poder monopólico, "la reducción de precios se convirtió quizás en el arma más eficaz de la gran corporación"<sup>54</sup>.

Reconociendo la amenaza de la fijación de precios predatores ejecutada por *Standard Oil*, el Congreso aprobó una serie de leyes que prohibían tales conductas. En 1914, el Congreso promulgó la *Clayton Act*<sup>55</sup> para reforzar la *Sherman Act* e incluyó una disposición destinada a limitar la discriminación de precios y la fijación de precios predatores<sup>56</sup>. El Informe de la Cámara de Representantes señaló que la sección 2 de la *Clayton Act* fue expresamente diseñada para prohibir que las grandes corporaciones redujeran los precios por debajo del costo de producción "con la intención de destruir y hacer improductivo el negocio de sus competidores" y con el propósito de "adquirir un monopolio en la localidad o sección específica en la que se aplica el precio discriminatorio"<sup>57</sup>.

El Congreso también actuó para proteger las leyes que tenía cada estado particular sobre competencia desleal (*fair trade laws*), que ofrecían una salvaguardia adicional contra la fijación de precios predatores. La legislación de competencia desleal otorgaba a los productores el derecho de fijar el precio minorista final de sus bienes, limitando la capacidad de las cadenas de tiendas para aplicar descuentos<sup>58</sup>. Cuando la Corte Suprema atacó estos mecanismos de "mantenimiento de precios de reventa" (*resale price maintenance*), el Congreso intervino para defenderlos. Tras la decisión de la Corte Suprema de 1911 que invalidó la forma de mantenimiento de precios de reventa permitida por las leyes de competencia desleal<sup>59</sup>, el Congreso promulgó en 1937 una excepción para dichas leyes estatales a través de la *Miller-Tydings Act*<sup>60</sup>. Cuando la Corte Suprema determinó en 1951 que los productores solo podían hacer cumplir precios mínimos frente a los minoristas que hubieran firmado contratos aceptando tal obligación<sup>61</sup>, el Congreso respondió con una ley que permitió aplicar precios mínimos también a quienes no hubiesen firmado dichos contratos<sup>62</sup>.

Otro resultado colateral del movimiento que se oponía a la competencia desleal fue la promulgación de la *Robinson-Patman Act* de 1936. Esta ley prohibió la discriminación de precios de parte de minoristas a

50 Véase Christopher R. Leslie, *Revisiting the Revisionist History of Standard Oil*, 85 *S. Cal. L. Rev.* 573, 575 (2012).

51 Véase Ida Tarbell, *A History of the Standard Oil Company* 6-7 (1904).

52 El precio monopólico se refiere al precio superior al costo que una empresa con poder de monopolio puede cobrar de manera rentable.

53 *Standard Oil Co. v. United States*, 22 U.S. 1 (1911).

54 Leslie, *supra* nota 50, en 576 (citando *United States v. A. Schrader's Son*, 264 F. 175, 181 (D. Ohio 1919), rev'd, 252 U.S. 85 (1920)).

55 Ch. 323, 38 Stat. 730 (1914) (codificado con sus enmiendas en 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53 (2012)).

56 La historia legislativa deja claro que la sección 2 de la *Clayton Act* "surgió del deseo del Congreso de frenar el uso, por parte de corporaciones financieramente poderosas, de tácticas focalizadas de reducción de precios que habían perjudicado gravemente la posición competitiva de otros vendedores." *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*, 363 U.S. 536, 543 (1959).

57 H.R. Rep. No. 63-627, en 8 (1914). La sección 2 de la *Clayton Act* estableció que era "ilegal que una empresa cobrara un precio bajo en una comunidad específica mientras vendía bienes similares a un precio más alto en otra". Herbert J. Hovenkamp, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, 94 *Minn. L. Rev.* 311, 363 (2009).

58 Lawrence Shepard, *The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws*, 12 *J. Consumer Aff.* 220, 221 (1978) ("El *fair trade marketing* o «mantenimiento de precios de reventa» permitía a los fabricantes exigir a los minoristas cobrar los precios especificados por el productor en determinados bienes").

59 Véase *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

60 Pub. L. No. 75-314, 50 Stat. 693 (1937).

61 *Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.*, 341 U.S. 384 (1951).

62 *McGuire Act*, Pub. L. No. 82-542, 66 Stat. 632 (1952).

productores y de parte de los productores a los minoristas<sup>63</sup>. Su objetivo era evitar que los conglomerados y grandes empresas utilizaran su poder de compra para obtener descuentos perjudiciales para entidades más pequeñas, y evitar que los grandes fabricantes y minoristas se aliaran en perjuicio de sus rivales<sup>64</sup>. Al igual que las leyes que prohibían la fijación de precios predatorios, la prohibición dirigida hacia la discriminación de precios limitaba efectivamente el poder derivado del tamaño. La sección 3 de la ley abordó directamente la fijación de precios predatores, al tipificar como delito la venta de bienes a "precios irrazonablemente bajos con el propósito de destruir la competencia o eliminar a un competidor"<sup>65</sup>. Mientras que los recortes predatores de precios generaban responsabilidad civil y remedios bajo la *Clayton Act*, la *Robinson-Patman Act* añadió sanciones penales<sup>66</sup>.

Esta serie de leyes antimonopolio demuestra que el Congreso consideraba la fijación de precios predatores como una amenaza grave para los mercados competitivos. Hacia mediados del siglo XX, la Corte Suprema reconoció y dio efecto a esta intención legislativa.

La Corte confirmó en múltiples ocasiones la validez de la *Robinson-Patman Act*, sosteniendo que los factores relevantes eran si un minorista tenía la intención de destruir la competencia mediante sus prácticas de fijación de precios y si su conducta contribuía efectivamente a ese propósito<sup>67</sup>. Sin embargo, no todos los casos de ventas por debajo del costo eran ilegítimos. Por ejemplo, liquidar excedentes o bienes perecibles se consideraba una práctica comercial legítima<sup>68</sup>. Solo las "ventas realizadas por debajo del costo sin un objetivo comercial legítimo y con la intención específica de destruir la competencia" constituyan una violación clara de la sección 3<sup>69</sup>. En otros casos, la Corte distinguió entre las ventajas competitivas derivadas de un talento o eficiencia superior y aquellas que provenían del poder bruto del tamaño y el capital<sup>70</sup>. Estas últimas, sostuvo la Corte, eran ilegítimas<sup>71</sup>.

En *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, la Corte reforzó aún más el carácter ilegítimo de la fijación de precios predatores<sup>72</sup>. *Utah Pie* y *Continental Baking* eran fabricantes de pasteles congelados que competían entre sí. Una ventaja geográfica otorgaba a *Utah Pie* un acceso más barato al mercado de Salt Lake City, lo que le permitía vender sus productos a precios inferiores a los de sus rivales. Otros fabricantes de pasteles congelados, incluida *Continental*, comenzaron a vender en ese mismo mercado a precios por debajo del costo, mientras mantenían precios iguales o superiores en otras regiones. *Utah Pie* presentó una demanda en que acusaba a *Continental* de haber incurrido en la fijación de precios predatores. La Corte Suprema falló a favor de *Utah Pie*, señalando que las estrategias de precios de sus competidores habían desviado clientela de *Utah Pie* y obligado a la empresa a reducir aún más sus precios, conduciendo, a fin de cuentas, a una "estructura de precios en declive"<sup>73</sup>. Además, *Continental* había admitido haber enviado un espía industrial a

63 Pub. L. No. 74-692, 49 Stat. 1526 (codificado con enmiendas en 15 U.S.C. §§ 13, 21 (2012)).

64 Véase *FTC v. Henry Broch & Co.*, 363 U.S. 166, 168 (1960) ("La *Robinson-Patman Act* fue promulgada en 1936 para frenar y prohibir todos los mecanismos mediante los cuales los grandes compradores obtenían preferencias discriminatorias sobre los más pequeños en virtud de su mayor poder adquisitivo").

65 15 U.S.C. § 13(a) (2012).

66 § 3, 49 Stat. en 1528.

67 Véase *United States v. Nat'l Dairy Prods. Corp.*, 372 U.S. 29, 35 (1963) ("al prohibir las ventas a precios irrazonablemente bajos con el propósito de destruir la competencia, la ley señaló como elementos de la conducta ilegal no solo la intención de lograr un resultado —la destrucción de la competencia—, sino también el acto —vender a precios irrazonablemente bajos— realizado en cumplimiento de ese propósito.").

68 *Id.* en 37.

69 *Id.*

70 Véase, por ejemplo, *Moore v. Mead's Fine Bread Co.*, 348 U.S. 115, 119 (1954).

71 *Id.* Esta base para distinguir entre reducciones de precios legítimas e ilegítimas reflejaba otras decisiones. Véase *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37, 43 (1948) ("La historia legislativa de la *Robinson-Patman Act* deja abundantemente claro que el Congreso consideró perjudicial que un gran comprador pudiera obtener una ventaja competitiva sobre un comprador pequeño únicamente debido a su capacidad de comprar un mayor volumen. La *Robinson-Patman Act* fue promulgada para privar a un gran comprador de tales ventajas (...)"'); *United States v. N.Y. Great Atl. & Pac. Tea Co.*, 173 F.2d 79 (7th Cir. 1949).

72 386 U.S. 685 (1967).

73 *Id.* en 703.

la planta de *Utah Pie* para obtener información con el fin de sabotear las relaciones comerciales de *Utah* con los minoristas, un hecho que la Corte utilizó para establecer la "intención de causar daño"<sup>74</sup>.

La decisión fue controversial. La conducta de *Continental* había debilitado el dominio de un quasi monopolista. Antes de la supuesta práctica predatoria, *Utah Pie* controlaba el 66,5% del mercado de Salt Lake City, pero tras las prácticas de *Continental*, su participación cayó al 45,3%<sup>75</sup>. Sancionar una conducta que había hecho al mercado más competitivo, considerándola predatoria, parecía una paradoja. Como señaló el juez Stewart en su disidencia, "no puedo sostener que la posición monopólica de *Utah Pie* esté protegida por las leyes federales antimonopólicas frente a una competencia efectiva en precios (...)"<sup>76</sup>.

El caso ofreció una oportunidad para que los críticos de las leyes sobre fijación de precios predatorios señalaran que dicha doctrina era un desacuerdo. En un artículo que calificó a *Utah Pie* como "la decisión antimonopólica más anticompetitiva de la década", Ward Bowman, economista de la Facultad de Derecho de Yale, sostuvo que la premisa sobre la que se sostenían las leyes sobre precios predatorios era incorrecta<sup>77</sup>. Así, señaló que: "la *Robinson-Patman Act* se basa en la presunción de que la discriminación de precios puede o podría utilizarse como una técnica de monopolización. Esta, como confirma la literatura económica más reciente, es una presunción, en el mejor de los casos, altamente cuestionable"<sup>78</sup>. Por su parte, Bork señaló sobre la decisión: "No existe una teoría económica digna de ese nombre que pudiera encontrar un perjuicio a la competencia a partir de los hechos del caso. Los demandados fueron condenados no por perjudicar la competencia sino, sencillamente, por competir"<sup>79</sup>. Describió la fijación de precios predatorios, de modo general, como "un fenómeno que probablemente no existe" y a la *Robinson-Patman Act* como "la descendencia deforme de una redacción intolerable unida a una teoría económica completamente equivocada"<sup>80</sup>. Otros académicos, en particular los pertenecientes a la emergente Escuela de Chicago, también intervinieron para criticar *Utah Pie*<sup>81</sup>.

Tal como sugieren los escritos de Bowman y Bork, la crítica de la Escuela de Chicago a la doctrina de la fijación de precios predatorios se basa en la idea de que vender por debajo del costo es irracional y, por lo tanto, escasamente ocurre<sup>82</sup>. En primer lugar, los críticos sostienen que no existía garantía de que reducir los precios por debajo del costo lograra expulsar a un competidor o lo indujera a dejar de competir. En segundo lugar, incluso si un competidor se retirara, el depredador necesitaría mantener precios monopólicos durante el tiempo suficiente para recuperar las pérdidas iniciales y, además, impedir exitosamente la entrada de posibles nuevos competidores, atraídos por los precios monopólicos. La incertidumbre de su éxito, sumada a la certeza de sus costos, hacía de la fijación de precios predatorios una estrategia poco atractiva y, por tanto, altamente improbable<sup>83</sup>.

A medida que aumentó la influencia y credibilidad de estos académicos, su pensamiento comenzó a moldear el *enforcement*. Durante la década de 1970, por ejemplo, el número de casos presentados por la FTC bajo la *Robinson-Patman Act* disminuyó drásticamente, reflejando la creencia de que tales casos carecían

74 *Id.* en 696-97.

75 *Id.* en 689.

76 *Id.* en 706 (Stewart, J., disintiendo).

77 Ward S. Bowman, *Restraint of Trade by the Supreme Court: The Utah Pie Case*, 77 *Yale L.J.* 70, 86 (1967).

78 *Id.* en 70.

79 Bork, *supra* nota 32, en 387.

80 *Id.* en 154, 382.

81 Véase 3 Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* 189-90 (1978); Herbert Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law* 188-89 (1985); Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* 193-94 (1976).

82 Véase Jonathan B. Baker, *Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective*, 62 *Antitrust L.J.* 585, 586 (1994) ("La visión de la Escuela de Chicago sobre la fijación de precios predatorios fue quizás mejor capturada por una disputa de 1987 entre dos comisionados de la FTC sobre la pertinencia de una metáfora: el animal que mejor representa la depredación de precios. Para un comisionado, la fijación de precios predatorios era un «tigre blanco», una criatura extremadamente rara. Para el otro comisionado, la conducta se asemejaba más a un «unicornio», es decir, algo completamente mítico. El estrecho espectro de visiones que hay entre un tigre blanco y un unicornio refleja adecuadamente la visión de la Escuela de Chicago de que la fijación de precios predatorios es casi siempre irracional y, por tanto, es improbable que ocurra realmente" (citas omitidas)).

83 Véase Bork, *supra* nota 32, en 149-55.

de relevancia económica<sup>84</sup>. Bajo la administración Reagan, la FTC prácticamente abandonó por completo los casos basados en la *Robinson-Patman Act*<sup>85</sup>. La designación de Bork como Procurador General (*Solicitor General*), por su parte, le otorgó una plataforma privilegiada para influir en la Corte Suprema en materias de libre competencia, y le permitió “formar e influir a muchos de los abogados que argumentarían ante la Corte Suprema durante la siguiente generación”<sup>86</sup>.

La crítica de la Escuela de Chicago pasó a moldear la doctrina que sostenía la Corte Suprema sobre la fijación de precios predatores. La profundidad y magnitud de esta influencia se volvió evidente en *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp*<sup>87</sup>. Zenith, un fabricante estadounidense de productos electrónicos de consumo, interpuso una demanda bajo la sección 1 de la *Sherman Act*, acusando a las empresas japonesas de conspirar para fijar precios predatoriamente bajos en el mercado estadounidense con el fin de eliminar a las compañías estadounidenses<sup>88</sup>. La Corte Suprema concedió *certiorari*<sup>89</sup> para revisar si el Tercer Circuito había aplicado el estándar correcto al revocar la sentencia sumaria dictada por el tribunal de distrito a favor de *Matsushita* —una cuestión que llevó a la Corte a evaluar la razonabilidad de asumir la existencia de la supuesta depredación<sup>90</sup>.

Citando el libro de Bork, *The Antitrust Paradox*, la Corte concluyó que los esquemas de fijación de precios predatores eran inverosímiles y, por tanto, no podían justificar una presunción razonable en favor de *Zenith*. “Como [la obra de Bork] demuestra, el éxito de tales esquemas es inherentemente incierto: la pérdida a corto plazo es definitiva, pero la ganancia a largo plazo depende de que se neutralice con éxito a la competencia”, escribió la Corte<sup>91</sup>. “Por esta razón, existe un consenso entre los comentaristas de que los esquemas de precios predatores escasamente llegan a juicio, y aún más escasamente tienen éxito”<sup>92</sup>.

Además de adoptar el análisis costo-beneficio de Bork, la Corte hizo eco de su preocupación de que la competencia en precios pudiera ser erróneamente confundida con depredación. En *The Antitrust Paradox*, Bork escribió: “El verdadero peligro para la ley no es tanto que la depredación pase inadvertida, sino que el comportamiento competitivo normal sea erróneamente clasificado como predatorio y suprimido”<sup>93</sup>. El juez Powell, redactando para la mayoría de 5-4 en *Matsushita*, repitió el argumento de Bork: “Reducir los precios para aumentar las ventas es, con frecuencia, la esencia misma de la competencia. Por lo tanto, las inferencias erróneas en casos como este son especialmente costosas, porque desalientan la misma conducta que las leyes antimonopolio fueron diseñadas para proteger”<sup>94</sup>.

Aunque *Matsushita* se centró en un asunto específico —el estándar de juicio sumario aplicable a las demandas interpuestas bajo la Sección 1 de la *Sherman Act*, que prohíbe la coordinación entre partes<sup>95</sup>— ha sido muy influyente en los casos de monopolización, que se rigen por la Sección 2. En otras palabras, un razonamiento que tuvo su origen en un contexto terminó siendo parte de una línea jurisprudencial referida a circunstancias totalmente distintas, aun cuando las infracciones subyacentes difieren enormemente<sup>96</sup>.

84 Véase D. Daniel Sokol, *The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason, and Per Se Legality*, 79 *Antitrust L.J.* 1003, 1014-15 (2014).

85 *Id.*

86 *Id.* en 1008.

87 475 U.S. 574 (1986). El gobierno intervino en el caso como *amicus curiae* en apoyo de *Matsushita*. *Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners*, *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (No. 83-2004), 1985 WL 669667.

88 *Matsushita*, 475 U.S. at 577-78.

\* Nota del traductor: En los Estados Unidos, el *certiorari* es la orden formal (*writ*) que la Corte Suprema de los Estados Unidos dicta a un tribunal inferior para que le envíe el expediente de un caso para así poder revisar su sentencia en busca de errores de derecho. Las partes de un caso que solicitan la intervención de la Corte Suprema (mediante una petición de *certiorari*) no tienen un derecho a que la Corte revise el caso; antes bien, este es un mecanismo de revisión que la Corte Suprema utiliza discrecionalmente (elige los casos que quiere revisar).

89 *Id.* at 580, 588-92.

90 *Id.* at 589.

91 *Id.*

92 Bork, *supra* nota 32, at 157.

93 *Matsushita*, 475 U.S. at 594; véase también *Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104, 116 (1986) (determinando que las prácticas de reducción de precios de una empresa empacadora de carne constituyan competencia vigorosa más que una violación antimonopolio).

94 Christopher R. Leslie, *Predatory Pricing and Recoupment*, 113 *Colum. L. Rev.* 1695, 1702 (2013).

Los tribunales, tras que Matushita fuera fallado, aplicaron su análisis de precios predátorios a casos que involucraban monopolización y conductas unilaterales anticompetitivas, configurando así la jurisprudencia de la Sección 2 de la *Sherman Act*<sup>95</sup>. Los tribunales inferiores tomaron el punto central de *Matsushita*: la idea de que “los esquemas de precios predátorios escasamente llegan a juicio, y aún más escasamente tienen éxito”<sup>96</sup>. La frase se convirtió en un talismán contra la existencia de la fijación de precios predátorios, invocada rutinariamente por los tribunales en favor de los demandados.

En *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*<sup>98</sup>, la Corte Suprema formalizó esta premisa en un test legal. El caso involucraba a la industria tabacalera, dominada por seis empresas<sup>99</sup>. *Liggett*, una de ellas, introdujo una línea de cigarrillos genéricos que vendía aproximadamente un 30% más baratos que los cigarrillos de marca<sup>100</sup>. *Liggett* alegó que, cuando se hizo evidente que sus productos genéricos estaban desviando clientela de los cigarrillos de marca, *Brown & Williamson*, un fabricante competidor, comenzó a vender sus propios genéricos a pérdida<sup>101</sup>. *Liggett* demandó, afirmando que la táctica de *Brown & Williamson* estaba diseñada para presionarla a subir los precios de sus genéricos, permitiendo así a *Brown & Williamson* mantener altos márgenes de ganancia en los cigarrillos *de marca*. Un jurado emitió un veredicto a favor de *Liggett*, pero el juez del tribunal de distrito determinó que *Brown & Williamson* tenía derecho a una sentencia como cuestión de derecho<sup>102</sup>.

Es importante destacar que la acusación de *Liggett* suponía que *Brown & Williamson* recuperaría sus pérdidas aumentando los precios de los cigarrillos de marca, no de los cigarrillos genéricos que estaba vendiendo mediante descuentos drásticos. Basándose en el análisis introducido en *Matsushita*, la Corte sostuvo que *Liggett* no había demostrado que *Brown & Williamson* pudiera ejecutar exitosamente el esquema por la vía de recuperar sus pérdidas mediante precios supracompetitivos. “La evidencia de fijación de precios por debajo del costo no es suficiente, por sí sola, para inferir que probablemente se fuera a recuperar lo invertido en el esquema y el subsecuente daño a la competencia”, escribió el juez Kennedy para la mayoría<sup>103</sup>. En cambio, el demandante “debe demostrar que es probable que el esquema predatorio alegado cause un aumento de precios por encima del nivel competitivo que sea suficiente para compensar las sumas invertidas en la depredación, incluido el valor temporal del dinero [(*time value of the money*)] invertido en ella”<sup>104</sup>, requisito que hoy se conoce como el test de recuperación.

Al situar el test de recuperación en el centro del análisis de la fijación de precios predátorios, la Corte presumió que la maximización directa de ganancias es el único objetivo de dicha práctica<sup>105</sup>. Además, al establecer que *solo* existe daño cuando la fijación de precios predátorios resulta en precios más altos, la Corte redujo el amplio espectro de preocupaciones que habían inspirado a los anteriores críticos de la depredación, incluidas la aversión a las grandes empresas que explotan su tamaño y el deseo de preservar el control local. En cambio, la Corte adoptó la concepción estrecha de la Escuela de Chicago respecto de lo que constituye este daño (precios más altos) y de cómo se produce dicho daño —es decir, a través del supuesto depredador que eleva los precios del bien previamente vendido a precio rebajado<sup>106</sup>.

---

95 *Id.*

96 Véase, por ejemplo, *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989).

97 *Matsushita*, 475 U.S. en 589.

98 509 U.S. 209 (1993).

99 *Id.* en 213.

100 *Id.* en 214.

101 *Id.* en 216.

102 *Id.* en 218.

103 *Id.* en 226.

104 *Id.*

105 Véase *Id.* en 224 (“La recuperación de pérdidas es el objetivo final de un esquema ilegal de fijación de precios predátorios; es el medio por el cual el depredador obtiene ganancias de la depredación. Sin ella, la fijación de precios predátorios produce precios agregados más bajos en el mercado, y el bienestar del consumidor se ve incrementado.”).

Hoy en día, para que un demandante tenga éxito en una demanda por fijación de precios predatores, debe cumplir con el test de recuperación establecido en *Brooke Group* por la vía de demostrar que el demandado podría recuperar sus pérdidas mediante el mantenimiento de precios supracompetitivos. Desde que la Corte introdujo este requisito, el número de casos presentados y ganados por los demandantes ha disminuido drásticamente<sup>107</sup>. A pesar de la afirmación de la Corte —según la cual “los esquemas de fijación de precios predatores escasamente se intentan y aún más escasamente tienen éxito”— una serie de investigaciones demuestra que la fijación de precios predatores puede ser “una estrategia anticompetitiva atractiva” y que ha sido utilizada por empresas dominantes en diversos sectores para eliminar o disuadir la competencia<sup>108</sup>.

## B. Integración vertical

El análisis de la integración vertical también se ha alejado de las preocupaciones estructurales. La integración vertical se produce cuando “dos o más etapas sucesivas de producción y/o distribución de un producto se combinan bajo un mismo controlador”<sup>109</sup>. Durante la mayor parte del siglo pasado, las autoridades aplicaron a la integración vertical los mismos estándares que a las fusiones horizontales, conforme a lo dispuesto en la *Sherman Act*, la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*. La integración vertical se prohibía siempre que amenazara con “reducir sustancialmente la competencia”<sup>110</sup> o constituyera una “restricción al comercio”<sup>111</sup> o un “método desleal de competencia”<sup>112</sup>. Sin embargo, la visión de la Escuela de Chicago —según la cual las fusiones verticales son generalmente procompetitivas— ha llevado a una disminución significativa en el *enforcement* de la ley en esta materia.

Tras la Gran Depresión, surgió una gran preocupación respecto de la integración vertical, cuando tanto el derecho como la teoría económica comenzaron a criticar con fuerza este fenómeno<sup>113</sup>. Thurman Arnold, Fiscal General Adjunto en la década de 1930, se enfocó en instancias de integración vertical que habían sido logradas tanto mediante fusiones como a través de disposiciones contractuales y, hacia la década de 1950, los tribunales y las autoridades antimonopolio generalmente consideraban anticompetitiva la integración vertical. En parte debido a la percepción de que la Corte Suprema no había utilizado las leyes existentes para bloquear la integración vertical mediante adquisiciones, el Congreso en 1950 enmendó la sección 7 de la *Clayton Act* para hacerla aplicable a las fusiones verticales<sup>114</sup>.

106 Como han señalado algunos comentaristas, la dependencia de la Corte en trabajos académicos que abogaban por un *enforcement* más tenue respecto de los esquemas de fijación de precios predatores no reflejaba una falta de puntos de vista opuestos. Véase, por ejemplo, F.M. Scherer, *Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences*, en *How the Chicago School Overshot the Mark* 30, 33 (Robert Pitofsky ed., 2008) (“Ya para el momento de la decisión en *Matsushita*, existía una amplia literatura académica que documentaba lo que debía considerarse depredación bajo cualquier definición razonable y que demostraba la racionalidad de la reducción drástica de precios por parte de una empresa dominante para desalentar nuevos ingresos. Dado que existía una diversidad de opiniones académicas cuando se dictaron las decisiones clave de la Corte Suprema sobre depredación, la falta de consideración de una de las posturas debe atribuirse a la miopía de la Corte o (dejando de lado el *obiter dictum*) a hechos apremiantes, y no a las contribuciones de los economistas.” (cita omitida)); *id.* en 34 (“Si hubo favoritismo, no fue en la literatura económica evaluada, sino en la ponderación de las perspectivas alternativas.”).

107 Sokol, *supra* nota 84, en 1013 (“El requisito de recuperación en la práctica destruyó el estándar de *Utah Pie* y volvió casi imposible que los demandantes ganaran una demanda en virtud de la *Robinson-Patman Act*”). El único caso reciente en el que los demandantes superaron una moción de juicio sumario es *Spirit Airlines, Inc. v. Northwest Airlines, Inc.*, 431 F.3d 917 (6th Cir. 2005), donde el tribunal rechazó la moción al considerar que un juzgador razonable de los hechos podía encontrar pruebas suficientes de fijación de precios predatores.

108 Sandeep Vaheesun, *Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning*, 12 *Berkeley Bus. L.J.* 81, 82 (2015); véase también Richard O. Zerbe, Jr. & Michael T. Mumford, *Does Predatory Pricing Exist? Economic Theory and the Courts After Brooke Group*, 41 *Antitrust Bull.* 949, 957–64 (1996) (que analiza la investigación empírica sobre la participación de las empresas en la fijación de precios predatores).

109 Robert H. Cole, *General Discussion of Vertical Integration*, en *Vertical Integration in Marketing* 9, 9 (Nugent Wedding ed., 1952).

110 *Clayton Act*, ch. 323, § 7, 38 Stat. 730, 731 (1914) (codificada y modificada en 15 U.S.C. § 18 (2012)).

111 *Sherman Act*, ch. 647, §§ 1, 3, 26 Stat. 209, 209 (1890) (codificada y modificada en 15 U.S.C. § 1 (2012)).

112 *Federal Trade Commission Act*, ch. 311, § 5, 38 Stat. 717, 719 (1914) (codificada y modificada en 15 U.S.C. § 45(a)(1) (2012)).

113 Véase Herbert Hovenkamp, *Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency*, 79 *Antitrust L.J.* 983, 988–92 (2014).

114 *Clayton Act*, ch. 1184, § 7, 64 Stat. 1125, 1125–26 (1950) (codificada y modificada en 15 U.S.C. § 18 (2012)); véase Hovenkamp, *supra* nota 113, en 985.

Los críticos de la integración vertical se concentraron en dos teorías de daño: apalancamiento y exclusión. El apalancamiento refleja la idea de que una empresa puede utilizar su dominio en una línea de negocio para establecer su dominio en otra. Dado que “el poder horizontal en un mercado o etapa de producción crea un «apalancamiento» que permite extender dicho poder para impedir el ingreso en otro nivel”, la integración vertical combinada con poder de mercado horizontal, “puede perjudicar la competencia en mayor medida que el ejercicio del poder horizontal por sí solo”<sup>115</sup>. La exclusión, por su parte, ocurre cuando una empresa utiliza una de sus líneas de negocio para perjudicar a sus rivales en otra. Por ejemplo, un molino harinero que también fuera propietario de una panadería podría aumentar los precios o degradar la calidad al vender a panaderos rivales —o incluso negarse a hacer negocios con ellos por completo. Desde esta perspectiva, incluso si una empresa integrada no recurriera directamente a tácticas exclusorias, el arreglo igualmente aumentaría las barreras de entrada, al exigir que los potenciales entrantes compitieran en dos niveles.

Al intentar bloquear combinaciones o acuerdos verticales, el Estado solía basar su caso en una de estas teorías y, hasta la década de 1960, los tribunales en gran medida las aceptaban<sup>116</sup>. En *Brown Shoe v. United States*, por ejemplo, el gobierno intentó bloquear la fusión entre un importante fabricante y un destacado minorista de zapatos, argumentando que la unión “excluiría la competencia” y “aumentaría la ventaja competitiva de Brown sobre otros productores, distribuidores y vendedores de zapatos”<sup>117</sup>. La Corte reconoció que la *Clayton Act* no “declaraba ilegales todos los arreglos verticales”, pero sostuvo que esta fusión socavaría la competencia al “excluir a fabricantes independientes de mercados que de otro modo estarían abiertos para ellos”<sup>118</sup>. En otras palabras, la preocupación era que, una vez fusionadas, la entidad combinada impediría que su brazo minorista vendiera zapatos de fabricantes independientes con los que competía. Calificando esta forma de exclusión como “el principal vicio de una fusión vertical”<sup>119</sup>, la Corte señaló que también era en gran medida inevitable: “Todo acuerdo vertical extendido, por su propia naturaleza y al menos durante un tiempo, niega a los competidores del proveedor la oportunidad de competir por una parte o la totalidad del comercio del cliente que participa en el acuerdo vertical”<sup>120</sup>. En su concurrencia parcial, el juez Harlan observó que el acuerdo permitiría a Brown “convertir a un comprador independiente en un mercado cautivo para sus zapatos”, disminuyendo “el mercado disponible por el cual compiten los fabricantes de zapatos”<sup>121</sup>. La Corte prohibió la fusión<sup>122</sup>.

Otra razón que esgrimían los tribunales para bloquear este tipo de acuerdos fue que las operaciones verticales eliminaban competidores potenciales, reconociendo así como una fusión podía reconfigurar la estructura de una industria. Al acoger el requerimiento de la FTC contra la compra por parte de Ford de un fabricante de equipos, la Corte señaló que, antes de la adquisición, Ford había contribuido a controlar el poder de los fabricantes y ejercido una “influencia tranquilizadora” sobre los precios<sup>123</sup>. Un actor externo, escribió la Corte, “podría algún día ingresar y preparar el terreno para una clara desconcentración”<sup>124</sup>. “Mientras meramente está cerca del borde, merodeando, actúa como un agente disuasorio frente a los competidores actuales”<sup>125</sup>. En otras palabras, la amenaza de una potencial entrada de Ford —el hecho de que, antes de la fusión, pudiera haber expandido internamente su producción hacia la fabricación de equipos— cumplía una importante

115 Friedrich Kessler & Richard H. Stern, *Competition, Contract, and Vertical Integration*, 69 *Yale L.J.* 1, 16 (1959).

116 Véase, por ejemplo, *FTC v. Consol. Foods Corp.*, 380 U.S. 592, 594–95 (1965); *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218, 226–27 (1947); *Miss. River Corp. v. FTC*, 454 F.2d 1083, 1091 (8th Cir. 1972); véase también *Anchor Serum Co. v. FTC*, 217 F.2d 867, 873 (7th Cir. 1954) (“Haría falta una mente ingenua para concluir, como pretende el peticionario, que los acuerdos en consideración podrían resultar en algo distinto a un efecto adverso sobre la competencia.”). Pero véase *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 507–08 (1948) (determinando que una combinación vertical no violaba la ley antimonopolio).

117 370 U.S. 294, 297 (1962).

118 *Id.* en 324, 332.

119 *Id.* en 323.

120 *Id.* en 324.

121 *Id.* en 372 (Harlan, J., concurriendo y disintiendo).

122 *Id.* en 294 (opinión mayoritaria).

123 *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, 567 (1972) (citando *United States v. Ford Motor Co.*, 286 F. Supp. 407, 441 (E.D. Mich. 1968)).

124 *Id.* (citando *Ford Motor Co.*, 286 F. Supp. en 441).

125 *Id.* (citando *Ford Motor Co.*, 286 F. Supp. en 441).

función disciplinadora. De manera relacionada, la Corte observó que cuando una empresa en un mercado competitivo se integra con una firma que está en un mercado oligopólico, la fusión puede tener “el efecto de transmitir la rigidez de la estructura oligopólica” de una industria a la otra, “reduciendo así las posibilidades de desconcentración futura” del mercado<sup>126</sup>. La Corte ordenó a Ford desintegrar al fabricante<sup>127</sup>.

En la década de 1950 —mientras el Congreso, las agencias de *enforcement* y los tribunales reconocían las amenazas potenciales que planteaban los acuerdos verticales—, los académicos de la Escuela de Chicago comenzaron a poner en duda la idea de que la integración vertical tuviera efectos anticompetitivos<sup>128</sup>. Sostuvieron que, al reemplazar las transacciones de mercado por decisiones administrativas dentro de la empresa, los acuerdos verticales generaban eficiencias que el derecho de competencia debía fomentar. Y, si la integración no generaba tales eficiencias, la empresa integrada no tendría ventajas de costos frente a sus competidores no integrados, por lo que no presentaría riesgos de obstaculizar la entrada. Además, argumentaron que las operaciones verticales no afectarían las políticas de precios y producción de una empresa, los principales parámetros de medición de la competencia en su análisis. Bajo este marco, solo las fusiones horizontales afectan la competencia, dado que “[l]as fusiones horizontales aumentan la participación de mercado, pero las fusiones verticales no”<sup>129</sup>.

La Escuela de Chicago sostiene que las preocupaciones tanto sobre el apalancamiento como sobre la exclusión están mal enfocadas. Según el “teorema de las ganancias del único monopolio” (*single monopoly profit theorem*), la cantidad de ganancias que una empresa puede extraer de un mercado es algo fijo y que no puede ser ampliado mediante la extensión hacia un mercado adyacente si los dos productos se utilizan en proporciones fijas<sup>130</sup>. Bajo este supuesto, no solo el apalancamiento monopólico no plantea ninguna preocupación competitiva, sino que —ya que solo puede estar motivado por eficiencias, no por la búsqueda de ganancias— es en realidad procompetitivo cuando ocurre.

Las tradicionales preocupaciones sobre la exclusión de otro mercado (*foreclosure*), afirmaba Bork, eran infundadas, ya que “la depredación a través de la integración vertical es extremadamente improbable”<sup>131</sup>. Un fabricante no favorecería a su subsidiaria minorista por sobre otras a menos que fuera más barato hacerlo —en cuyo caso, sostenía Bork, la discriminación generaría eficiencias que la empresa trasladaría a los consumidores. Además, cualquier fabricante que buscara privilegiar a su propio minorista enfrentaría “entrantes que, motivados por las posibles ganancias, llegarían en enjambres que oscurecerían el cielo”<sup>132</sup>. En otras palabras, la posición de Bork era que la integración vertical, por regla general, no crearía el tipo de poder de mercado que las empresas podrían utilizar para aumentar precios o restringir la producción. En el extraño caso de que la integración vertical *sí creara* este tipo de poder de mercado, él creía que sería disciplinada por la entrada real o potencial de competidores<sup>133</sup>. A la luz de esto, la aversión que mostraba el

126 *Id.* en 568.

127 *Id.* en 575.

128 En un influyente ensayo de 1954 que anticipaba sus posteriores argumentos en *The Antitrust Paradox*, Bork defendió la integración vertical como una que es casi siempre procompetitiva. Robert Bork, *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, 22 *U. Chi. L. Rev.* 157, 194–201 (1954); véase también Ward S. Bowman, Jr., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 *Yale L.J.* 19 (1957) (sosteniendo que las ventas atadas—una forma de control vertical—no pueden utilizarse para apalancar el poder monopólico de un mercado a otro).

129 Bork, *supra* note 32, en 231.

130 Véase, por ejemplo, *id.* en 372–75, 380–81; Posner, *supra* note 30, en 925, 927 (“[N]o tiene sentido que un productor monopólico se haga cargo de la distribución con el fin de obtener beneficios monopólicos tanto en la distribución como en la fabricación. El producto y su distribución son complementarios, y un aumento en el precio de la distribución reducirá la demanda del producto. Suponiendo que el producto y su distribución se vendan en proporciones fijas (...) se llega a la conclusión de que la integración vertical debe estar motivada por un deseo de eficiencia más que por el deseo de explotar un monopolio”); *id.* en 929 (“Si el [servicio] ya se está vendiendo al nivel óptimo de precio monopólico, un aumento en el precio de [uno de los componentes] por encima del nivel competitivo elevará el precio total del servicio para el consumidor por encima del nivel monopólico óptimo y reducirá, por lo tanto, las ganancias del monopolista.”).

131 Bork, *supra* note 32, en 232.

132 *Id.* en 234.

133 Bork posteriormente modificó su posición sobre las barreras de entrada cuando actuó como consultor de Netscape en la impugnación de la División Antimonopolio contra las prácticas exclusorias que Microsoft había empleado principalmente contra Netscape. Aunque

derecho de competencia a los acuerdos verticales era, según sostenía Bork, irracional. “[L]as normas que se oponen a las fusiones verticales no son más que normas contra la creación de eficiencia”<sup>134</sup>.

Con la elección del presidente Reagan, esta visión respecto de la integración vertical se convirtió en una política pública de alcance nacional. En 1982 y 1984, el Departamento de Justicia (DOJ) y la FTC emitieron nuevas directrices sobre operaciones de concentración que delineaban el marco que los funcionarios utilizarían al revisar operaciones horizontales<sup>135</sup>. La versión de 1984 incluía directrices específicas para las operaciones verticales<sup>136</sup>. Como parte de un esfuerzo generalizado por reformar el *enforcement* del derecho de competencia, las nuevas directrices redujeron las circunstancias en las que las agencias impugnarían fusiones verticales<sup>137</sup>. Aunque las directrices reconocían que las fusiones verticales podían, en ocasiones, plantear preocupaciones competitivas, en la práctica el cambio constituyó una aprobación *de facto* de dichas operaciones. El DOJ y la FTC no impugnaron ni una sola fusión vertical durante el mandato del presidente Reagan<sup>138</sup>.

Aunque las administraciones posteriores han seguido revisando fusiones verticales, la visión de la Escuela de Chicago, según la cual este tipo de operaciones generalmente no representan amenazas para la competencia, sigue siendo dominante<sup>139</sup>. El rechazo de las integraciones verticales —que fue estándar durante las décadas de 1960 y 1970— es hoy extremadamente inusual<sup>140</sup>; en los casos en que las agencias detectan un posible perjuicio, tienden a imponer remedios conductuales o exigir desinversiones, en lugar de derechamente bloquear la operación<sup>141</sup>. La Administración Obama adoptó este enfoque frente a dos de las mayores operaciones verticales de la última década: Comcast/NBC y Ticketmaster/LiveNation. En ambos casos, los defensores de los consumidores se opusieron a la operación<sup>142</sup> y advirtieron que la fusión

---

Bork había sido un crítico feroz de la “teoría del apalancamiento”, describió el intento de Microsoft de vincular su sistema operativo con su *software* como una forma “de aprovechar el activo de Windows para hacer que la gente usara [Internet Explorer] en lugar de [Netscape] Navigator.” Hovenkamp, *supra* nota 113, en 996-97 (citando Robert Bork, *High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?*, en *High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?* 45, 50 (Robert W. Hahn ed., 2003)). Pero en un artículo posterior encargado por Google, Bork volvió a una crítica de la teoría del apalancamiento, ridiculizando la idea de que Google pudiera aprovechar su posición en el mercado de búsqueda general para obtener beneficios adicionales en los mercados aguas abajo. Véase Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, *What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google*, 8 *J. Competition L. & Econ.* 663, 675-77 (2012).

134 Bork, *supra* nota 32, en 234.

135 1982 Merger Guidelines, *supra* nota 42; 1984 Merger Guidelines, U.S. DEPT JUST. (1984), <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11249.pdf> [<http://perma.cc/Y5JL-5PQS>].

136 1984 Merger Guidelines, *supra* nota 135, en 24-32.

137 *Id.*

138 William E. Kovacic, *Built To Last? The Antitrust Legacy of the Reagan Administration*, 35 *FED. B. NEWS & J.* 244, 245 (1988) (“Desde 1981, las agencias de competencia no han presentado denuncias ni han llegado a acuerdos de consentimiento en asuntos relacionados con la *Robinson-Patman Act* que se originaran tras la llegada de las personas designadas por Reagan para dirigir la FTC y el Departamento de Justicia. Aunque la directiva de la FTC durante la era Reagan ha afirmado que la Comisión no ha abandonado la aplicación de dicha ley, la falta de nuevas acciones de cumplimiento durante la administración Reagan sugiere que las empresas son prácticamente inmunes al procesamiento federal por las conductas que el estatuto prohíbe.”); Joseph Guinto, *Antitrust Targets Vertical Deals*, *INV.'S BUS. DAILY*, June 17, 1999, en A01.

139 Por ejemplo, las cabecillas de las agencias de competencias designadas por el Partido Demócrata también han adoptado la visión de la Escuela de Chicago, según la cual la mayoría de las fusiones verticales son benignas. Tal como observó en un discurso la entonces comisionada de la FTC Christine Varney (quien más tarde sería secretaria adjunta de Justicia para asuntos antimonopolio en la Administración Obama): “[L]a mayoría de los acuerdos verticales plantean pocas preocupaciones competitivas.” Christine A. Varney, Comm'r, FTC, *Vertical Merger Enforcement Challenges at the FTC* (17 de julio de 1995), <http://www.ftc.gov/public-statements/1995/07/vertical-merger-enforcement-challenges-ftc> [<http://perma.cc/JDQ8-H5KB>].

140 James B. Stewart, *Why a Media Merger that Should Go Through Might Not*, *N.Y. TIMES* (25 de octubre de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/10/26/business/economy/why-a-media-merger-that-should-go-through-might-not.html> [<http://perma.cc/NTN7-LB9N>] (“Durante los últimos 40 a 50 años, el derecho antimonopolio ha evolucionado hasta volverse casi completamente indiferente a las fusiones verticales”, dijo Tim Wu, experto en derecho antimonopolio e internet de la Columbia Law School(…).”).

141 Al imponer remedios conductuales, las agencias antimonopolio establecen condiciones de comportamiento que las partes de la fusión deben cumplir, sujetas a la supervisión de la agencia. Al exigir desinversiones, las agencias solicitan que las partes vendan una parte de su negocio a otra entidad.

142 Martin H. Bosworth, *Consumer Groups Oppose Comcast-NBC Merger*, *CONSUMER AFF.* (3 de diciembre de 2009), [http://www.consumeraffairs.com/news04/2009/12/comcast\\_nbc.html](http://www.consumeraffairs.com/news04/2009/12/comcast_nbc.html) [<http://perma.cc/N347-MTKQ>]; David Segal, *Calling Almost Everyone's Tune*, *N.Y. TIMES* (24 de abril de 2010), <http://www.nytimes.com/2010/04/25/business/25ticket.html> [<http://perma.cc/3TT3-FHYA>] (“Decir que este nuevo conglomerado ha inspirado miedo en el negocio de los conciertos en vivo no capta la magnitud del temblor”); Ethan Smith & Thomas Catan, *Concert Deal Wins Antitrust Approval*, *WALL ST. J.* (26 de enero de 2010, 12:01 AM), <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704762904575025332380117008> [<http://perma.cc/FWR9-WUSR>].

concentraría un poder significativo en manos de una sola empresa<sup>143</sup>, poder que podría usarse para incurrir en prácticas exclusorias, aumentar los precios para los consumidores y reducir los pagos a los productores de contenido, como guionistas de televisión y músicos. No obstante, el DOJ impuso ciertas condiciones de conducta y exigió una desinversión menor, aprobando finalmente ambas operaciones<sup>144</sup>. El Tribunal de Distrito consideró que los decretos de consentimiento eran de interés público.

## II. POR QUÉ IMPORTAN EL PROCESO Y LA ESTRUCTURA COMPETITIVA

El marco actual del derecho de competencia no logra registrar ciertos tipos de daño anticompetitivo y, por tanto, no está preparado para promover una competencia real —una deficiencia que se hace más visible y se amplifica en el contexto de las plataformas en línea y los mercados impulsados por datos. Este fracaso surge tanto de los supuestos incorporados en el marco de la Escuela de Chicago, como de la forma en que este marco evalúa la competencia.

Cabe destacar que el *enfoque actual* fracasa incluso si se cree que el derecho de competencia debe promover únicamente los intereses de los consumidores. De manera fundamental, los intereses de los consumidores incluyen no solo consideraciones de costo, sino también consideraciones relativas a la calidad del producto, la variedad y la innovación. Proteger estos intereses de largo plazo requiere una concepción mucho más robusta del “bienestar del consumidor” que la que guía el enfoque actual. Pero, más importantemente, el énfasis excesivo en el bienestar del consumidor es erróneo. Traiciona la historia legislativa, que revela que el Congreso aprobó las leyes antimonopolio para promover una serie de fines político-económicos, incluidos nuestros intereses como trabajadores, productores, emprendedores y ciudadanos. Además, sustituye erróneamente una preocupación por el proceso y la estructura (es decir, si el poder está suficientemente distribuido para mantener la competencia en los mercados) por un cálculo sobre el resultado (es decir, si los consumidores están materialmente mejor).

El derecho y la política de competencia no deben promover el bienestar, sino que los mercados competitivos. Al reenfocar la atención en el proceso y la estructura, esta aproximación sería fiel a la historia legislativa de las principales leyes de competencia. También promovería la competencia real —al contrario del marco actual, que está enfrentándose a concentraciones de poder que corren el riesgo de hacer imposible una competencia genuina.

### A. Los efectos sobre los precios y la producción no abarcan toda la gama de amenazas al bienestar del consumidor

Como se analizó en la Parte I, la doctrina moderna asume que promover el bienestar del consumidor es el único propósito del derecho de competencia. Pero el enfoque del bienestar del consumidor en materia

143 Como señaló Bork, las operaciones verticales no aumentarían la cuota de mercado de ninguna de las empresas. Véase BORK, *supra* nota 32, en 231. En el caso de *Ticketmaster/LiveNation*, la operación “crea una empresa que tendrá presencia en casi todos los rincones del negocio de la música”, Smith & Catan, *supra* nota 142, mientras que en el caso de *Comcast/NBC*, la fusión creó “un gigante mediático de 30 mil millones de dólares que controla no solo cómo se producen los programas de televisión y las películas, sino también cómo se entregan a los hogares”, Yinka Adegoke & Dan Levine, *Comcast Completes NBC Universal Merger*, REUTERS (29 de enero de 2011, 11:50 AM), <http://www.reuters.com/article/us-comcast-nbc-idUSTRE70S2WZ20110129> [<http://perma.cc/EXC3-4PAU>].

144 *Press Release*, Office of Pub. Affairs, U.S. Dep’t of Justice, *Justice Department Allows Comcast-NBCU Joint Venture To Proceed with Conditions* (18 de enero de 2011), <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-allows-comcast-nbcu-joint-venture-proceed-conditions> [<http://perma.cc/8FHZ-AL4W>]; *Press Release*, Office of Pub. Affairs, U.S. Dep’t of Justice, *Justice Department Requires Ticketmaster Entertainment Inc. To Make Significant Changes to Its Merger with Live Nation Inc.* (25 de enero de 2010), <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-ticketmaster-entertainment-inc-make-significant-changes-its> [<http://perma.cc/PZ2E-X2FL>]; véase también Jeremy Pelofty & Yinka Adegoke, *LiveNation, Ticketmaster Merge; Agree to U.S. Terms*, REUTERS (25 de enero de 2010, 8:13 PM), <http://www.reuters.com/article/us-ticketmaster-livenation-idUSTRE60O4E520100126> [<http://perma.cc/QT7K-LPHA>] (“Las condiciones parecen ser relativamente benignas”, dijo Tuna Amobi, analista de renta variable en Standard & Poor’s. “No se requieren desinversiones importantes. No sé si eso va a crear el tipo de campo competitivo parejo que se pretendía.”); Smith & Catan, *supra* nota 142.

de competencia es excesivamente estrecho y traiciona la intención del Congreso, como lo demuestra la historia legislativa y lo documenta una amplia literatura académica. En esta Nota se sostiene que el auge de las plataformas dominantes de internet revela con claridad las deficiencias del marco del bienestar del consumidor y que este debería ser abandonado.

De manera sorprendente, el enfoque actual fracasa *incluso* si se considera que los intereses de los consumidores deben mantenerse como prioridad. Enfocarse principalmente en los precios y la cantidad producida debilita el *enforcement* efectivo del derecho de competencia al retrasar la intervención hasta que el poder de mercado se ejerce activamente, e ignora en gran medida si y cómo se adquiere dicho poder. En otras palabras, vincular el daño anticompetitivo a precios altos y/o menor producción —mientras se deja de lado la estructura del mercado y el proceso competitivo que dan origen a ese poder de mercado— lleva a que la intervención ocurra al momento en que una empresa ya ha adquirido suficiente dominio para distorsionar la competencia.

Este enfoque está mal enfocado porque es mucho más fácil promover la competencia cuando un mercado corre el riesgo de volverse menos competitivo que cuando ya ha dejado de serlo. Las leyes de competencia son reflejo de esta idea, al exigir que las autoridades detengan los posibles obstáculos a la competencia “en su inicio”<sup>145</sup>. Pero la hostilidad de la Escuela de Chicago hacia los falsos positivos —y su insistencia en que el poder de mercado y la alta concentración reflejan y generan eficiencia<sup>146</sup>— ha socavado este estándar de incipencia y, en general, debilitado el *enforcement*. De hecho, las autoridades han, en gran medida, abandonado las acciones por monopolización conforme a la sección 2<sup>147</sup>, que —por evaluar cómo una sola empresa acumula y ejerce su poder— tradicionalmente implicaban un análisis estructural. Al hacer descansar su análisis principalmente en los efectos sobre los precios y la producción como indicadores de competencia, las autoridades corren el riesgo de pasar por alto el debilitamiento estructural de la competencia, hasta que se vuelve difícil de abordar dicho debilitamiento de manera efectiva, siendo este un enfoque que socava el bienestar del consumidor.

De hecho, cada vez más evidencia muestra que el marco del bienestar del consumidor ha conducido a precios más altos y pocas eficiencias, fallando según sus propios criterios<sup>148</sup>. Cabe argumentar, además, que ha contribuido a una disminución en el crecimiento de nuevos negocios, lo que se traduce en menores oportunidades para los emprendedores y en una economía estancada<sup>149</sup>. Los intereses a largo plazo de los consumidores incluyen la calidad, la variedad y la innovación —factores que se promueven mejor mediante un proceso competitivo sólido y mercados abiertos. Por el contrario, permitir que persista una estructura

145 *Clayton Act*, ch. 323, 38 Stat. 730 (1914) (codificado y modificado en 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53 (2012)). El ex Fiscal General Adjunto para Asuntos Antimonopolio Bill Baer describió el estándar de incipencia como un intento de “prevenir que las condiciones competitivas se deterioren incluso cuando la competencia no era claramente problemática en el momento de la demanda.” Continuó: “En segundo lugar, para detener posibles restricciones «en su inicio», la Ley prohibió estas prácticas cuando su efecto «puede ser reducir sustancialmente la competencia». La intención era considerar el efecto futuro probable —no solo el impacto palpable— al determinar si estas prácticas eran ilegales.” Bill Baer, Assistant Att'y Gen., Antitrust Div., Dep't of Justice, *Remarks at the American Bar Association Clayton Act 100th Anniversary Symposium* (4 de diciembre de 2014).

146 Véase Hovenkamp, *supra* note 57, en 359.

147 Daniel A. Crane, *Has the Obama Justice Department Reinvigorated Antitrust Enforcement?*, STAN. L. REV. ONLINE (18 de julio de 2012), <http://www.stanfordlawreview.org/online/has-the-obama-justice-department-reinvigorated-antitrust-enforcement> [http://perma.cc/56J4-NNSP] (“La categoría final son los casos de monopolización. Durante los ocho años de la Administración Bush, el Departamento de Justicia no presentó ningún caso de monopolización. Hasta la fecha, la Administración Obama ha presentado solo un caso, lo que difícilmente evidencia un cambio significativo en las tácticas.”).

148 Un creciente cuerpo de trabajos demuestra que el marco del bienestar del consumidor ha fracasado incluso según sus propios términos —es decir, al llevar a precios más altos sin ganancias claras de eficiencia. Véase JOHN KWOKA, *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy* (2015); *Benefits of Competition and Indicators of Market Power*, COUNCIL ECON. ADVISERS (abril de 2016), [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414\\_cea\\_competition\\_issue\\_brief.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414_cea_competition_issue_brief.pdf) [http://perma.cc/9NMS-4U91]; *Divs. of Research & Statistics & Monetary Affairs, Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*, FED. RES. (2016), <http://www.federalreserve.gov/econresdata/feds/2016/files/2016082pap.pdf> [http://perma.cc/CY4Y-DGB2].

149 Véase Barry C. Lynn & Lina Khan, *The Slow Motion Collapse of American Entrepreneurship*, WASH. MONTHLY (julio/agosto 2012), <http://washingtonmonthly.com/magazine/julyaugust-2012/the-slow-motion-collapse-of-american-entrepreneurship> [http://perma.cc/P9VM-9FM5]; véase también Ian Hathaway & Robert E. Litan, *What's Driving the Decline in the Firm Formation Rate? A Partial Explanation*, BROOKINGS INST. (nov. 2014) (documentando la consolidación empresarial como un factor que contribuye a la disminución en la formación de nuevas empresas), [http://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/driving\\_decline\\_firmFormation\\_rate\\_hathaway\\_litan.pdf](http://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/driving_decline_firmFormation_rate_hathaway_litan.pdf) [http://perma.cc/QA9M-ZGAT].

de mercado altamente concentrada pone en peligro estos intereses de largo plazo, dado que las empresas en mercados no competitivos no necesitan competir para mejorar productos antiguos ni experimentar para crear nuevos. Incluso si se acepta el bienestar del consumidor como la piedra angular del derecho de competencia, garantizar un proceso competitivo —observando, en parte, cómo está estructurado un mercado— debería ser fundamental. Los estudios empíricos que demuestran que el marco del bienestar del consumidor ha resultado en precios más altos —fracasando incluso según sus propios términos— refuerzan la necesidad de un enfoque diferente.

## B. Las leyes antimonopolio promueven la competencia para servir a una variedad de intereses

La historia legislativa revela que la idea de que “el Congreso diseñó la *Sherman Act* como una «regla para proteger el bienestar del consumidor»<sup>150</sup> es incorrecta<sup>151</sup>. El Congreso promulgó las leyes de competencia para crear un contrapeso al poder de los *trusts*\* que surgieron a fines del siglo XIX. Como consecuencia del temor al poder concentrado, el derecho antimonopolio buscó distribuirlo. En este sentido, el derecho antimonopolio estaba “guiado por principios”<sup>152</sup>. La ley estaba “a favor de la diversidad y el acceso a los mercados; en *contra* de la alta concentración y de los abusos de poder”<sup>153</sup>.

Esta visión general era más relevante que cualquier objetivo individual. Cuando el Congreso aprobó la *Sherman Act* en 1890, el senador John Sherman la calificó como “una carta de derechos, una carta de libertad” y destacó su importancia en términos políticos<sup>154</sup>. En el pleno del Senado declaró:

“Si no toleraremos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey sobre la producción, el transporte y la venta de cualquiera de las necesidades de la vida. Si no nos someteríamos a un emperador, no deberíamos someternos a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar el precio de cualquier mercancía”<sup>155</sup>.

En otras palabras, lo que estaba en juego al mantener los mercados abiertos —y libres de monarcas industriales— era la libertad.

Esta visión se sustentaba en la comprensión de que la concentración del poder económico también consolida el poder político, “generando presiones políticas antidemocráticas”<sup>156</sup>. Esto ocurriría al permitir que una pequeña minoría acumulara una riqueza desproporcionada, que luego podría usar para influir en el gobierno. Pero también ocurriría al permitir que “la discreción privada de unos pocos en la esfera económica” “controlara el bienestar de todos”, socavando la libertad individual y empresarial<sup>157</sup>. En el período previo a la aprobación de la *Sherman Act*, el senador George Hoar advirtió que los monopolios eran “una amenaza para las propias instituciones republicanas”<sup>158</sup>.

<sup>150</sup> *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979).

<sup>151</sup> Numerosos trabajos académicos profundizan en esta historia legislativa. Véase, por ejemplo, las fuentes citadas *supra*, nota 38.

\* Nota del traductor: un trust es una institución tradicional del common law en la que se delega a un fiduciario (trustee), el derecho propio a votar en la junta de una empresa (entre otras delegaciones). Mediante la utilización de mandatarios de esta índole en sus respectivas juntas directivas, se establecía una interconexión de poderes entre empresas que permitía a los gerentes de estas últimas tomar decisiones conjuntas. Dado que el objetivo inicial del derecho de competencia fue atacar a estos trusts, en el derecho angloparlante, sobre todo

<sup>152</sup> Eleanor Fox, *Against Goals*, 81 *FORDHAM L. REV.* 2158, 2158 (2013).

<sup>153</sup> *Id.*

<sup>154</sup> 21 *CONG. REC.* 2461 (1890) (declaración del Sen. Sherman).

<sup>155</sup> *Id.* en 2457 (declaración del Sen. Sherman).

<sup>156</sup> Robert Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, 127 *U. PA. L. REV.* 1051, 1051 (1979).

<sup>157</sup> *Id.*

<sup>158</sup> 21 *CONG. REC.* 3146 (1890) (declaración del Sen. Hoar).

Esta visión abarcaba una variedad de fines. Por un lado, la política de competencia debía impedir que las grandes empresas extrajeran riqueza de los productores y consumidores en forma de ganancias monopólicas<sup>159</sup>. El senador Sherman, por ejemplo, describió los sobreprecios de los monopolistas como “una extorsión que empobrece al pueblo”<sup>160</sup>, mientras que el senador Richard Coke los calificó de “robo”<sup>161</sup>. El representante John Heard declaró que los *trusts* habían “robado millones al pueblo”<sup>162</sup>, y el congresista Ezra Taylor señaló que el cartel de la carne “roba al agricultor por un lado y al consumidor por el otro”<sup>163</sup>. En palabras del senador James George, “reúnen para sí mismos una gran y enorme riqueza mediante una extorsión que empobrece al pueblo”<sup>164</sup>.

Cabe destacar que esta fijación en las transferencias de riqueza no era exclusivamente económica. Antes de la promulgación de la *Sherman Act*, los niveles de precios en Estados Unidos eran estables o disminuían lentamente<sup>165</sup>. Si la única preocupación hubiese sido el aumento de precios, entonces el Congreso podría haberse centrado en aquellas industrias donde los precios eran, efectivamente, altos o seguían aumentando. El hecho de que el Congreso eligiera denunciar la existencia de una injusta redistribución sugiere que había algo más en juego —es decir, que el público estaba “menos indignado por la reducción de su riqueza que por la forma en que se extraía dicha riqueza”<sup>166</sup>. En otras palabras, aunque el perjuicio se manifestaba a través de un efecto económico —una transferencia de riqueza— la fuente subyacente de la queja era también política<sup>167</sup>.

Otro objetivo distintivo era preservar los mercados abiertos, con el fin de garantizar que nuevos negocios y emprendedores tuvieran una oportunidad justa de ingresar. Varios congresistas abogaron por la aprobación de la *Federal Trade Commission Act* porque contribuiría a promover las pequeñas empresas. El senador James Reed señaló expresamente que el objetivo del Congreso al aprobar la ley era mantener los mercados abiertos a las firmas independientes<sup>168</sup>. Al debatir la *Sherman Act*, el senador George señaló lamentosamente que, si a las grandes industrias se les permitiera crecer sin control, “aplastarían a todos los pequeños hombres, a todos los pequeños capitalistas, a todas las pequeñas empresas”<sup>169</sup>.

Durante los 50, los tribunales y las agencias aplicaron las leyes antimonopolio para promover esta diversidad de objetivos. Aunque el vigor y el tono del *enforcement* variaron, existía un entendimiento general de que el derecho antimonopolio servía para proteger lo que el juez Louis Brandeis llamó “libertad industrial”<sup>170</sup>. Fundamental en esta visión era el reconocimiento de que las concentraciones excesivas de poder privado representaban una amenaza pública, al permitir que los intereses de unos pocos orientaran el quehacer colectivo. “El poder que controla la economía debe estar en manos de los representantes electos del pueblo, no en manos de una oligarquía industrial”, escribió el juez William O. Douglas<sup>171</sup>. Descentralizar este poder garantizaría que “la fortuna del pueblo no dependa del capricho o de la arbitrariedad, del prejuicio político, o de la estabilidad emocional de unos pocos hombres que se autoproclamaron como aquellos que tienen autoridad”<sup>172</sup>.

159 Lande, *Wealth Transfers*, *supra* nota 38, en 96–97.

160 21 CONG. REC. 2461 (1890) (declaración del Sen. Sherman, citando al Sen. George).

161 *Id.* en 2614 (declaración del Sen. Coke).

162 *Id.* en 4101 (declaración del Rep. Heard).

163 *Id.* en 4098 (declaración del Rep. Taylor).

164 *Id.* en 2461 (declaración del Sen. Sherman, citando al Sen. George).

165 Lande, *Wealth Transfers*, *supra* nota 38, en 96–97.

166 *Id.* en 98.

167 Para un análisis clásico sobre por qué las leyes antimonopolio deben tener en cuenta los valores políticos, véase Pitofsky, *supra* nota 156, en 1051 (“Es un mal análisis histórico, un mal análisis de política pública, y un mal análisis jurídico el que lleva a excluir ciertos valores políticos al interpretar las leyes antimonopolio. Por «valores políticos» me refiero, en primer lugar, al temor de que una concentración excesiva del poder económico genere presiones políticas antidemocráticas y, en segundo lugar, al deseo de fortalecer la libertad individual y empresarial reduciendo el ámbito dentro del cual la discreción privada de unos pocos en la esfera económica controla el bienestar de todos. Una tercera y principal preocupación política es que, si se permite que el sector de libre mercado de la economía se desarrolle bajo reglas antimonopolio que son ciegas ante todo excepto las consideraciones económicas, el resultado probable será una economía tan dominada por unos pocos gigantes corporativos que será imposible que el Estado no adopte un papel más intrusivo en los asuntos económicos.”).

168 51 CONG. REC. 13,231 (1914) (declaración del Sen. Reed).

169 21 CONG. REC. 2598 (1890) (declaración del Sen. George).

170 Louis D. Brandeis, *The Curse of Bigness* 38 (Osmond K. Fraenkel ed., 1934).

171 *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 536 (1948) (Douglas, J., en disenso).

172 *Id.*

Como se describió en la Parte I, los académicos de la Escuela de Chicago trastocaron este enfoque tradicional, concluyendo que el único objetivo legítimo del derecho antimonopolio es la maximización del bienestar del consumidor, el cual es mejor promovido mediante el aumento de la eficiencia económica. Cabe destacar que algunos importantes liberales —entre ellos John Kenneth Galbraith— ratificaron esta idea, defendiendo la centralización<sup>173</sup>. A raíz de la alta inflación de la década de 1970, Ralph Nader y otros defensores de los consumidores también llegaron a apoyar un régimen antimonopolio centrado en la reducción de precios, en consonancia con la visión de la Escuela de Chicago<sup>174</sup>. Al orientar el derecho antimonopolio hacia fines materiales antes que políticos, tanto la escuela neoclásica como sus críticos efectivamente abrazaron la concentración por sobre la competencia<sup>175</sup>.

Centrar el derecho antimonopolio exclusivamente en el bienestar del consumidor es un error<sup>176</sup>. En primer lugar, traiciona la intención legislativa, la cual deja claro que el Congreso aprobó las leyes antimonopolio como una forma de protección frente a concentraciones excesivas de poder económico. Esta visión promueve una variedad de objetivos, incluida la preservación de los mercados abiertos, la protección de productores y consumidores frente a los abusos monopólicos y la dispersión del control político<sup>177</sup> y económico<sup>178</sup>. En segundo lugar, enfocarse en el bienestar del consumidor pasa por alto todas las otras maneras en que la concentración excesiva puede perjudicarnos: permite a las empresas estrujar a proveedores y productores, pone en riesgo la estabilidad del sistema (por ejemplo, al permitir que las compañías se vuelvan demasiado grandes para quebrar\*)<sup>179</sup> o debilita la diversidad mediática<sup>180</sup>, solo por nombrar algunas. Proteger este conjunto de intereses requiere un enfoque del derecho antimonopolio que se centre en la neutralidad del proceso competitivo y en la apertura de las estructuras de mercado.

173 En *Economics and the Public Purpose*, Galbraith concluyó que la planificación centralizada, más que los mercados abiertos, era la mejor forma de estabilizar las industrias y fomentar la prosperidad. John Kenneth Galbraith, *Economics and the Public Purpose* 55 (1973).

174 Véase Michael Sandel, *Democracy's Discontent* 246 (1996) ("Aunque Nader y sus seguidores no despreciaban, como lo hacía Bork, la tradición cívica del derecho antimonopolio, también fundamentaban sus argumentos en consideraciones de bienestar del consumidor (...) Según Nader, la «relevancia moderna» de la sabiduría antimonopolio tradicional residía en sus consecuencias para «los precios que la gente paga por su pan, gasolina, repuestos de automóviles, medicamentos recetados y viviendas»").

175 Véase Lina Khan, *New Tools To Promote Competition*, *DEMOCRACY* (otoño de 2016), <http://democracyjournal.org/magazine/42/new-tools-to-promote-competition> [http://perma.cc/VZ4N-CZBN].

176 No soy, en absoluto, la única persona que sostiene esto. Véase, por ejemplo, Barry C. Lynn, *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction* (2010); Fox, *supra* nota 38, en 1153–54; Maurice E. Stucke, *Better Competition Advocacy*, 82 *ST. JOHN'S L. REV.* 951, 993 (2008); Stucke, *supra* nota 38, en 564.

177 Para un argumento más reciente a favor de reorientar el derecho antimonopolio, alejándolo de la tecnocracia y acercándolo a la democracia, véase Harry First & Spencer Weber Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*, 81 *FORDHAM L. REV.* 2543, 2544 (2013) ("El derecho antimonopolio también es derecho público diseñado para servir fines públicos. El sistema desequilibrado actual otorga demasiado control a los expertos técnicos, alejando la aplicación del derecho antimonopolio de sus raíces democráticas.").

178 Véase Fox, *supra* nota 38, en 1153–54 ("En lugar de defender la eficiencia, las leyes antimonopolio estadounidenses buscan oponerse al poder privado. La desconfianza hacia el poder es el único terreno común que, a lo largo del tiempo, ha unificado el apoyo a los estatutos antimonopolio. Los intereses de los consumidores han sido una preocupación recurrente porque se los ha percibido como víctimas del abuso de un poder excesivo. Los intereses de los emprendedores y las pequeñas empresas han sido una preocupación recurrente porque los emprendedores independientes han sido considerados el corazón y la fuerza vital de la libre empresa estadounidense, y la libertad de actividad y oportunidad económica se ha considerado esencial para la preservación del sistema de libre empresa estadounidense. Una idea general ha unificado estas tres preocupaciones (la desconfianza hacia el poder, la preocupación por los consumidores y el compromiso con las oportunidades de los emprendedores): la competencia como proceso. El proceso competitivo es el regulador preferido de los mercados. Si las fuerzas impersonales de la competencia, y no el poder público o privado, determinan el comportamiento y los resultados del mercado, el poder por definición se dispersa, se incrementan las oportunidades e incentivos para las empresas sin poder de mercado y los resultados son aceptables y justos." (citas omitidas)).

\* Nota del traductor: vale la pena notar que las "empresas demasiado grandes para fracasar" son conocidas en inglés, y en algunos círculos hispanoparlantes, como empresas "too big to fail".

179 Para más información sobre esta conexión, véase Simon Johnson & James Kwak, *13 Bankers: The Wall Street Takeover and the Next Financial Meltdown* (2011); y LYNN, *supra* nota 176.

180 El Departamento de Justicia se refirió recientemente a la importancia de la diversidad mediática al demandar para bloquear una fusión entre dos periódicos. Véase Michaela Ross, *Even for Ailing Newspapers, U.S. Says a Monopoly Is a Monopoly*, *BLOOMBERG* (22 de marzo de 2016), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-03-21/tribune-loses-out-on-local-newspaper-deal-over-antitrust-issues> [http://perma.cc/U2E5-ZHM9]. Sobre por qué la política de competencia es importante para promover la diversidad mediática, véase Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, 42 *CONN. L. REV.* 101 (2009).

## C. Promover la competencia requiere un análisis del proceso y la estructura

La adopción por parte de la Escuela de Chicago del bienestar del consumidor como único objetivo del derecho antimonopolio es problemática por al menos dos razones. En primer lugar, como se describió en la Sección II.B, esta idea contradice la historia legislativa, que demuestra que el Congreso aprobó las leyes antimonopolio para poner coto a concentraciones excesivas de poder privado. A su vez, el Congreso reconoció que esta visión protegería una serie de intereses que el enfoque exclusivo en el “bienestar del consumidor” deja de lado. En segundo lugar, al adoptar este nuevo objetivo, la Escuela de Chicago desplazó el énfasis analítico en el *proceso* —las condiciones necesarias para la competencia— hacia el *resultado*, es decir, el bienestar del consumidor<sup>181</sup>. En otras palabras, una preocupación por la estructura (¿está el poder suficientemente distribuido para mantener mercados competitivos?) fue reemplazada por un cálculo (¿aumentaron los precios?)<sup>182</sup>. Este enfoque resulta insuficiente para promover una competencia real, una deficiencia que se amplifica en el caso de las plataformas digitales dominantes.

La doctrina antimonopolio ha evolucionado para reflejar esta redefinición. El requisito de recuperación en los casos de precios predatorio, por ejemplo, refleja la idea de que la competencia solo se ve afectada si el depredador puede, en última instancia, cobrar a los consumidores precios supracompetitivos<sup>183</sup>. Esta lógica es indiferente al proceso y la estructura; mide la salud de la competencia principalmente a través de los efectos sobre los precios y la producción. Lo mismo ocurre respecto de la integración vertical. La visión moderna de la integración supone, en gran medida, la inexistencia de barreras de entrada —un elemento estructural—, presumiendo que cualquier ventaja de la empresa integrada se debe a eficiencias<sup>184</sup>.

En términos más generales, la doctrina moderna asume que el poder de mercado no es intrínsecamente perjudicial y que, en cambio, puede derivar de y generar eficiencias. En la práctica, esto supone que el poder de mercado es benigno, *salvo que* conduzca a precios más altos o a una reducción de la producción —nuevamente pasando por alto las cuestiones relativas al proceso competitivo en favor de cálculos estrechos<sup>185</sup>. En otras palabras, este enfoque reduce las teorías del daño a la cuestión de si una empresa *decide* ejercer su poder de mercado mediante mecanismos basados en precios, sin considerar si la empresa ha *desarrollado* ese poder distorsionando el proceso competitivo de otra manera<sup>186</sup>. Sin embargo, permitir que las empresas acumulen poder de mercado dificulta controlar de manera efectiva el ejercicio de ese poder cuando finalmente se llega a eso. Las compañías pueden explotar su poder de mercado de múltiples formas que distorsionan la competencia sin generar directamente efectos inmediatos sobre los precios o la producción.

Argumento que una mejor manera de entender la competencia consiste en centrarse en el proceso competitivo y la estructura del mercado<sup>187</sup>. Al abogar por enfocarse en la estructura del mercado, no estoy

181 Véase Fox, *supra* nota 152.

182 Para una perspectiva sobre cómo la filosofía de la Escuela de Chicago ha moldeado el derecho antimonopolio, véase en general *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, *supra* nota 106. En su ensayo dentro de esta colección, Richard Schmalensee afirma: “Competencia (...) hoy en día generalmente significa bienestar del consumidor o bienestar total.” Richard Schmalensee, *Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust*, en *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, *supra* nota 106, en 17.

183 Véase *supra* Section I.A.

184 Véase Bork, *supra* nota 32, en 278 (“A falta del poder para restringir la producción, la decisión de eliminar la rivalidad solo puede tomarse con el fin de lograr eficiencia.”); véase *supra* Section I.B.

185 Véase Hovenkamp, *supra* nota 57, en 359 (“El principio rector de la crítica de la Escuela de Chicago al paradigma S-C-P era que el poder de mercado no es intrínsecamente algo malo. De hecho, a menudo el poder de mercado, así como la alta concentración, resultan de la eficiencia”).

186 Una línea argumental sostiene que la concentración del control privado —y el poder que otorga a unos pocos sobre nuestra economía— es, en sí misma, problemática, y que la forma en que quienes detentan este poder eligen ejercerlo es irrelevante. Véase, por ejemplo, *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 536 (1948) (Douglas, J., en disenso) (“En última instancia, el tamaño en la industria del acero es la medida del poder de un puñado de hombres sobre nuestra economía. Ese poder puede ser utilizado con rapidez fulminante. Puede ser benigno o puede ser peligroso. La filosofía de la *Sherman Act* es que dicho poder no debería existir.”).

187 No soy la primera en sostener que preservar un proceso competitivo es esencial para promover la competencia. Véase, por ejemplo, Fox, *supra* nota 38, en 1152-54. Mi aporte aquí consiste en (1) identificar cómo un enfoque basado en el bienestar del consumidor no logra

defendiendo un retorno estricto al paradigma estructura-conducta-desempeño. Más bien, sostengo que intentar evaluar la competencia sin reconocer el papel de la estructura es un error. Esto se debe a que el mejor garante de la competencia es un proceso competitivo, y si acaso un mercado es competitivo o no, es algo que está inextricablemente vinculado —aunque no determinado en forma exclusiva— a la manera en que dicho mercado está estructurado. En otras palabras, un análisis del proceso competitivo y de la estructura del mercado ofrece una mejor comprensión del estado de la competencia que las mediciones basadas en el bienestar.

Además, este enfoque protegería mejor los distintos intereses que el Congreso buscó promover mediante la preservación de mercados competitivos, como se describió en la Sección II.B. Fundamentales para estos intereses son la distribución de la propiedad y del control —cuestiones ineludiblemente estructurales. Promover un proceso competitivo también minimiza la necesidad de intervención regulatoria. Este enfoque asigna al Estado la tarea de crear condiciones de base, en lugar de intervenir para fabricar o alterar los resultados<sup>188</sup>.

En la práctica, adoptar este enfoque implicaría evaluar una serie de factores que ofrecen información sobre la neutralidad del proceso competitivo y la apertura del mercado. Estos factores incluyen: (1) las barreras de entrada, (2) los conflictos de interés, (3) la aparición de intermediarios o cuellos de botella, (4) el uso y control de los datos, y (5) las dinámicas de poder de negociación. Un enfoque que tomara en serio estos factores implicaría llevar a cabo un análisis de cómo está estructurado un mercado y si una sola empresa ha adquirido suficiente poder para distorsionar los resultados competitivos<sup>189</sup>. Las preguntas clave que surgen de estos factores serían: ¿En qué líneas de negocio participa una empresa y cómo interactúan estas entre sí? ¿La estructura del mercado crea o refleja relaciones de dependencia? ¿Ha surgido un actor dominante que es un intermediario ineludible (*gatekeeper*), poniéndose así en riesgo la competencia?

Prestar atención a los factores estructurales y al proceso competitivo es especialmente importante en el contexto de las plataformas digitales, donde las mediciones basadas en precios son inadecuadas para captar las dinámicas del mercado, particularmente dada la función y el uso de los datos<sup>190</sup>. A medida que las plataformas de internet median una proporción cada vez mayor, tanto de la comunicación como de la actividad comercial, asegurar que nuestro marco refleje cómo funciona realmente la competencia en estos mercados resulta esencial. A continuación, documento las facetas del poder de Amazon, rastreo el origen de su crecimiento y analizo los efectos de su dominio. Hacerlo desde la perspectiva de la estructura y el proceso permite comprender la estrategia de la empresa e iluminar los aspectos anticompetitivos de su modelo de negocio.

### III. LA ESTRATEGIA COMERCIAL DE AMAZON

Amazon ha establecido su dominio como plataforma en línea gracias a dos elementos de su estrategia comercial: una disposición a sostener pérdidas e invertir agresivamente a costa de los beneficios, y

---

detectar ni disuadir los daños anticompetitivos en el contexto de las plataformas de internet, y así (2) destacar la necesidad de un enfoque basado en el proceso aplicado a dichas plataformas, y (3) detallar que este enfoque basado en el proceso prestaría especial atención a las barreras de entrada, los conflictos de interés, la aparición de intermediarios y cuellos de botella, el uso y control de los datos, y las dinámicas de poder de negociación.

188 Esta es una de las líneas argumentales que el presidente Franklin Roosevelt presentó en favor de una aplicación enérgica del derecho antimonopolio. En un discurso ante el Congreso en 1938, afirmó: "El *enforcement* de la libre competencia es el menor grado de regulación que las empresas pueden esperar." Franklin D. Roosevelt, *Message to Congress on Curbing Monopolies*, AM. PRESIDENCY PROJECT, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15637> [<http://perma.cc/WP9P-83RF>].

189 Por "distorsionar", me refiero a que un solo actor posee suficiente control para dictar los resultados. Esta es la definición ofrecida por Milton Friedman, figura influyente en la escuela neoclásica. Véase Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* 119-20 (2002) ("El monopolio existe cuando un individuo o empresa específica tiene suficiente control sobre un producto o servicio particular para determinar de manera significativa las condiciones bajo las cuales otros individuos tendrán acceso a él."). La Escuela de Chicago acepta esta definición en relación con el precio y la producción, pero ignora otras métricas de control.

190 Véase Stucke & Grunes, *supra* nota 47, en 107-09.

la integración a través de múltiples líneas de negocio<sup>191</sup>. Estos aspectos de su estrategia son, a la vez, independientemente importantes y estrechamente interdependientes; de hecho, una de las razones por las cuales ha podido expandirse a tantas áreas es su disposición a renunciar a los retornos. Esta estrategia —buscar mayores cuotas de mercado a expensas de los beneficios a corto plazo— desafía el supuesto de la Escuela de Chicago sobre actores de mercado racionales y orientados al lucro. Más aún, la decisión de Amazon de sostener pérdidas importantes mientras se integra en múltiples sectores sugiere que, para comprender plenamente la empresa y el poder estructural que está acumulando, debemos verla como una entidad integrada. Intentar evaluar el rol de la compañía en el mercado aislando una línea de negocio específica y analizando los precios en ese segmento no logra captar ni (1) la verdadera dimensión del dominio de la empresa ni (2) las formas en que puede aprovechar las ventajas obtenidas en un sector para impulsar su negocio en otro.

## A. La disposición a renunciar a ganancias para así establecer su dominio

Recientemente, Amazon ha comenzado a reportar ganancias constantes, en gran medida gracias al éxito de Amazon Web Services (AWS), su negocio de computación en la nube<sup>192</sup>. Su negocio minorista en Norteamérica opera con márgenes mucho más reducidos, y su negocio minorista internacional todavía funciona con pérdidas<sup>193</sup>. Pero durante la gran mayoría de sus veinte años de existencia, las pérdidas —no las ganancias— fueron la norma. Hasta 2013, Amazon había generado un ingreso neto positivo en poco más de la mitad de sus trimestres financieros reportados. Incluso en los trimestres en los que registró números positivos, sus márgenes fueron mínimos, a pesar de un crecimiento sorprendente. El siguiente gráfico refleja la tendencia general.

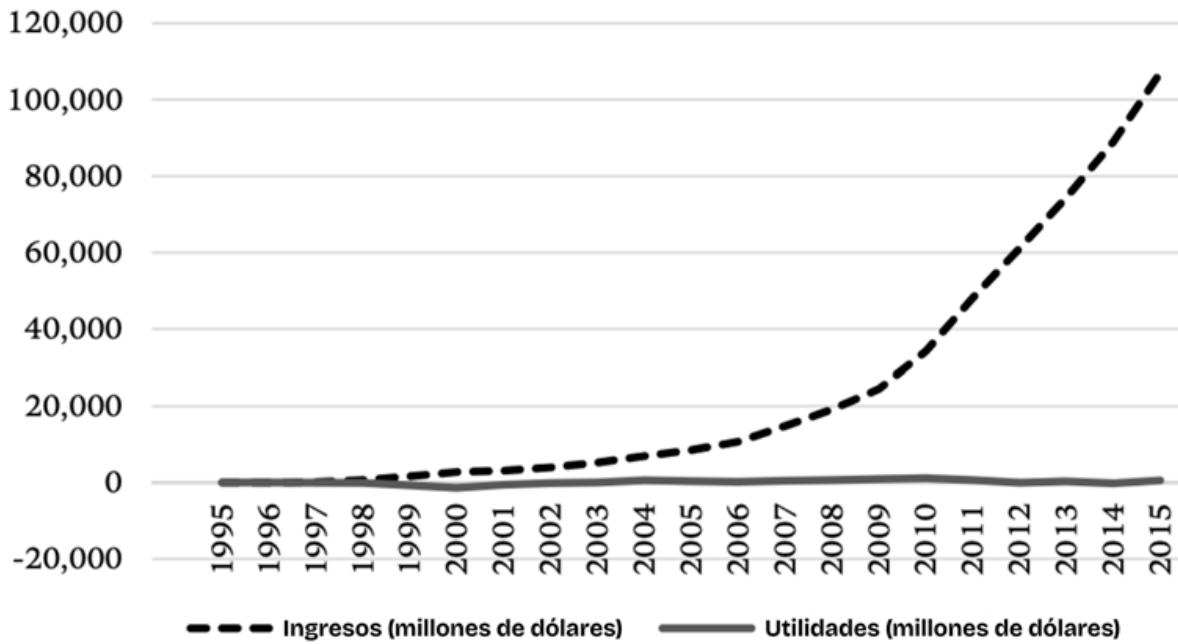
---

<sup>191</sup> Se utiliza el término “dominio” para denotar que la empresa controla una proporción significativa de la actividad del mercado en un sector. No se pretende atribuir el significado jurídico que a veces se asocia con el término “dominancia.”

<sup>192</sup> Véase Greg Bensinger, *Cloud Unit Pushes Amazon To Record Profit*, *WALL ST. J.* (28 de abril de 2016, 7:31 PM), <http://www.wsj.com/articles/amazon-reports-surge-in-profit-1461874333> [http://perma.cc/L4QS-RJ26] (“Las ventas de la división de nube aumentaron un 64% hasta alcanzar los 2,57 mil millones de dólares. Aunque esto representa menos de una décima parte de los ingresos totales de Amazon, [Amazon Web Services] generó el 67% de los ingresos operativos de la compañía en el trimestre.”).

<sup>193</sup> *Id.*

**Figura 1: Precios de Amazon<sup>194</sup>**



Tan llamativa como la falta de interés de Amazon en generar ganancias ha sido la disposición de los inversionistas a respaldar a la empresa<sup>195</sup>. Con excepción de unos pocos trimestres en 2014, los accionistas de Amazon han inyectado dinero pese a la inclinación de la compañía por registrar pérdidas. De manera habitual, Amazon reportaba pérdidas y, aun así, el precio de sus acciones se disparaba<sup>196</sup>. Como dijo un analista al *New York Times*, “El precio de las acciones de Amazon no parece estar correlacionado con su desempeño real de ninguna manera”<sup>197</sup>.

Analistas y periodistas han dedicado una cantidad considerable de tinta a tratar de entender este fenómeno. Como bromeó un comentarista en una publicación ampliamente difundida: “Amazon, según mi mejor juicio, es una organización caritativa que actúa en beneficio de los consumidores y es dirigida por algunos inversionistas”<sup>198</sup>.

194 *Amazon's Profits*, BEN-EVANS (agosto de 2013), <http://ben-evans.com/benedictevans/2013/8/8/amazons-profits> [<http://perma.cc/G5jC-7XBL>]; *Amazon.com Inc.*, MARKETWATCH, <http://www.marketwatch.com/investing/stock/amzn/historical> [<http://perma.cc/JW97-A624>].

195 Véase Streitfeld, *supra* nota 1 (“En sus 16 años como empresa pública, Amazon ha recibido un permiso único de Wall Street para concentrarse en expandir su infraestructura, aumentando los ingresos a expensas de tener ganancias. Los accionistas han impulsado las acciones de Amazon hasta un nivel récord, aunque la empresa apenas obtiene ganancias marginales. Los beneficios siempre se prometían para mañana.”).

196 Véase, por ejemplo, Justin Dini, *Amazon Losses Widen but Shares Rise After-Hours*, THESTREET (2 de febrero de 2000, 7:01 PM), <http://www.thestreet.com/story/875924/1/amazon-losses-widen-but-shares-rise-after-hours.html> [<http://perma.cc/P6HJ-3VDG>]; Quick Pen, *What's Driving the Amazon Stock Up Despite 188% Full Year Income Drop?*, GURUFOCUS (8 de febrero de 2015), <http://www.gurufocus.com/news/315124/whats-driving-the-amazon-stock-up-despite-188-full-year-income-drop> [<http://perma.cc/K6Fj-JWNA>].

197 David Streitfeld, *Amazon Reports Unexpected Profit, and Stock Soars*, N.Y. TIMES (23 de julio de 2015), <http://www.nytimes.com/2015/07/24/technology/amazon-earnings-q2.html> [<http://perma.cc/WJX9-CYG7>]; véase también Philip Elmer-DeWitt, *This Is What Drives Apple Investors Nuts About Amazon*, FORTUNE (24 de julio de 2015, 2:58 PM), <http://fortune.com/2015/07/24/apple-amazon-profits> [<http://perma.cc/56U5-Z2E3>] (observando lo mismo).

198 Matthew Yglesias, *Amazon Profits Fall 45 Percent, Still the Most Amazing Company in the World*, SLATE: MONEYBOX (29 de enero de 2013, 4:23 PM), [http://www.slate.com/blogs/moneybox/2013/01/29/amazon\\_q4\\_profits\\_fall\\_45\\_percent.html](http://www.slate.com/blogs/moneybox/2013/01/29/amazon_q4_profits_fall_45_percent.html) [<http://perma.cc/J8AZ-R9S6>].

En cierto modo, el desconcierto es innecesario: la trayectoria de Amazon refleja la filosofía empresarial que Bezos expuso desde el principio. En su primera carta a los accionistas, Bezos escribió:

"Creemos que una medida fundamental de nuestro éxito será el valor para los accionistas que generemos a largo plazo. Este valor será un resultado directo de nuestra capacidad para ampliar y consolidar nuestra posición actual de liderazgo en el mercado (...) Nos evaluamos primero en función de las métricas más indicativas de nuestro liderazgo en el mercado: el crecimiento de clientes e ingresos, el grado en que nuestros clientes continúan comprando de forma recurrente y la fortaleza de nuestra marca. Hemos invertido y continuaremos invirtiendo agresivamente para ampliar y aprovechar nuestra base de clientes, marca e infraestructura a medida que avanzamos para establecer una franquicia duradera"<sup>199</sup>.

En otras palabras, la premisa del modelo de negocio de Amazon era operar a gran escala. Para alcanzar esa escala, la empresa priorizó el crecimiento. Bajo este enfoque, la inversión agresiva sería clave, incluso si implicaba reducir los precios o gastar miles de millones en expandir su capacidad, con el fin de convertirse en el único punto de compra de los consumidores. Este enfoque significaba que Amazon "podría tomar decisiones y evaluar *trade-offs*" de manera diferente a otras empresas", advirtió Bezos<sup>200</sup>. "En esta etapa, elegimos priorizar el crecimiento porque creemos que la escala es fundamental para alcanzar el potencial de nuestro modelo de negocio"<sup>201</sup>.

El insistente énfasis en el "liderazgo de mercado" (Bezos utiliza el término seis veces en la breve carta)<sup>202</sup> señalaba que Amazon pretendía dominar. Y, según muchos indicadores, Amazon ha logrado ese objetivo. Su crecimiento anual de ingresos supera ampliamente al de otros minoristas en línea<sup>203</sup>. A pesar de los esfuerzos de grandes competidores como Walmart, Sears y Macy's por fortalecer sus operaciones digitales, ningún rival ha conseguido acercarse a la participación de mercado que Amazon parece acaparar<sup>204</sup>.

Uno de los principales mecanismos mediante los cuales Amazon ha construido una ventaja significativa es Amazon Prime, el programa de fidelización de la empresa, en el que ha invertido de manera agresiva. Lanzado en 2005, Amazon Prime comenzó ofreciendo a los consumidores envíos ilimitados en dos días por una tarifa anual de 79 dólares<sup>205</sup>. En los años siguientes, Amazon incorporó otros beneficios, como el arriendo de libros electrónicos, la transmisión de música y video, y la entrega en una hora o el mismo día. El

199 Jeffrey P. Bezos, *Letter to Shareholders, AMAZON.COM, INC.* (30 de marzo de 1998), [http://media.corporate-ir.net/media\\_files/irol/97/97664/reports/Shareholderletter97.pdf](http://media.corporate-ir.net/media_files/irol/97/97664/reports/Shareholderletter97.pdf) [http://perma.cc/793G-YML7].\* Nota del traductor: aquí se optó por dejar el término "trade off" en su idioma original pues no existe una traducción equivalente al castellano, y porque en ciertos círculos se ha vuelto un término de uso común. Este término se refiere una situación en que se pierde algo para ganar otra cosa. Por ejemplo, a la hora de manejar, puede haber un trade off entre la seguridad al volante y la rapidez con la que se llega a destino.

200 *Id.* en 2.

201 *Id.*

202 *Id.* en 1-2.

203 Tonya Garcia, *Amazon Accounted for 60% of U.S. Online Sales Growth in 2015*, MARKETWATCH (3 de mayo de 2016, 3:17 PM), <http://www.marketwatch.com/story/amazon-accounted-for-60-of-online-sales-growth-in-2015-2016-05-03> [http://perma.cc/8C5W-8NYW] ("Amazon representa un mayor porcentaje del comercio electrónico en EE.UU. que cualquier otro actor, y su crecimiento minorista ha superado el crecimiento general del comercio electrónico."); véase también *The Everything Shipper: Amazon and the New Age of Delivery*, BI INTELLIGENCE (5 de junio de 2016), <http://www.businessinsider.com/the-everything-shipper-amazon-and-the-new-age-of-delivery-2016-6> [http://perma.cc/2SGJ-5ADY].

204 Véase Phil Wahba, *This Chart Shows Just How Dominant Amazon Is*, FORTUNE (6 de noviembre de 2015, 11:48 AM), <http://fortune.com/2015/11/06/amazon-retailers-ecommerce> [http://perma.cc/9YPV-SKM5]. El hecho de que Amazon estuviera exenta de impuestos sobre las ventas durante los primeros quince años de su existencia le otorgó una ventaja de precios del 8-10% frente a las tiendas físicas. Sin embargo, su ventaja de precios frente a minoristas tradicionales y en línea ha sido y sigue siendo mucho mayor que un 8-10%. Una reseña de una nueva herramienta de comparación de precios señalaba: "Y, como era de esperar, informó que Amazon tenía efectivamente los mejores precios para casi todo lo que buscamos." Zach Epstein, *Amazon Isn't Always the Cheapest Option—Here's How To Find the Best Prices*, BGR (17 de julio de 2014, 12:55 PM), <http://bgr.com/2014/07/17/amazon-price-comparison-tool-lowest-price> [http://perma.cc/J7P3-BBY5].

205 Dawn Kawamoto, *Amazon Unveils Flat-Fee Shipping*, CNET (2 de febrero de 2005), <http://www.cnet.com/news/amazon-unveils-flat-fee-shipping> [http://perma.cc/Q8FS-7SQ7].

programa se ha convertido, probablemente, en el principal motor de crecimiento del minorista<sup>206</sup>. Amazon no revela el número exacto de suscriptores de Prime, pero los analistas estiman que la cifra ha alcanzado los 63 millones, 19 millones más que en 2015<sup>207</sup>. La membresía se duplicó entre 2011 y 2013, y los analistas prevén que “fácilmente volverá a duplicarse para 2017”<sup>208</sup>. Para 2020, se estima que la mitad de los hogares estadounidenses podría estar suscrita<sup>209</sup>.

Como en otros de sus emprendimientos, Amazon perdió dinero con *Prime* para atraer suscripciones. En 2011 se estimaba que cada suscriptor le costaba a Amazon al menos 90 dólares al año —55 dólares en envíos y 35 en video digital—, por lo que la compañía asumía una pérdida anual de 11 dólares por cliente<sup>210</sup>. Un experto en Amazon calculó que la empresa ha estado perdiendo entre 1.000 y 2.000 millones de dólares al año en membresías Prime<sup>211</sup>. El costo total de Amazon Prime es aún mayor, dado que la compañía ha invertido fuertemente en bodegas, centros de distribución y camiones, como parte de su plan para acelerar las entregas a los clientes Prime, gastos que con frecuencia la empujan a números rojos<sup>212</sup>.

A pesar de estas pérdidas —o quizás precisamente por ellas—, *Prime* es considerado fundamental para el crecimiento de Amazon como minorista en línea. Según los analistas, los clientes aumentan sus compras en Amazon aproximadamente un 150% después de convertirse en miembros de Prime<sup>213</sup>. Los miembros de *Prime* constituyen el 47% de los compradores estadounidenses de Amazon<sup>214</sup>. Además, los miembros de Amazon Prime gastan más en el sitio web de la compañía: gastan en promedio 1.500 dólares anuales, frente a los 625 dólares anuales que gastan los usuarios que no son miembros de Prime<sup>215</sup>. Los expertos en negocios señalan que, al ofrecer envíos gratuitos, *Prime* “elimina con éxito el principal obstáculo del consumidor en las compras en línea”<sup>216</sup>. Asimismo, la tarifa anual incentiva a los clientes a realizar más compras en Amazon con el fin de maximizar el retorno de su inversión<sup>217</sup>.

206 También ha sido una fuerza clave en el aumento del precio de las acciones de Amazon. “Los analistas describen Prime como uno de los principales factores que impulsan el precio de las acciones de Amazon —que ha subido un 296% en los últimos dos años— y la principal razón por la que las ventas de Amazon crecieron un 30% durante la recesión, mientras otros minoristas fracasaban.” Brad Stone, *What's in Amazon's Box? Instant Gratification*, BLOOMBERG BUSINESSWEEK (24 de noviembre de 2010, 5:00 PM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-11-24/whats-in-amazons-box-instant-gratification> [<http://perma.cc/Q7VL-95DQ>]; véase también Tom DiChristopher, *Prime Will Grow Amazon Revenue Longer than You Think: Analyst*, CNBC (11 de septiembre de 2015, 11:01 AM), <http://www.cnbc.com/2015/09/11/prime-will-grow-amazon-revenue-longer-than-you-think-analyst.html> [<http://perma.cc/QG8H-Z4A6>] (“Durante la conferencia de resultados del segundo trimestre de Amazon, la administración señaló que el crecimiento de la adopción de Prime fue uno de los factores detrás de la aceleración del crecimiento de los ingresos nacionales e internacionales”).

207 Devin Leonard, *Will Amazon Kill FedEx?*, BLOOMBERG (31 de agosto de 2016), <http://www.bloomberg.com/features/2016-amazon-delivery> [<http://perma.cc/GF8F-D3BE>].

208 Brad Tuttle, *Amazon Prime: Bigger, More Powerful, More Profitable than Anyone Imagined*, TIME (18 de marzo de 2013), <http://business.time.com/2013/03/18/amazon-prime-bigger-more-powerful-more-profitable-than-anyone-imagined> [<http://perma.cc/WNL5-MC29>].

209 Dan Frommer, *Half of US Households Could Have Amazon Prime by 2020*, QUARTZ (26 de febrero de 2015), <http://qz.com/351726/half-of-us-households-could-have-amazon-prime-by-2020> [<http://perma.cc/ZW4Z-47UY>].

210 Stu Woo, *Amazon 'Primes' Pump for Loyalty*, WALL ST. J. (14 de noviembre de 2011), <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052970203503204577036102353359784> [<http://perma.cc/87WW-TVNW>].

211 Deepa Seetharaman & Nathan Layne, *Free Delivery Creates Holiday Boon for U.S. Consumers at High Cost*, REUTERS (2 de enero de 2015, 12:22 PM), <http://www.reuters.com/article/us-retail-shipping-holidays-analysis-idUSKBN0KB0P720150102> [<http://perma.cc/CPH8-932W>].

212 Véase Elizabeth Weise, *Amazon Prime Is Big, but How Big?*, USA TODAY (3 de febrero de 2015, 1:31 PM), <http://www.usatoday.com/story/tech/2015/02/03/amazon-prime-10-years-old-anniversary/22755509> [<http://perma.cc/5K2A-M3HA>]. Las presentaciones de Amazon ante la SEC muestran que sus costos de envío han aumentado como porcentaje de las ventas cada año desde 2009. Véase *Amazon.com, Inc.*, *supra* nota 9, en 26; *Amazon.com, Inc.*, *Annual Report (Form 10-K) 25* (30 de enero de 2013), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312513028520/d445434d10k.htm> [<http://perma.cc/RX85-5RJ3>]; *Amazon.com, Inc.*, *Annual Report (Form 10-K) 27* (29 de enero de 2010), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312510016098/d10k.htm> [<http://perma.cc/L27R-CHUY>].

213 Stone, *supra* nota 206.

214 Brad Tuttle, *How Amazon Prime Is Crushing the Competition*, TIME (25 de enero de 2016), <http://time.com/money/4192528/amazon-prime-subscribers-spending> [<http://perma.cc/Y9VT-VHD5>].

215 Chad Rubin, *The Evolution of Amazon Prime and Their Followed Success*, SKUBANA (31 de marzo de 2016), <http://www.skubana.com/e-commerce-trends/evolution-of-amazon-prime> [<http://perma.cc/T9FT-C6V8>].

216 Ben Fox Rubin, *As Amazon Marks 20 Years, Prime Grows to 44 Million Members in US*, CNET (15 de julio de 2015, 4:26 AM), <http://www.cnet.com/news/amazon-prime-grows-to-estimated-44-million-members-in-us> [<http://perma.cc/CEQ8-G996>].

217 Véase Brad Tuttle, *How Amazon Gets You To Stop Shopping Anywhere Else*, TIME (1 de diciembre de 2010), <http://business.time.com/2010/12/01/how-amazon-gets-you-to-stop-shopping-anywhere-else> [<http://perma.cc/GLQ2-65AT>].

Como resultado, los usuarios de Amazon Prime son tanto más propensos a comprar en su plataforma como menos propensos a comprar en otros sitios. "El [63%] de los miembros de Amazon Prime realiza una transacción pagada en el sitio durante la misma visita", en comparación con solo 13% de los usuarios no miembros<sup>218</sup>. En el caso de Walmart y Target, esas cifras son del 5% y 2%, respectivamente<sup>219</sup>. Un estudio encontró que menos del 1% de los miembros de Amazon Prime considera visitar sitios minoristas competidores durante la misma sesión de compra. Por el contrario, los usuarios que no son miembros de *Prime* tienen ocho veces más probabilidades que los miembros de *Prime* de comprar tanto en Amazon como en Target en la misma sesión<sup>220</sup>. En palabras de un ex empleado de Amazon que trabajó en el equipo de Prime: "Nunca se trató de los 79 dólares. En el fondo se trataba de cambiar la mentalidad de las personas con tal de que no fueran a comprar a otro lado"<sup>221</sup>. En ese sentido, Amazon Prime parece haber resultado exitoso<sup>222</sup>.

En 2014, Amazon aumentó la tarifa de membresía de *Prime* a 99 dólares<sup>223</sup>. La medida provocó cierto descontento entre los consumidores, pero el 95% de los miembros de *Prime* encuestados declaró que definitivamente o probablemente renovaría su suscripción de todas formas<sup>224</sup>, lo que sugiere que Amazon ha logrado una adhesión significativa y que ningún competidor ofrece actualmente un servicio comparativamente valioso a un precio menor. Sin embargo, esto también podría reflejar lo "pegajosos" que son los patrones de consumo en línea. Aunque la competencia por los servicios digitales pueda parecer estar "a solo un clic de distancia", investigaciones sobre las tendencias conductuales demuestran que el "costo de cambio" asociado a modificar servicios web puede, en realidad, ser bastante alto<sup>225</sup>.

Sin duda, el dominio de Amazon se debe en parte a su ventaja de pionero (*first-mover*) como empresa precursora del comercio electrónico a gran escala. Pero, en varios aspectos clave, Amazon ha alcanzado su posición mediante reducciones drásticas de precios e inversiones masivas en la expansión de sus operaciones, ambas a costa de las utilidades. El hecho de que Amazon haya estado dispuesta a sacrificar beneficios en favor del crecimiento debilita uno de los supuestos centrales de la doctrina contemporánea sobre precios predatores, la cual presume que la depredación es irracional precisamente porque las empresas priorizan las ganancias sobre el crecimiento<sup>226</sup>. De este modo, la estrategia de Amazon le ha permitido emplear tácticas de precios predatores sin activar el escrutinio de las leyes que buscan sancionar dichas prácticas.

## B. Expansión hacia múltiples líneas de negocio

Otro elemento clave de la estrategia de Amazon —y uno parcialmente posibilitado por su capacidad de prosperar a pesar de registrar pérdidas— ha sido expandirse agresivamente hacia múltiples líneas de negocio<sup>227</sup>. Además de ser un minorista, Amazon es una plataforma de marketing, una red de distribución y

218 Clare O'Connor, *Walmart and Target Being Crowded Out Online by Amazon Prime*, *FORBES* (6 de abril de 2015, 12:59 PM), <http://www.forbes.com/sites/clareoconnor/2015/04/06/walmart-and-target-being-crowded-out-online-by-amazon-prime> [http://perma.cc/CM2E-GPER].

219 *Id.*

220 *Id.*

221 Stone, *supra* nota 206.

222 Véase Tuttle, *supra* nota 217 ("Lo que este programa ha logrado es algo que normalmente resulta muy difícil: ha cambiado los hábitos de los consumidores y, quizás más notablemente, los ha cambiado de una manera que beneficia únicamente a Amazon. El servicio es mejor que cualquier promoción gratuita, que incluso si logra atraer tráfico al sitio web, tiene corta duración. En cambio, el programa de membresía Prime consigue que los consumidores adquieran el hábito regular de al menos consultar Amazon antes de realizar cualquier compra en línea").

223 Greg Bensinger, *Amazon Raises Prime Subscription Price to \$99 a Year*, *WALL ST. J.* (13 de marzo de 2014, 7:22 PM), <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303546204579436903309411092> [http://perma.cc/33TK-76GS].

224 Lance Whitney, *Amazon Prime Members Will Renew Despite Price Hike, Survey Finds*, *CNET* (23 de julio de 2014), <http://www.cnet.com/news/amazon-prime-members-will-almost-all-renew-despite-price-increase> [http://perma.cc/Z585-YU8P].

225 Véase Adam Candeub, *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, 9 *I/S* 407, 409 (2014) ("[E]l comportamiento del comercio en línea puede diferir del mundo del comercio tradicional (...). En particular, las tendencias conductuales relacionadas con los hábitos y los costos de información pueden alterar los supuestos económicos convencionales").

226 Como escribió el juez White en su disidencia en *Matsushita*, "El Tribunal, al analizar la improbabilidad de una conspiración depredatoria, también asume constantemente que los peticionarios valoraban la maximización de beneficios por encima del crecimiento." *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 604 (1986) (White, J., disidente).

logística, un servicio de pago, un prestamista de crédito, una casa de subastas, una importante editorial, una productora de televisión y cine, una diseñadora de moda, un fabricante de hardware y una de las principales proveedoras de espacio y capacidad de cómputo en la nube<sup>228</sup>. En la mayoría de los casos, Amazon se ha expandido hacia estas áreas adquiriendo empresas existentes<sup>229</sup>.

La participación en múltiples líneas de negocio interrelacionadas significa que, en muchos casos, los rivales de Amazon son también sus clientes. Por ejemplo, los minoristas que compiten con ella en la venta de productos pueden, a su vez, utilizar sus servicios de entrega; y las empresas de medios que compiten en la producción o comercialización de contenido pueden usar su plataforma o su infraestructura en la nube. En un nivel básico, este esquema genera conflictos de interés, dado que Amazon se encuentra en posición de favorecer sus propios productos sobre los de sus competidores.

De manera crucial, Amazon no solo se ha integrado a través de determinadas líneas de negocio, sino que también ha emergido como una infraestructura central de la economía digital. Los informes sugieren que esto formó parte de la visión de Bezos desde el principio. Según los primeros empleados de Amazon, cuando el director ejecutivo fundó la empresa, “sus objetivos subyacentes no eran crear una librería en línea ni un minorista en línea, sino más bien una empresa que funcionalmente ocupara el rol de un servicio público (*utility*) que se volviera esencial para el comercio”<sup>230</sup>. En otras palabras, el cliente objetivo de Bezos no eran solo los consumidores finales, sino también otras empresas.

Amazon controla infraestructura crítica fundamental para la economía digital, de formas que resultan difíciles de replicar o competir para los nuevos entrantes. Esto le otorga a la compañía una ventaja clave sobre sus rivales: los competidores de Amazon han terminado dependiendo de ella. Al igual que su disposición a soportar pérdidas, este aspecto de su poder desconcierta bastante al análisis antimonopolio contemporáneo, el cual asume que las empresas racionales buscan expulsar a sus rivales del mercado. El juego de Amazon es más sofisticado. Al volverse indispensable para el comercio electrónico, Amazon logra tener relaciones de negocio con sus propios rivales, incluso mientras compite con ellos. Además, Amazon obtiene información de estos competidores en su calidad de proveedor de servicios, la cual puede utilizar para ganar una ventaja adicional sobre ellos como rivales, consolidando así aún más su posición dominante.

## IV. ESTABLECIMIENTO DE UNA DOMINANCIA ESTRUCTURAL

Amazon controla actualmente el 46% de todo el comercio electrónico en Estados Unidos<sup>231</sup>. No solo es el minorista de gran escala que crece con mayor rapidez, sino que además su expansión supera el crecimiento general del comercio electrónico<sup>232</sup>. En 2010, la empresa empleaba a 33.700 trabajadores; para junio de

227 En efecto, para dimensionar la amplitud de Amazon, resulta útil observar la variedad de actores que la empresa incluye entre sus “competidores actuales y potenciales”: (1) minoristas (en línea y en el comercio tradicional), editores, proveedores, distribuidores, fabricantes y productores de los productos ofrecidos y vendidos a consumidores y empresas; (2) editores, productores y distribuidores de medios físicos, digitales e interactivos de todo tipo y en todos los canales de distribución; (3) motores de búsqueda, sitios web de comparación de precios, redes sociales, portales web y otros medios en línea o basados en aplicaciones para descubrir, usar o adquirir bienes y servicios, ya sea directamente o en colaboración con otros minoristas; (4) empresas que prestan servicios de comercio electrónico, incluido el desarrollo de sitios web, publicidad, cumplimiento de pedidos, servicio al cliente y procesamiento de pagos; (5) empresas que ofrecen servicios de cumplimiento y logística para sí mismas o para terceros, en línea o fuera de línea; (6) empresas que ofrecen servicios o productos de tecnología de la información, incluida la infraestructura local o basada en la nube y otros servicios; y (7) empresas que diseñan, fabrican, comercializan o venden productos electrónicos de consumo, telecomunicaciones y dispositivos electrónicos. *Amazon.com, Inc., Annual Report (Form 10-K)* 4 (6 de abril de 2016), <http://phx.corporate-ir.net/External.File?item=UGFyZW50SUQ9NjI4NT-g0fENoaWxkSUQ9MzI5NTMwfFR5cGU9MQ==&t=1> [http://perma.cc/96HQ-TZDT].

228 Véase, en general, *id.* (describiendo los negocios de Amazon).

229 Hasta 2012, Amazon había adquirido o invertido en más de setenta empresas. Véase Sucharita Mulpuru & Brian K. Walker, *Why Amazon Matters Now More Than Ever* 5 (2012).

230 *Id.* en 17.

231 Véase LaVecchia & Mitchell, *supra* nota 6, en 1.

2016, esa cifra había aumentado a 268.900<sup>233</sup>. Goza de un éxito vertiginoso incluso en sectores a los que ingresó recientemente. Por ejemplo, se espera que la compañía triplique su participación en el mercado de vestimenta de EE. UU. en los próximos cinco años<sup>234</sup>. Las ventas de vestuario de Amazon aumentaron recientemente en 1.100 millones de dólares, incluso cuando las ventas en línea de los seis grandes almacenes más importantes de Estados Unidos cayeron en más de 500 millones de dólares<sup>235</sup>.

Estas cifras, por sí solas, son impresionantes, pero no reflejan plenamente el alcance del rol y el poder de Amazon. Su disposición a mantener pérdidas e invertir agresivamente a costa de obtener beneficios, junto con su integración transversal en diversos sectores, le ha permitido establecer una posición estructuralmente dominante en el mercado.

En las secciones siguientes, describo varios ejemplos de la conducta de Amazon que ilustran cómo la empresa ha establecido su dominancia estructural<sup>236</sup>. Estos ejemplos —su gestión de los libros electrónicos (*e-books*) y su disputa con un minorista independiente en línea— se centran en prácticas de precios predatores. Dichos casos muestran las maneras en que Amazon puede beneficiarse de tácticas de precios predatores, incluso si la empresa no eleva el precio de los productos con los cuales perdió dinero. Otros ejemplos, como *Fulfillment by Amazon* (FBA) y Amazon Marketplace, demuestran cómo la compañía se ha convertido en una empresa de infraestructura, tanto para la entrega física como para el comercio electrónico, y cómo esta integración vertical afecta la competencia en el mercado. Estos casos evidencian cómo Amazon puede utilizar su papel como proveedor de infraestructura para favorecer sus otras líneas de negocio. Asimismo, demuestran cómo las altas barreras de entrada dificultan que competidores potenciales ingresen en estos ámbitos, consolidando la dominancia de Amazon en el futuro previsible. Los cuatro ejemplos plantean serias dudas sobre la capacidad del derecho antimonopolio contemporáneo para identificar y abordar las amenazas anticompetitivas que plantean Amazon y otras plataformas digitales dominantes.

## **A. Precios por debajo del costo en *bestsellers* de *e-books* y los límites del análisis contemporáneo del requisito de la recuperación**

Amazon ingresó al mercado de los libros electrónicos fijando precios de los libros más vendidos (*bestsellers*) por debajo del costo. Aunque esta estrategia de precios le permitió establecer una posición dominante en dicho mercado, las autoridades consideraron inocua la reducción de precios de Amazon, centrándose en la rentabilidad agregada de los libros electrónicos y calificando la fijación de precios de *bestsellers* como *loss leading* antes que como fijación de precios predatores. La incapacidad de reconocer la conducta de Amazon como anticompetitiva deriva de un malentendido general sobre los mercados en línea y, en particular, sobre la estrategia específica de Amazon. El análisis de las cuestiones planteadas en este caso sugiere, además, que Amazon podría recuperar sus pérdidas mediante mecanismos que el análisis antimonopolio actual no logra captar.

232 Tiernan Ray, *Amazon: All Retail's SKUs Are Belong to Them, Goldman Tells CNBC*, BARRON'S: TECH TRADER DAILY (16 de junio de 2016, 11:40 AM), <http://blogs.barrons.com/techtraderdaily/2016/06/16/amazon-all-retails-skus-are-belong-to-them-goldman-tells-cnbc> [<http://perma.cc/Z95R-JYGR>] (citando a un analista de Goldman Sachs que señaló: “El crecimiento proyectado del comercio electrónico del 22% este año se debe en gran parte a Amazon”, y que “Amazon «superará esa cifra», con un crecimiento quizás «entre el 25 y el 30%», (...) dado que «Amazon está ganando participación y viendo una aceleración en su negocio internacional»”). Véase en general Leonard, *supra* nota 207 (“El crecimiento de Amazon ha sido descomunal (...) La empresa es la quinta más valiosa del mundo: su capitalización de mercado es de aproximadamente 366.000 millones de dólares, lo que equivale aproximadamente al valor combinado de Walmart, FedEx y Boeing.”).

233 Leonard, *supra* nota 207.

234 Shelly Banjo, *Amazon Eats the Department Store*, BLOOMBERG: GADFLY (20 de septiembre de 2016, 9:27 AM), <http://www.bloomberg.com/gadfly/articles/2016-09-20/amazon-clothing-sales-could-soon-top-macy-s> [<http://perma.cc/63UJ-5Y67>].

235 Sus ventas de vestuario son mayores que las ventas en línea combinadas de sus cinco principales competidores en ropa: Macy's, Nordstrom, Kohl's, Gap y la matriz de Victoria's Secret. *Id.*

236 En algunos contextos, “dominancia” conlleva una definición jurídica. Aquí no se utiliza en ese sentido. Véase *supra* nota 191.

A finales de 2007, Amazon lanzó el Kindle, su dispositivo de lectura digital, junto con una nueva biblioteca de libros electrónicos<sup>237</sup>. Antes de presentar el dispositivo, Jeff Bezos había decidido fijar el precio de los *bestsellers* digitales en 9,99 dólares<sup>238</sup>, muy por debajo de los 12 a 30 dólares que solía costar un libro de tapa dura nuevo<sup>239</sup>. Críticamente, el precio mayorista al que Amazon compraba los libros a las editoriales no había disminuido; la empresa simplemente optó por vender los libros electrónicos por debajo del costo<sup>240</sup>. Los analistas estiman que Amazon también vendía el dispositivo Kindle por debajo de su costo de fabricación<sup>241</sup>. El plan de Bezos era dominar el negocio de venta de libros electrónicos del mismo modo en que Apple se había convertido en la plataforma de referencia para la música digital<sup>242</sup>. La estrategia funcionó: hacia 2009, Amazon dominaba el mercado minorista de libros electrónicos, vendiendo alrededor del 90% del total de libros electrónicos<sup>243</sup>.

Las editoriales, temiendo que el precio de 9,99 dólares establecido por Amazon para los libros electrónicos redujera de manera permanente el precio que los consumidores estaban dispuestos a pagar por todos los libros, buscaron recuperar cierto control. Cuando surgió la oportunidad de asociarse con Apple para vender libros electrónicos a través de la tienda iBookstore, cinco de las editoriales de las "Big Six" introdujeron el modelo de precios por agencia, mediante el cual las editoriales fijaban el precio minorista final y Apple recibía un 30% de comisión<sup>244</sup>. Tras asegurar este acuerdo, MacMillan, una de las "Big Six", exigió que Amazon también adoptara este modelo de precios<sup>245</sup>. Aunque inicialmente se negó y eliminó los libros de MacMillan de su catálogo<sup>246</sup>, Amazon finalmente cedió, explicando a los lectores que "tendremos que capitular y aceptar los términos de Macmillan, porque Macmillan tiene el monopolio sobre sus propios títulos"<sup>247</sup>. Otras editoriales siguieron su ejemplo, deteniendo la capacidad de Amazon para fijar el precio de los libros electrónicos en 9,99 dólares<sup>248</sup>.

En 2012, el DOJ demandó a las editoriales y a Apple por coludirse para aumentar los precios de los libros electrónicos<sup>249</sup>. En respuesta a las afirmaciones de que el DOJ estaba actuando contra el actor equivocado — dado que fueron las tácticas predadoras de Amazon las que llevaron a las editoriales y a Apple a unir fuerzas —, el DOJ investigó las estrategias de precios de Amazon y concluyó que no existían "pruebas convincentes" que demostraran que la empresa hubiera incurrido en prácticas predadoras<sup>250</sup>. Según la autoridad, "desde su

237 Véase, Caroline McCarthy, *Amazon Debuts Kindle E-Book Reader*, CNET (19 de noviembre de 2007, 10:33 AM), <http://www.cnet.com/news/amazon-debuts-kindle-e-book-reader> [<http://perma.cc/VF4Z-2V77>].

238 *Id.*

239 Brad Stone, *The Everything Store* (2013); George Packer, *Cheap Words*, New Yorker (17 de febrero de 2014), <http://www.newyorker.com/magazine/2014/02/17/cheap-words> [<http://perma.cc/42AN-Y6UT>].

240 Antes de 2009, muchas editoriales fijaban un precio mayorista para los libros electrónicos con un descuento del 20% respecto del libro físico equivalente, momento en el cual el precio de 9,99 dólares de Amazon coincidía aproximadamente con el precio mayorista de muchos de sus libros electrónicos. En 2009, las editoriales eliminaron el descuento mayorista, pero Amazon continuó fijando el precio de los libros electrónicos en 9,99 dólares. En ese punto, era evidente que vendía los libros electrónicos por debajo del costo. Véase *United States v. Apple, Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638, 649-50 (S.D.N.Y. 2013); véase también Packer, *supra* nota 239 ("El precio estaba por debajo del mayorista en algunos casos, y era tan bajo que representaba una seria amenaza para el mercado de los libros de tapa dura de veintiséis dólares."); Jeffrey A. Trachtenberg, *E-Book Sales Fall After New Amazon Contracts*, WALL ST. J. (3 de septiembre de 2015), [http://www.wsj.com/article\\_email\\_e-book-sales-weaken-amid-higher-prices-1441307826-IMyQjAxMTE1MzAxNDUwMjQ2Wj](http://www.wsj.com/article_email_e-book-sales-weaken-amid-higher-prices-1441307826-IMyQjAxMTE1MzAxNDUwMjQ2Wj) [<http://perma.cc/LVZ9-DK9Y>] ("Amazon estaba dispuesta a comprar un título por 14,99 dólares y venderlo por 9,99, asumiendo una pérdida para ganar cuota de mercado y fomentar la adopción de su lector electrónico Kindle.").

241 Véase Eric Savitz, *Amazon Selling Kindle Fire Below Cost, Analyst Contends*, FORBES (30 de septiembre de 2011, 5:40 p. m.), <http://www.forbes.com/sites/ericssavitz/2011/09/30/amazon-selling-kindle-fire-below-cost-analyst-contains> [<http://perma.cc/3AQ8-X9LZ>]; Woo, *supra* nota 210 ("El Sr. Munster estimó que Amazon vende cada modelo de Kindle con una pérdida de entre 10 y 15 dólares.").

242 Véase Packer, *supra* nota 239 ("A mediados de los 2000, Bezos, tras observar cómo Apple se apoderaba del negocio de la venta de música con iTunes y el iPod, decidió no dejar que ocurriera lo mismo con los libros. En 2004, estableció un laboratorio en Silicon Valley que construiría el primer dispositivo de hardware de consumo de Amazon: un aparato para leer libros digitales. Según el libro de Stone, Bezos le dijo al ejecutivo encargado del proyecto: «Procede como si tu objetivo fuera dejar sin trabajo a todos los que venden libros físicos»").

243 *Apple*, 952 F. Supp. 2d en 649.

244 *Id.* en 658-61.

245 *Id.* en 672.

246 *Id.* en 679.

247 *Announcement: Macmillan E-Books*, AMAZON (31 de enero de 2010, 2:22 p. m.), <http://www.amazon.com/forum/kindle/Tx2MEGQWT-NGIMHV> [<http://perma.cc/K64A-RF2C>]; véase también *Apple*, 952 F. Supp. 2d en 680-81 (que describe el conflicto entre las editoriales y Amazon ante de la capitulación de Amazon).

248 *Apple*, 952 F. Supp. 2d en 681.

249 *Id.* en 645.

250 *Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment* en 21, *Apple*, 952 F. Supp. 2d 638 (No. 12-CV-2826-DLC).

lanzamiento, el negocio de distribución de libros electrónicos de Amazon ha sido consistentemente rentable, incluso cuando ha ofrecido descuentos sustanciales en algunos títulos recién lanzados y en *bestsellers*<sup>251</sup>.

La jueza Cote, quien presidió el juicio en el tribunal de distrito, se abstuvo de confirmar la conclusión de la autoridad<sup>252</sup>. Aun así, el argumento de la autoridad ilustra el marco dominante que los tribunales y las autoridades de competencia utilizan para analizar la predación —y sus deficiencias. En concreto, la autoridad erró al analizar la rentabilidad del negocio de libros electrónicos de Amazon en su conjunto y al caracterizar la conducta como *loss leading* en lugar de una posible fijación de precios predátoria<sup>253</sup>. Estos pasos en falso sugieren una falta de comprensión de dos aspectos fundamentales de las prácticas de Amazon: (1) cómo los grandes descuentos de parte de una empresa en un producto basado en plataforma (*platform-based*) generan un riesgo mayor de que la empresa adquiera poder monopólico que los descuentos aplicados a bienes no basados en plataforma, y (2) las múltiples maneras en que Amazon podría recuperar sus pérdidas sin necesidad de aumentar el precio de los mismos libros electrónicos que había vendido con descuento.

En cuanto al primer punto, la autoridad argumentó que Amazon no estaba incurriendo en prácticas predatorias porque, en conjunto, su negocio de libros electrónicos era rentable. Esta perspectiva pasa por alto cómo las pérdidas significativas en determinadas líneas de libros electrónicos (por ejemplo, los más vendidos o las nuevas publicaciones) pudieron haber obstaculizado la competencia, incluso si el negocio en general resultaba rentable. El hecho de que el DOJ eligiera definir el mercado relevante como el de los libros electrónicos —en lugar de líneas específicas, como los *bestsellers*— refleja un error más profundo: la falta de reconocimiento de que la economía de los productos basados en plataformas difiere de manera crucial respecto de los bienes no basados en plataformas<sup>254</sup>. Como resultado, el DOJ analizó el mercado de libros electrónicos del mismo modo que habría analizado el mercado de libros físicos.

Una demostración de que no se comprendió la diferencia entre los libros físicos y los libros electrónicos está en el hecho de que el DOJ y la jueza Cote trataron la fijación de precios por debajo del costo de Amazon como *loss leading*<sup>255</sup>, en lugar de como precios predátoria<sup>256</sup>. La diferencia entre una práctica de *loss leading* y fijación de precios predátoria no está jurídicamente definida de forma clara, pero la distinción depende de la naturaleza del precio fijado por debajo del costo, específicamente de su intensidad y de la intención que lo motiva. El uso de la expresión *loss leading* por parte de la jueza Corte reveló la visión de que “la fijación de precios por debajo del costo de Amazon fue (a) selectiva más que generalizada, y (b) no estuvo destinada a generar poder monopólico”<sup>257</sup>. Según esta interpretación, el objetivo de Amazon era generar ventas adicionales de otros productos que ya vendía, más que eliminar a los competidores en el mercado de libros electrónicos y adquirir el poder de aumentar sus precios<sup>258</sup>. En otras palabras, dado que el supuesto objetivo a corto plazo de Amazon era vender más dispositivos lectores de libros electrónicos (*e-readers*) y más libros electrónicos —antes que dañar a sus rivales o elevar los precios—, su conducta se considera como una práctica *loss leading* en lugar de una instancia de fijación de precios predátoria. Sin embargo, tanto el DOJ como el Tribunal de Distrito pasaron por alto la forma en que la fijación de precios por debajo

251 *Id.* en 21-22 (citando *Complaint* en 9, *Apple*, 952 F. Supp. 2d 638 (No. 12-CV-2826-DLC)).

252 *Apple*, 952 F. Supp. 2d en 708 (“Este juicio no ha sido la ocasión para decidir si la decisión de Amazon de vender los *NYT Bestsellers* u otros *New Releases* como productos gancho fue una práctica de comercial desleal o, de cualquier otro modo, una violación de la ley”).

253 Véase *Id.* en 650 (observando que Amazon “continuó vendiendo muchos *NYT Bestsellers* por debajo del costo”); *Complaint*, *supra* nota 251, en 9 (“Desde su lanzamiento, el negocio de distribución de libros electrónicos de Amazon ha sido consistentemente rentable, incluso cuando ofrecía descuentos sustanciales en algunos títulos recién lanzados y en los más vendidos”); *Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment*, *supra* nota 250, en 21-22.

254 Véase, en general, Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1 J. EUR. ECON. ASS’N 990 (2003) (que explica la dinámica de la competencia en los mercados de dos lados).

255 Tradicionalmente, un minorista incurre en una práctica de *loss leading* cuando fija el precio de un bien por debajo del costo con el fin de vender más de otro bien, suponiendo que los descuentos en un producto atraerán y retendrán a los consumidores. El hecho de que Walmart decida fijar el precio de las camisetas por debajo del costo para vender más pantalones cortos sería un ejemplo de *loss leading*.

256 John B. Kirkwood, *Collusion To Control a Powerful Customer: Amazon, E-Books, and Antitrust Policy*, 69 U. MIAMI L. REV. 1, 38-39 (2014).

257 *Id.* en 39.

258 Véase *Id.*

del costo, en este caso, consolidó y reforzó el dominio de Amazon de una manera en que la práctica *loss leading* de los minoristas físicos no lo hace.

A diferencia de las compras en línea, cada visita a una tienda física es un evento aislado. Si el lunes Walmart ofrece un gran descuento en calcetines y estás buscando comprar calcetines, podrías ir, comprarlos y —ya que estás allí— también comprar leche. El jueves, el hecho de que Walmart haya ofrecido descuentos en calcetines el lunes no ejerce necesariamente ninguna influencia; podrías volver a Walmart porque ahora sabes que suele tener buenas ofertas, pero el hecho de haber comprado calcetines allí el lunes no es, por sí mismo, una razón para regresar.

El comercio minorista en Internet es diferente. Supón que el lunes Amazon ofrece un gran descuento en la versión electrónica de *Go Set a Watchman* de Harper Lee, y compras tanto un Kindle como el libro electrónico. El jueves, es probable que regreses a Amazon —y no simplemente porque sepas que tiene buenas ofertas. Existen varios factores que fortalecen ese vínculo. En primer lugar, Amazon, como otros vendedores de libros electrónicos, ha utilizado un sistema conocido como “gestión de derechos digitales” (*digital rights management*, DRM), que limita los tipos de dispositivos que pueden leer ciertos formatos de libros electrónicos<sup>259</sup>. Impulsar a los lectores a comprar un Kindle mediante libros electrónicos baratos los ata a futuras compras de libros electrónicos en Amazon<sup>260</sup>. Además, comprar —o incluso simplemente explorar— libros electrónicos en la plataforma de Amazon proporciona a la empresa información sobre tus hábitos y preferencias de lectura, datos que utiliza para personalizar recomendaciones y ofertas futuras<sup>261</sup>. Replicado a lo largo de unas cuantas compras más, el grado de dependencia del consumidor hacia Amazon se vuelve fuerte. Es improbable que un lector adquiera entonces un Nook y comience a comprar libros electrónicos en Barnes & Noble, incluso si esta empresa reduce drásticamente sus precios.

En otras palabras, las prácticas de *loss leading* producen mayores beneficios en el comercio electrónico basado en plataformas —y especialmente en productos digitales como los libros electrónicos— que en las tiendas físicas. El valor marginal de la primera venta y de las ventas iniciales en general es mucho mayor para los libros electrónicos que para los libros impresos, porque entran en juego efectos de bloqueo (*lock-in effects*), tanto por el diseño técnico como por las posibilidades y el valor de la personalización.

Al tratar el comercio electrónico y los bienes digitales del mismo modo que las tiendas y los productos físicos, tanto el DOJ como la jueza Cote pasaron por alto las implicancias anticompetitivas de la fijación de precios por debajo del costo de Amazon. Aunque el efecto inmediato de la estrategia de Amazon al fijar precios bajos para los libros electrónicos más vendidos pudo haber sido aumentar las ventas de libros electrónicos en general, esa táctica también posicionó a Amazon para dominar el mercado de una manera

259 Véase Cory Doctorow, *Why the Death of DRM Would Be Good News for Readers, Writers and Publishers*, GUARDIAN (3 de mayo de 2012, 10:25 a. m.), <http://www.theguardian.com/technology/2012/may/03/death-of-drm-good-news> [<http://perma.cc/H77L-7KZ8>] (“Si Tor te vende uno de mis libros para Kindle bloqueado con el DRM de Amazon, ni yo ni Tor podemos autorizarte a eliminar ese DRM. Si Amazon exige un descuento mayor (algo que Amazon ha estado haciendo con muchas editoriales a medida que sus acuerdos iniciales de distribución de libros electrónicos se renegocian) y Tor desea trasladar su distribución preferida a un competidor como Waterstone’s, deberá confiar en que sus lectores estén dispuestos a volver a comprar sus libros”).

260 Véase Ana Carolina Bittar, *Unlocking the Gates of Alexandria: DRM, Competition and Access to E-Books 1* (25 de julio de 2014) (manuscrito inédito), <http://ssrn.com/abstract=2620354> [<http://perma.cc/6RHH-6QM4>] (“[D]ado que cada vendedor de libros utiliza un esquema de DRM propio en sus libros electrónicos, compatible con un número limitado de plataformas de lectura, los consumidores enfrentan problemas de interoperabilidad. Por ejemplo, un propietario de Kindle no puede comprar libros en Barnes & Noble, y un propietario de Nook no puede comprar libros en Apple. Esta falta de interoperabilidad puede aumentar las barreras de entrada, los costos de cambio y los efectos de red. En consecuencia, los consumidores suelen quedar atrapados en un ecosistema de libros electrónicos, lo que permite a los vendedores actuar como guardianes del mercado de los libros electrónicos.”).

261 Véase Alexandra Alter, *Your E-Book Is Reading You*, WALL ST. J. (19 de julio de 2012, 3:24 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304870304577490950051438304> [<http://perma.cc/6LQW-BCKJ>] (“Los principales nuevos actores en la publicación de libros electrónicos —Amazon, Apple y Google— pueden rastrear fácilmente cuánto avanzan los lectores en los libros, cuánto tiempo pasan leyéndolos y qué términos de búsqueda utilizan para encontrarlos. Las aplicaciones de lectura para tabletas como el iPad, el Kindle Fire y el Nook registran cuántas veces los lectores abren la aplicación y cuánto tiempo pasan leyendo. Los minoristas y algunas editoriales han comenzado a analizar estos datos, obteniendo una comprensión sin precedentes sobre cómo las personas interactúan con los libros.”).

que le permitiría aumentar los precios en el futuro. En este contexto, la distinción tradicional entre prácticas de *loss leading* y fijación de precios predatores resulta insuficiente.

En lugar de reconocer que los rasgos económicos de las plataformas implicaban que la fijación de precios por debajo del costo en un bien alojado en una plataforma tendería a facilitar un dominio a largo plazo, el DOJ se tranquilizó considerando que la industria era “dinámica y estaba en evolución” y concluyó que “la presencia y continua inversión de gigantes tecnológicos, editoriales multinacionales y minoristas nacionales en el negocio de los libros electrónicos” hacía improbable un mercado dominado por Amazon<sup>262</sup>. Sin embargo, la ventaja temprana de Amazon se ha traducido, de hecho, en un dominio a largo plazo. Actualmente controla alrededor del 65% del mercado de libros electrónicos<sup>263</sup>, mientras que su participación en el mercado de lectores electrónicos ronda el 74%<sup>264</sup>. Actores que parecían prometedores hace apenas unos años ahora se están retirando del mercado. Sony cerró su tienda Reader en Estados Unidos y ya no introduce nuevos lectores electrónicos en ese mercado<sup>265</sup>. Barnes & Noble, por su parte, ha reducido la financiación destinada al Nook en un 74%<sup>266</sup>. El único competidor real que permanece en pie en el mercado de libros electrónicos es Apple<sup>267</sup>.

Debido a que el gobierno rechazó las acusaciones de precios predatores al centrarse en la rentabilidad agregada, ni el DOJ ni el tribunal abordaron la cuestión del test de recuperación. Dado que —según la doctrina actual— la determinación de si la fijación de precios por debajo del costo es predatoria o no depende de si la empresa recupera sus pérdidas, conviene examinar cómo Amazon podría utilizar su posición dominante para recuperar dichas pérdidas de maneras más sofisticadas que aquellas que los tribunales suelen considerar o son capaces de evaluar.

La forma más evidente sería que Amazon compensara las pérdidas generadas por los libros electrónicos más vendidos aumentando los precios de determinadas líneas de libros electrónicos o de los libros electrónicos en general. Este tipo de recuperación dentro del mismo mercado de productos es el que los tribunales suelen analizar. Sin embargo, aún no está claro si Amazon ha aumentado los precios de los libros electrónicos, ya que, como señaló *The New York Times*, “resulta difícil rastrear de forma exhaustiva los movimientos de precios en Amazon”, lo que significa que cualquier evidencia sobre tendencias de precios es “anecdótica y fragmentaria”<sup>268</sup>. Como pueden confirmar los propios clientes de Amazon, los precios en la plataforma fluctúan rápidamente y sin explicación alguna<sup>269</sup>.

Esto pone de relieve un desafío fundamental a la hora de realizar un análisis de recuperación respecto de Amazon: puede no ser evidente cuándo y en qué medida la empresa aumenta los precios. El comercio electrónico permite a Amazon ocultar los incrementos de precios al menos de dos maneras: mediante fluctuaciones rápidas y constantes de precios, y mediante precios personalizados<sup>270</sup>. Las fluctuaciones

262 *Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment*, supra nota 250, en 22.

263 *October 2015 – Apple, B&N, Kobo, and Google: A Look at the Rest of the Ebook Market*, AUTHOR EARNINGS (oct. 2015), <http://authorearnings.com/report/october-2015-apple-bn-kobo-and-google-a-look-at-the-rest-of-the-ebook-market> [<http://perma.cc/GKN4-SA43>] (observando que Amazon también vende el 85% de los libros electrónicos independientes).

264 *Statistics and Facts About Amazon*, STATISTA (2016), <http://www.statista.com/topics/846/amazon> [<http://perma.cc/YR3Q-D7YE>].

265 *Sony Gives Up on Selling E-Readers*, BBC (5 de agosto de 2014), <http://www.bbc.com/news/technology-28663878> [<http://perma.cc/D29U-W7NZ>].

266 Jim Milliot, *B&N Cut Nook Investment by 74% in Third Quarter*, PUBLISHERS WEEKLY (7 de marzo de 2014), <http://www.publisher-weekly.com/pw/by-topic/industry-news/bookselling/article/61331-b-n-cut-nook-investment-by-74-in-third-quarter.html> [<http://perma.cc/846M-28HZ>].

267 El declive de los competidores de Amazon tampoco se circunscribe al ámbito de los libros electrónicos. “Ahora, con Borders desaparecida, Barnes & Noble en dificultades y las librerías independientes muy reducidas, para muchos consumidores simplemente no existe otra forma de conseguir muchos libros que a través de Amazon.” Streitfeld, supra nota 1.

268 *Id.*

269 Véase *Id.*

270 Varios periodistas han documentado casos de discriminación de precios en el comercio electrónico. Véase, por ejemplo, Julia Angwin et al., *The Tiger Mom Tax: Asians Are Nearly Twice as Likely To Get a Higher Price from Princeton Review*, PROPUBLICA (1 de septiembre de 2015), <http://www.propublica.org/article/asians-nearly-twice-as-likely-to-get-higher-price-from-princeton-review> [<http://perma.cc/L96N-SZKR>; <http://perma.cc/234U-9WZP>].

constantes reducen nuestra capacidad de detectar tendencias de precios. Según una fuente, Amazon modifica sus precios más de 2,5 millones de veces al día<sup>271</sup>. Amazon también puede ajustar los precios a consumidores individuales, lo que se conoce como discriminación de precios de primer grado. No existe evidencia pública de que Amazon esté aplicando actualmente precios personalizados<sup>272</sup>, pero los minoristas en línea, en general, están destinando importantes recursos a analizar cómo implementarlos<sup>273</sup>. Un tema central de discusión en la convención anual de la *National Retail Federation* de 2014, por ejemplo, fue cómo introducir precios discriminatorios sin provocar una reacción negativa de los consumidores<sup>274</sup>. Un mecanismo debatido fue el envío de cupones altamente personalizados en el punto de venta, lo que evitaría mostrar distintos precios a los consumidores, pero lograría igualmente la discriminación de precios<sup>275</sup>.

Si los minoristas —incluido Amazon— implementan la discriminación de precios a gran escala, cada individuo estaría sujeto a su propia trayectoria personal de precios, eliminando la noción de una tendencia común. No está claro cómo mediríamos los aumentos de precios para efectos de un análisis de recuperación en ese escenario. No habría conclusiones evidentes si algunos consumidores enfrentaran precios más altos mientras otros obtuvieran precios más bajos. Pero, dada la magnitud y precisión de los datos que Amazon ha recopilado sobre millones de usuarios, la fijación personalizada de precios no constituye un poder meramente hipotético<sup>276</sup>. Determinar si, y en qué medida, Amazon eleva los precios de los libros será más difícil de lo que los tribunales en *Matsushita o Brooke Group* pudieron haber imaginado<sup>277</sup>.

Es cierto que las tiendas físicas también recopilan datos sobre los hábitos de compra de los clientes y envían cupones personalizados. Sin embargo, el tipo de comportamiento del consumidor al que las empresas en línea pueden acceder —por ejemplo, cuánto tiempo mantienes el cursor sobre un artículo, cuántos días permanece un producto en tu carrito antes de comprarlo, o qué blogs de moda visitas antes de buscar esos mismos artículos en un motor de búsqueda— constituye un terreno inexplorado. El grado en que una empresa puede adaptar y personalizar la experiencia de compra en línea difiere esencialmente de los métodos disponibles para una tienda física, precisamente porque el comportamiento que las empresas digitales pueden rastrear es mucho más detallado y fino. Y, a diferencia de las tiendas físicas —donde todos al menos ven un precio común (aunque luego reciban descuentos)—, el comercio electrónico permite a las empresas personalizar completamente la experiencia del consumidor, eliminando cualquier punto de referencia común que permita medir aumentos o reducciones de precios.

---

271 Nifer Valentino-Devries et al., *Websites Vary Prices, Deals Based on User Information*, WALL ST. J. (24 de diciembre de 2012), <http://www.wsj.com/articles/SB100014241278732377204578189391813881534> [http://perma.cc/BF3S-ZX3C].

272 Roberto A. Ferdman, *Amazon Changes Its Prices More than 2.5 Million Times a Day*, QUARTZ (14 de diciembre de 2013), <http://qz.com/157828/amazon-changes-its-prices-more-than-2-5-million-times-a-day> [http://perma.cc/W25A-EUNP].

273 Sin embargo, reportes recientes sugieren que Amazon manipula la forma en que presenta los precios para favorecer sus propios productos. Véase Julia Angwin & Surya Mattu, *Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn't*, PROPUBLICA (20 de septiembre de 2016), <http://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt> [http://perma.cc/RR6C-FTS4] ("[...] la empresa parece estar utilizando su poder de mercado y su algoritmo propietario para beneficiarse a sí misma a expensas de los vendedores y de muchos clientes.").

274 Véase Lina Khan, *Why You Might Pay More than Your Neighbor for the Same Bottle of Salad Dressing*, QUARTZ (19 de enero de 2014), <http://qz.com/168314/why-you-might-pay-more-than-your-neighbor-for-the-same-bottle-of-salad-dressing> [http://perma.cc/KVL3-QCBC].

275 *Id.*

276 Como señalaron varios autores en una carta reciente al Departamento de Justicia: "[E]l detallado conocimiento de la corporación sobre los hábitos de compra de millones de lectores —que acumula mediante un seguimiento minuto a minuto de sus acciones en línea— la coloca en una posición poderosa para utilizar dicha fijación de precios y marketing «personalizados» con el fin de influir en las decisiones de los lectores y, de ese modo, extraer la mayor cantidad posible de dinero de cada individuo" Carta de *Authors United* a William J. Baer, Asistente del Fiscal General, División Antimonopolio, *Dep't of Justice* (14 de julio de 2015), <http://www.authorsunited.net/july/longdocument.html> [http://perma.cc/L9RN-YESR]; véase también David Streifeld, *Accusing Amazon of Antitrust Violations, Authors and Booksellers Demand Inquiry*, N.Y. TIMES (13 de julio de 2015), <http://www.nytimes.com/2015/07/14/technology/accusing-amazon-of-antitrust-violations-authors-and-booksellers-demand-us-inquiry.html> [http://perma.cc/G8QF-5LYY] (informando sobre la carta de *Authors United* al Fiscal General Adjunto y su afirmación de que Amazon parece estar "involucrándose en control de contenido" al decidir qué libros vender).

277 Véase *supra* Sección I.A. Para ejemplos de minoristas que han implementado exitosamente precios discriminatorios en línea, véase *supra* nota 270 y el texto relacionado.

La cuestión sobre en qué mercado de productos podría Amazon elegir aumentar los precios también está abierta —y es una que la doctrina actual sobre precios predatores ignora. Los tribunales generalmente asumen que una empresa recuperará sus pérdidas aumentando los precios de los mismos bienes en los que previamente incurrió en pérdidas. Sin embargo, la recuperación de pérdidas entre distintos mercados también está disponible como estrategia, especialmente para empresas diversificadas en múltiples productos y servicios, como Amazon. Informes sugieren que la compañía hizo precisamente esto en 2013, aumentando los precios de los libros académicos y de editoriales pequeñas, y creando el riesgo de un “sistema de dos niveles en el que algunos libros se valoran fuera del alcance del público”<sup>278</sup>. Aunque Amazon podría estar recuperando sus pérdidas iniciales en libros electrónicos mediante incrementos en los precios de los libros físicos, esta forma de recuperación entre mercados no suele ser considerada por las autoridades o los jueces<sup>279</sup>. Una posible razón de esta omisión es que la doctrina de la Escuela de Chicago, que sostiene que la recuperación dentro de un solo mercado de productos es improbable, también considera que la recuperación en escenarios multiproducto es inverosímil<sup>280</sup>.

Aunque la doctrina actual sobre precios predatores se centra únicamente en la recuperación de pérdidas mediante aumentos de precios al consumidor, Amazon también podría recuperar sus pérdidas imponiendo tarifas más altas a las editoriales. Las grandes cadenas minoristas de libros, como Barnes & Noble, han utilizado durante mucho tiempo su poder de mercado para cobrar a las editoriales por una colocación favorable de sus productos, como exhibiciones en escaparates o en mesas destacadas<sup>281</sup>. El dominio de Amazon en el mercado de los libros electrónicos le ha permitido exigir tarifas similares incluso por los servicios más básicos. Por ejemplo, al renovar su contrato con Hachette el año pasado, Amazon exigió pagos por servicios que incluían el botón de preventa, las recomendaciones personalizadas y un empleado de Amazon asignado a la editorial<sup>282</sup>. En palabras de una persona cercana a las negociaciones, Amazon “es muy creativa con lo que llamaríamos servicio estándar (...). Están desglosando todos estos niveles y diciendo: «Si quieres ese servicio, tendrás que pagarla»<sup>283</sup>. Al introducir tarifas por servicios que antes ofrecía gratuitamente, Amazon ha creado otra fuente de ingresos. El poder de Amazon para exigir estas tarifas —y recuperar parte de las pérdidas generadas por la fijación de precios por debajo del costo— proviene de un dominio parcialmente construido a través de esa misma estrategia de precios bajos. El hecho de que Amazon esté verticalmente integrada con la industria editorial, —y que, por lo tanto, pueda promover su propio contenido— puede darle un poder adicional para aumentar las tarifas. Cualquier editorial que se niegue a aceptar dichos términos podría ver cómo Amazon favorece sus propios libros por sobre los de dicha editorial, reflejando un conflicto de interés que se analiza más adelante en la Sección IV.D. No es raro que la mitad de los títulos en la lista de *bestsellers* de Kindle de Amazon sean de su propia autoría<sup>284</sup>.

Aunque no esté contemplada por la doctrina antimonopolio actual, la presión que Amazon ejerce sobre las editoriales despierta merecida preocupación<sup>285</sup>. En primer lugar, la consolidación entre los vendedores de

278 Streitfeld, *supra* nota 1.

279 Véase Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law* 7-72 (2010) (“Puede haber casos en los que un depredador que fabrica más de un producto o que opera en más de una región seleccione solo uno para fijar precios por debajo del costo, pero obtenga beneficios de recuperación en todos (...). Los tribunales no han abordado adecuadamente este problema”); Leslie, *supra* nota 94, en 1720 (“Aparentemente, los tribunales no valoran la posibilidad de recuperación en otro mercado.”); Timothy J. Trujillo, *Note, Predatory Pricing Standards Under Recent Supreme Court Decisions and Their Failure To Recognize Strategic Behavior as a Barrier to Entry*, 19 J. CORP. L. 809, 813, 825 (1994) (“El (...) análisis del test de recuperación en *Matsushita, Cargill y Brooke* se refiere únicamente a la recuperación en el mercado en el que se produce la depredación. Por lo tanto, los análisis y el criterio de la Corte (...) ignoran la posibilidad de que una depredación exitosa pueda ocurrir porque la empresa dominante puede distribuir sus ganancias de la depredación entre varios mercados.”).

280 Véase Leslie, *supra* nota 94, en 1720-21.

281 Véase Randy Kennedy, *Cash Up Front*, N.Y. TIMES (5 de junio de 2005), <http://www.nytimes.com/2005/06/05/books/review/cash-up-front.html> [<http://perma.cc/H9L2-RUPU>].

282 Véase James B. Stewart, *Booksellers Score Some Points in Amazon's Spat with Hachette*, N.Y. TIMES (20 de junio de 2014), <http://www.nytimes.com/2014/06/21/business/booksellers-score-some-points-in-amazons-standoff-with-hachette.html> [<http://perma.cc/PD34-M285>].

283 *Id.*

284 Véase LaVecchia & Mitchell, *supra* nota 6, en 2.

285 La adquisición y tenencia de poder de monopsonio siguen siendo reconocidos como hipótesis de daño bajo las *Sherman y Clayton Acts*,

libros —en parte impulsada por las tácticas de precios de Amazon y sus exigencias de mejores condiciones a las editoriales— también ha incentivado la consolidación entre las propias editoriales. La última gran ola de fusiones entre editoriales ocurrió en la década de 1990, cuando las casas editoriales buscaron fortalecerse frente al creciente poder de Borders y Barnes & Noble; hacia comienzos de los años 2000, la industria se había estabilizado en torno a las “Big Six”<sup>286</sup>. Esta tendencia ha perjudicado tanto a autores como a lectores, dejando a los escritores con menos caminos para llegar al mercado y a los lectores con un entorno menos diverso. Desde el ascenso de Amazon, las principales editoriales se han fusionado aún más —reduciéndose a cinco, con rumores de más consolidación en el futuro<sup>287</sup>.

En segundo lugar, el creciente costo de hacer negocios con Amazon está transformando el modelo comercial de las editoriales de maneras que amenazan aún más la diversidad. Tradicionalmente, las casas editoriales utilizaban un modelo de subsidio cruzado, en virtud del cual usaban las ganancias de los *bestsellers* para financiar libros más complejos o arriesgados que requerían una mayor inversión inicial<sup>288</sup>. Frente a las tarifas más altas impuestas por Amazon, las editoriales afirman tener menor capacidad para invertir en una gama amplia de libros. En una carta reciente dirigida al DOJ, un grupo de autores escribió que las acciones de Amazon han “extraído recursos vitales de la industria [editorial] de formas que reducen la diversidad y la calidad de los libros”<sup>289</sup>. Los autores señalaron que las editoriales han respondido a las tarifas de Amazon publicando menos títulos y enfocándose principalmente en libros de celebridades y autores *bestsellers*<sup>290</sup>. También advirtieron: “A los lectores se les presentan menos libros que expresan ideas inusuales, excéntricas, poco convencionales o políticamente arriesgadas, así como libros de autores nuevos y no probados. Esto empobrece el mercado de las ideas en Estados Unidos”<sup>291</sup>.

La conducta de Amazon sería fácilmente reconocida como una amenaza bajo la visión previa a la Escuela de Chicago, que entendía las leyes de precios predatores, en particular, y el derecho antimonopolio, en general, como instrumentos para promover un conjunto amplio de valores. En la jurisprudencia de precios predatores de principios y mediados del siglo XX, el daño a la diversidad y vitalidad de ideas en el mercado editorial podría haber sido una base importante o central para la intervención estatal. Los riesgos políticos asociados con el dominio de mercado de Amazon también tocan algunas de las preocupaciones fundamentales que inspiran las leyes antimonopolio. Por ejemplo, el riesgo de que Amazon pueda tomar represalias contra libros que desaprueba —ya sea para ejercer mayor presión sobre las editoriales o por razones políticas— plantea inquietudes sobre la libertad mediática. Dado que las autoridades de competencia anteriormente consideraban la diversidad de expresión e ideas como un factor relevante en su análisis, el grado de control de Amazon también debería ser motivo de preocupación.

---

aunque hoy se presentan pocos casos. Pero cf. *Complaint* en 12-13, *United States v. George's Foods, LLC*, No. 5:11-cv-00043-gec (W.D. Va. 10 de mayo de 2011) (argumentando que la adquisición de un complejo avícola por parte de una empresa “reduciría sustancialmente la competencia por la compra de servicios de criadores de pollos (...) en violación de la Sección 7 de la *Clayton Act*”).

286 Boris Kachka, *Book Publishing's Big Gamble*, N.Y. TIMES (9 de julio de 2013), <http://www.nytimes.com/2013/07/10/opinion/book-publishings-big-gamble.html> [http://perma.cc/AP5X] (“La fusión, anunciada en octubre pasado y completada el 1 de julio tras obtener aprobación regulatoria, reduce las *Big Six*, que publican alrededor de dos tercios de los libros en Estados Unidos, a las *Big Five*.”).

287 *Id.* Las editoriales también han fusionado divisiones internas. Véase, por ejemplo, Alex Shephard, *The Vanishing Mass Market: Penguin Merges Two Mass Market Publishing Houses To Create New Mass Market Publishing House*, MELVILLE HOUSE (26 de junio de 2015), <http://www.mhpbooks.com/the-vanishing-mass-market-penguin-merges-two-mass-market-publishing-houses-merge-to-create-new-mass-market-publishing-house> [http://perma.cc/F4V6-GGLU].

288 Los esquemas de subsidio cruzado pueden tener efectos muy distintos, dependiendo de cómo los dos submercados estén o no interrelacionados. En el caso de Amazon, las pérdidas sí tienen efectos entre mercados: Amazon fija precios por debajo del costo para generar mayores ventas en otra línea de negocio; sus pérdidas en un mercado impulsan activamente otro. Por el contrario, el modelo de subsidio cruzado utilizado por las editoriales no tiene efectos cruzados análogos. Una editorial puede decidir publicar un libro poco conocido, incluso si sabe que perderá dinero, y compensar esas pérdidas con las ganancias de un libro más popular. Sin embargo, la decisión de la editorial de asumir pérdidas en el libro poco conocido no aumenta las ventas de sus libros más vendidos. La principal diferencia en el caso de Amazon es que se trata de una plataforma en línea. Los efectos de mercado entre sus distintos segmentos son significativos de formas que no aplican a las tiendas físicas u otras entidades no basadas en plataformas.

289 Carta de *Authors United* a William J. Baer, *supra* nota 276.

290 *Id.*

291 *Id.*

Incluso dentro del marco más limitado del “bienestar del consumidor”, los intentos de Amazon de recuperar pérdidas mediante tarifas impuestas a las editoriales deben entenderse como daños. Un mercado con menos opciones y diversidad para los lectores constituye una forma de perjuicio al consumidor. El hecho de que el DOJ ignorara esta preocupación en su demanda contra Apple y las editoriales sugiere que su concepción de los precios predatores no logra captar plenamente el conjunto de daños que las acciones de Amazon pueden causar<sup>292</sup>.

La fijación de precios por debajo del costo por parte de Amazon en el mercado de libros electrónicos — que le permitió capturar un 65% de ese mercado<sup>293</sup>, una cuota considerable según cualquier medida— tensiona la doctrina de precios predatores de varias maneras. En primer lugar, Amazon está en posición de recuperar sus pérdidas aumentando los precios de libros electrónicos menos populares o conocidos, o incrementando los precios de los libros impresos. En cualquiera de los casos, Amazon estaría recuperando fuera del mercado original donde incurrió en pérdidas (*bestsellers* electrónicos), por lo que los tribunales probablemente no considerarán estos escenarios. Además, las fluctuaciones constantes de precios y la capacidad de discriminar precios permiten a Amazon aumentarlos con escasa posibilidad de detección. Por último, Amazon podría recuperar sus pérdidas extrayendo más recursos de las editoriales, que dependen de su plataforma para comercializar tanto libros electrónicos como físicos. Esto puede reducir la calidad y variedad de las obras publicadas, pero dado que este perjuicio se manifiesta principalmente del lado de los proveedores, y no de los consumidores, es poco probable que un tribunal contemporáneo lo examine con atención. El marco actual de precios predatores no logra capturar el daño que las tácticas de Amazon infligen al mercado del libro.

## B. Adquisición de Quidsi y supuestos erróneos sobre las barreras de entrada y salida

Además de fijar precios por debajo del costo para establecer una posición dominante en el mercado de libros electrónicos, Amazon también empleó esta práctica para presionar y, en última instancia, adquirir a un competidor clave. Esta historia cuestiona el supuesto, dominante en el derecho antimonopolio contemporáneo, de que la fijación de precios predatores no puede utilizarse para consolidar una posición de dominio. Aunque la teoría predice que las barreras de entrada en el comercio minorista en línea son bajas, este caso demuestra que, en la práctica, se requiere una inversión significativa para crear una plataforma exitosa que atraiga tráfico. Finalmente, la conducta de Amazon sugiere que la intimidación psicológica puede desalentar nuevas entradas que podrían desafiar el poder de mercado de un actor dominante.

En 2008, Quidsi era una de las empresas de comercio electrónico de más rápido crecimiento en el mundo<sup>294</sup>. Controlaba varias subsidiarias: Diapers.com (centrada en productos para bebés), Soap.com (centrada en productos de limpieza del hogar) y BeautyBar.com (centrada en productos de belleza). Amazon manifestó interés en adquirir Quidsi en 2009, pero los fundadores de la empresa rechazaron la oferta<sup>295</sup>.

Poco después de que Quidsi rechazara la propuesta de Amazon, esta redujo los precios de pañales y otros productos para bebés hasta en un 30%<sup>296</sup>. Al reconfigurar sus precios, los ejecutivos de Quidsi

292 Dicho esto, el DOJ sí consideró cómo el aumento de la concentración en el sector de los medios —específicamente en el contexto de una propuesta de fusión entre dos periódicos— podría poner en riesgo la difusión de ideas. Comunicado de prensa, *Office of Pub. Affairs, U.S. Dep't of Justice, Justice Department Files Antitrust Lawsuit To Stop L.A. Times Publisher from Acquiring Competing Newspapers* (17 de marzo de 2016), <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-stop-la-times-publisher-acquiring-competing> [<http://perma.cc/3MNY-8XZE>] (“Los periódicos continúan desempeñando un papel importante en la difusión de noticias e información a los lectores (...)” (citando al Fiscal General Adjunto Bill Baer de la División Antimonopolio del DOJ)).

293 En su punto más alto de participación de mercado, esta cifra se acercó al 90%. Tras la entrada de Apple al mercado, la cuota de Amazon descendió ligeramente y luego se estabilizó alrededor del 65%. Véase Packer, *supra* nota 239.

294 STONE, *supra* nota 239, en 297 (“Quidsi [creció] de la nada a 300 millones de dólares en ventas anuales en solo unos años (...)”).

295 *Id.* en 295-96.

296 *Id.* en 296.

descubrieron que los *bots* de precios de Amazon —*software* “que monitorea cuidadosamente los precios de otras empresas y ajusta los de Amazon para igualarlos”— estaban rastreando los precios de Diapers.com y reducían de inmediato los precios de Amazon en respuesta a los cambios de Quidsi<sup>297</sup>. En septiembre de 2010, Amazon lanzó Amazon Mom, un nuevo servicio que ofrecía un año de envío *Prime* en dos días gratuito (que normalmente costaba 79 dólares al año)<sup>298</sup>. Los clientes también podían obtener un descuento adicional del 30% en pañales si se suscribían a entregas mensuales como parte del servicio *Subscribe and Save*<sup>299</sup>. Los ejecutivos de Quidsi “calcularon que Amazon perdería 100 millones de dólares en tres meses solo en la categoría de pañales”<sup>300</sup>.

Eventualmente, los precios por debajo del costo de Amazon comenzaron a afectar el crecimiento de Diapers.com, el cual “se desaceleró bajo la presión de los precios de Amazon”<sup>301</sup>. Mientras tanto, los inversionistas “se mostraron reacios a seguir inyectando dinero” en Quidsi, considerando el desafío que venía de Amazon<sup>302</sup>. Al tener serios problemas al momento de mantener la guerra de precios, los dueños de Quidsi iniciaron conversaciones con Walmart sobre una posible venta. Amazon intervino y realizó una oferta agresiva<sup>303</sup>. Aunque Walmart ofreció una oferta final más alta, “los ejecutivos de Quidsi se quedaron con Amazon, en gran parte por miedo”<sup>304</sup>. La FTC revisó el acuerdo Amazon-Quidsi y concluyó que no planteaba preocupaciones anticompetitivas<sup>305</sup>. Con la adquisición de Quidsi, Amazon eliminó a un competidor líder en la venta en línea de productos para bebés. Logró esto reduciendo los precios y asumiendo pérdidas considerables<sup>306</sup>, pérdidas que sus inversionistas le permitieron sostener, a diferencia de una empresa más pequeña y nueva como Quidsi, que no podía soportarlas.

Después de completar la adquisición de su principal rival —y aparentemente perder cientos de millones de dólares en el proceso—, Amazon aumentó los precios. En noviembre de 2011, un año después de comprar Quidsi, Amazon cerró las nuevas inscripciones a su programa Amazon Mom<sup>307</sup>. Aunque la empresa eventualmente reabrió el programa, continuó reduciendo los descuentos y los términos favorables de compra de la oferta original. En febrero de 2012, los descuentos, que antes eran del 30%, se redujeron al 20%, y el año gratuito de membresía *Prime* se redujo a tres meses<sup>308</sup>. En noviembre de 2014, la compañía

297 *Id.*; Brad Stone, *The Secrets of Bezos: How Amazon Became the Everything Store*, BLOOMBERG (10 de octubre de 2013, 5:57 a. m.), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-10-10/jeff-bezos-and-the-age-of-amazon-excerpt-from-the-everything-store-by-brad-stone> [<http://perma.cc/TD96-G6HV>].

298 Brad Tuttle, *It's Target Versus Amazon in the Battle for Moms*, TIME (26 de septiembre de 2013), <http://business.time.com/2013/09/26/its-target-versus-amazon-in-the-battle-for-moms> [<http://perma.cc/UJE6-Y3R9>].

299 STONE, *supra* nota 239, en 297.

300 *Id.* en 298.

301 Jason Del Ray, *How Jeff Bezos Crushed Diapers.com so Amazon Could Buy Diapers.com*, ALL THINGS D (10 de octubre de 2013, 5:09 a. m.), <http://allthingsd.com/20131010/how-jeff-bezos-crushed-diapers-com-so-amazon-could-buy-diapers-com> [<http://perma.cc/K98D-VGNP>].

302 Will Oremus, *The Time Jeff Bezos Went Thermonuclear on Diapers.com*, SLATE (10 de octubre de 2013, 12:37 p. m.), [http://www.slate.com/blogs/future\\_tense/2013/10/10/amazon\\_book\\_how\\_jeff\\_bezos\\_went\\_thermonuclear\\_on\\_diapers\\_com.html](http://www.slate.com/blogs/future_tense/2013/10/10/amazon_book_how_jeff_bezos_went_thermonuclear_on_diapers_com.html) [<http://perma.cc/A9JE-VNWR>].

303 Stone, *supra* nota 297 (señalando que Amazon ofreció 540 millones de dólares, otorgando a Quidsi un plazo de cuarenta y ocho horas para responder y “aumentando la presión” al advertir que Bezos era “un competidor tan feroz [que] reduciría el precio de los pañales a cero si elegían a Walmart” en cuyo caso “la ofensiva de Amazon Mom continuaría”).

304 *Id.*

305 La FTC revisó el acuerdo conforme a la Sección 7 de la *Clayton Act*, la disposición que regula las fusiones, así como la Sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*, que aborda las prácticas desleales. Véase *Letter from Donald S. Clark, Sec'y, FTC, to Peter C. Simpson Thacher & Waite LLP* (23 de marzo de 2011), [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing\\_letters/amazon.com-inc./quidsi-inc./110323amazonthomas.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/amazon.com-inc./quidsi-inc./110323amazonthomas.pdf) [<http://perma.cc/7E5A-LYMB>]; véase también Stone, *supra* nota 297 (“La FTC examinó la adquisición durante cuatro meses y medio, superando la revisión estándar y pasando a la fase de segunda solicitud, en la que las empresas deben proporcionar más información sobre la transacción. Según un funcionario de la FTC familiarizado con la revisión, el acuerdo planteó una serie de señales de alerta, como la eliminación de un actor principal en una categoría competitiva”).

306 Véase STONE, *supra* nota 239, en 298.

307 “En este momento, [Amazon Mom] no está aceptando nuevos miembros” declaró un portavoz de la empresa, negándose a explicar la razón. Thad Rueter, *Let's Hope Amazon Doesn't Make Them Wait Until Potty Training Ends*, INTERNET RETAILER (30 de noviembre de 2011, 3:35 p. m.), <http://www.internetretailer.com/2011/11/30/now-amazon-closes-membership-moms-discount-program> [<http://perma.cc/L76R-XEHP>].

308 Thad Rueter, *Amazon Tweaks Its Diaper Program, Moms Vent and a Competitor Pounces*, INTERNET RETAILER (23 de febrero de 2012, 4:19 p. m.), <http://www.internetretailer.com/2012/02/23/amazon-tweaks-diaper-program-moms-vent-competitor-pounces> [<http://perma.cc/GBU7-KYNF>].

elevó aún más los precios: los miembros que compraran más de cuatro artículos al mes ya no recibirían el descuento general del 20%, y el descuento del 20% en toallitas húmedas —uno de los productos más vendidos del programa— se redujo al 5%<sup>309</sup>. Resumiendo los cambios, un periodista observó: “El programa Amazon Mom se ha vuelto mucho menos generoso que cuando se introdujo en 2010”<sup>310</sup>. En foros en línea, donde los consumidores expresaron su frustración, varios usuarios afirmaron que dejarían de comprar en Amazon y volverían a Diapers.com —lo que, como otros usuarios señalaron, ya no era posible<sup>311</sup>. Mediante esta estrategia, Amazon consolidó una posición dominante en el mercado de productos para bebés<sup>312</sup>.

La conducta de Amazon contradice la concepción contemporánea de los precios predatores, según la cual la predación no conduce a la adquisición de un competidor. En *The Antitrust Paradox*, Bork escribió: “La legislación moderna sobre operaciones de concentración horizontales hace prácticamente imposible que el depredador ponga fin a la guerra adquiriendo a su víctima. Para lograr el propósito del predador, la fusión debe crear un monopolio”, y las leyes “impedirían la obtención del monopolio necesario para hacer rentable la depredación”<sup>313</sup>. Para sectores con bajos costos de entrada, Bork sostenía que esta estrategia era inviable debido a la posibilidad constante de reingreso de nuevos actores. “Un minorista de calzado puede ser eliminado rápidamente, pero la reentrada será igual de rápida”<sup>314</sup>. En sectores con altos costos de entrada, Bork argumentaba que la salida de los competidores era improbable porque la administración tendría que creer que la predación había destruido el valor de sus instalaciones. Por ejemplo, “el ferrocarril, que implica instalaciones especializadas, es difícil de ingresar, pero la posible víctima de predación sería difícil de eliminar precisamente porque las instalaciones ferroviarias no son útiles en otras industrias”<sup>315</sup>.

¿Se parece el comercio minorista en línea de productos para bebés al comercio de calzado o a la industria ferroviaria? Dada la ausencia de barreras formales, la entrada debería ser sencilla: a diferencia del ferrocarril, vender productos para bebés en línea no requiere inversiones elevadas ni costos fijos significativos. Sin embargo, las características económicas del comercio electrónico no se asemejan a las del comercio minorista tradicional. Atraer tráfico y generar ventas como minorista en línea independiente implica elevados costos de búsqueda, y la gran mayoría del comercio electrónico se realiza en plataformas, mercados centrales que conectan compradores y vendedores. En la práctica, por lo tanto, la entrada exitosa de un potencial vendedor minorista de pañales supone que este pueda sortear el costo de intentar construir una nueva plataforma en línea o de crear una marca lo suficientemente fuerte como para atraer tráfico desde la plataforma de una empresa ya establecida. Como han señalado varios autores, las barreras prácticas para una entrada exitosa y sostenida como plataforma en línea son muy altas, debido a las enormes ventajas de primer movimiento derivadas de la recolección de datos y los efectos de red<sup>316</sup>. Además, las altas barreras de salida que Bork atribuía a los ferrocarriles —es decir, la necesidad de

309 *Id.*

310 Laura Owen, *Amazon Cuts the Benefits Again in Amazon Mom, Its Prime Program for Parents*, GIGAOM (29 de septiembre de 2014, 7:42 a. m.), <http://gigaom.com/2014/09/29/amazon-cuts-the-benefits-again-in-amazon-mom-its-prime-program-for-parents> [<http://perma.cc/993P-JPZN>].

311 En respuesta a las quejas sobre los cambios abruptos de Amazon, las que iban acompañadas de clientes que recomendaban Diapers.com, un usuario comentó: “Diapers.com tiene un programa de envío diferente, pero fue adquirida recientemente por Amazon. Supongo que sus políticas de envío podrían cambiar pronto también” *Shopaholic*, comentario en *Amazon Mom Benefits Misleading!*, AMAZON (15 de junio de 2011, 4:56 p. m.), [http://www.amazon.com/forum/baby/ref=cm\\_cd\\_pg\\_pg22\\_encoding=UTF8&cdForum=FxSKWDWQR-Z03WU&cdPage=2&cdThread=Tx1ZC5GMKB4JEPQ](http://www.amazon.com/forum/baby/ref=cm_cd_pg_pg22_encoding=UTF8&cdForum=FxSKWDWQR-Z03WU&cdPage=2&cdThread=Tx1ZC5GMKB4JEPQ) [<http://perma.cc/E5NH-JCJ7>].

312 Amazon lidera el mercado en línea de productos para bebés, con una participación del 43%. Walmart y Target le siguen con 23% y 18%, respectivamente. *Target, Walmart, Amazon Dominate the Online Baby Goods Market*, BUS. INSIDER (22 de abril de 2016, 8:30 p. m.), <http://www.businessinsider.com/target-walmart-amazon-dominate-the-online-baby-goods-market-2016-4> [<http://perma.cc/85KZ-QQCR>].

313 BORK, *supra* nota 32, en 153.

314 *Id.*

315 *Id.*

316 Véase, en general, Tim Wu, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires* (2010) (sosteniendo que todas las industrias de la información en EE. UU., desde el teléfono, han terminado en monopolios); Candeub, *supra* nota 225 (sugiriendo que los efectos de red pueden producir resultados anticompetitivos en el mercado en línea debido al esfuerzo cognitivo necesario para cambiar de motor de búsqueda); Nathan Newman, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, 31 *Yale J. on Reg.* 401 (2014) (proponiendo un nuevo enfoque de las investigaciones antimonopolio centrado en los efectos anticompetitivos del control corporativo sobre los datos personales); Frank Pasquale, *Privacy, Antitrust, and Power*, 20 *Geo. Mason L. Rev.* 1009 (2013) (abogando por reformas en las políticas de

convencerse de que sus instalaciones valían más como chatarra que como ferrocarril— no se aplican a las plataformas digitales. La inversión en plataformas en línea no reside en infraestructura física reutilizable, sino en intangibles como el reconocimiento de marca. Estos activos pueden ser absorbidos por una plataforma o minorista rival con mucha mayor facilidad de la que tendría un ferrocarril para absorber una línea competitora<sup>317</sup>. En otras palabras, los minoristas en línea como Quidsi enfrentan las altas barreras de entrada de un ferrocarril, combinadas con los bajos costos de salida típicos de los minoristas de negocios con presencia física: una combinación que ni Bork ni los tribunales consideraron.

Los tribunales también tienden a subestimar que los depredadores pueden usar la intimidación psicológica para mantener alejados a los competidores<sup>318</sup>. La historia de Amazon con Quidsi ha enviado un mensaje claro a los posibles rivales: a menos que las empresas emergentes dispongan de bolsillos lo suficientemente profundos para soportar pérdidas en una batalla directa con Amazon, puede no valer la pena ingresar al mercado. Incluso cuando Amazon ha aumentado el precio de su programa Amazon Mom, no han surgido nuevos competidores dispuestos a desafiarlo en este sector, lo que respalda la idea de que la intimidación también puede funcionar en la práctica como una barrera a la entrada<sup>319</sup>.

Como el minorista en línea más grande del mundo, Amazon funciona como punto de partida predeterminado para muchos compradores digitales: un estudio estima que el 44% de los consumidores en Estados Unidos “acuden directa e inicialmente a Amazon para buscar productos”<sup>320</sup>. Además, la enorme cantidad de datos que Amazon ha recopilado sobre los historiales de navegación y búsqueda de los consumidores puede crear el mismo problema que enfrentan los posibles competidores de Google: “una barrera de entrada insuperable para la nueva competencia”<sup>321</sup>. Aunque al menos una empresa surgió con la intención de desafiar a Amazon<sup>322</sup>, sus fundadores vendieron recientemente la compañía a Walmart<sup>323</sup>, un hecho que sugiere que los únicos actores con capacidad para competir con Amazon son los gigantes ya establecidos. Sin embargo, incluso esta estrategia es mirada con escepticismo<sup>324</sup>. Si bien minoristas tradicionales como Target han intentado atraer a los consumidores en línea mediante descuentos y bajos costos de envío<sup>325</sup>, Amazon sigue siendo el principal vendedor digital de productos para bebés<sup>326</sup>. Aunque Amazon consolidó su dominio en este mercado mediante agresivas reducciones de precios y ventas con pérdidas significativas, sus acciones no han dado lugar a demandas por precios predatorios. En parte, esto se debe a que la teoría vigente asume —siguiendo el análisis de Bork— que la entrada al mercado es lo suficientemente sencilla como para que surjan nuevos competidores cada vez que una empresa dominante comienza a cobrar precios monopólicos.

---

privacidad y competencia para considerar la relación entre participación de mercado y control de datos).

317 Por ejemplo, Amazon adquirió Zappos.com en 2009, pero decidió mantener la marca como independiente en lugar de integrarla a Amazon.com. Sarah Lacy, *Amazon Buys Zappos; The Price Is \$928m., Not \$847m.*, TECHCRUNCH (22 de julio de 2009), <http://techcrunch.com/2009/07/22/amazon-buys-zappos> [<http://perma.cc/5NGV-P2AU>].

318 Véase, por ejemplo, Leslie, *supra* nota 94, en 1728-29.

319 *Jet.com*, la única empresa que sí intentó enfrentarse a Amazon, fue adquirida recientemente por Walmart. Véase Steven Davidoff Solomon, *Tech Giants Gobble Start-Ups in an Antitrust Blind Spot*, N.Y. TIMES: DEALBOOK (16 de agosto de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/08/17/business/dealbook/expect-little-antitrust-challenge-to-walmarts-bid-for-jet-com.html> [<http://perma.cc/WRC9-QGKR>].

320 Moore, *supra* nota 14. Google ha declarado que su mayor rival en el ámbito de las búsquedas no es Bing ni Yahoo, sino que Amazon. Véase Jeevan Vasagar & Alex Barker, *Amazon Is Our Biggest Search Rival, Says Google's Eric Schmidt*, FIN. TIMES (13 de octubre de 2014), <http://www.ft.com/cms/s/0/748bfff70-52f2-11e4-b917-00144feab7de.html> [<http://perma.cc/3PHW-7ZEW>].

321 Newman, *supra* nota 316, en 409.

322 Véase Vauhini Vara, *Can Jet.com Take On Amazon and Win?*, NEW YORKER (21 de julio de 2015), <http://www.newyorker.com/business/currency/can-jet-com-take-on-amazon-and-win> [<http://perma.cc/S2K2-SMHA>].

323 Shannon Pettypiece & Selina Wang, *Wal-Mart To Acquire Jet.com for \$3.3 Billion To Fight Amazon*, BLOOMBERG (8 de agosto de 2016), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-08/wal-mart-agrees-to-buy-jet-com-for-3-billion-to-fight-amazon> [<http://perma.cc/FEK9-NMR9>].

324 Véase Grace Noto, *Jet.Com Acquisition Not Enough To Challenge Amazon, Experts Say*, BANK INNOVATION (22 de agosto de 2016), <http://bankinnovation.net/2016/08/jet-com-acquisition-not-enough-to-challenge-amazon-experts-say> [<http://perma.cc/CQ3Y-6J8X>] (“[T]odavía existe un considerable escepticismo en la industria sobre la capacidad de alguien para derrocar a Amazon. «Amazon es bastante dominante y seguirá siéndolo en el futuro previsible, porque los recursos que invierte en comercio electrónico y en todas sus otras iniciativas son formidables», dijo la vicepresidenta y analista principal de Forester Research, Sucharita Mulpuru-Kodali. «Walmart ha ido ganando algo de terreno en ciertos aspectos, pero suele ser dos pasos adelante y uno atrás para ellos»); Pettypiece & Wang, *supra* nota 323 (“Amazon es una máquina (...) No vas a superar a Amazon siendo Amazon”).

325 Véase Tuttle, *supra* nota 298.

326 Véase *id.* (señalando que la cuota de mercado de Amazon duplica la de Target).

En este caso, Amazon aumentó los precios reduciendo los descuentos y (al menos temporalmente) negándose a expandir el programa. Incluso si una empresa percibiera la demanda insatisfecha como una oportunidad para ingresar, varios factores resultarían desalentadores de maneras que la doctrina actual no contempla. En teoría, el comercio minorista en línea tiene bajos costos de entrada, ya que cualquiera puede abrir una tienda virtual sin costos fijos importantes. Pero, en la práctica, ingresar exitosamente a los mercados en línea constituye un desafío que requiere una inversión inicial considerable. Implica construir una marca sólida que atraiga usuarios a un sitio independiente o recurrir a una plataforma existente —como Amazon o eBay—, lo que puede presentar otros desafíos anticompetitivos<sup>327</sup>. De hecho, la mayoría de los minoristas independientes optan por vender a través de Amazon<sup>328</sup>, incluso cuando esa relación comercial puede debilitar su propio negocio. El hecho de que no haya surgido un verdadero competidor, incluso después de que Amazon aumentara los precios, pone en aprietos el supuesto que subyace en la doctrina de competencia actual.

## C. Amazon *Delivery* y el apalancamiento del dominio entre sectores

Como demuestra su historia con Quidsi, la disposición de Amazon a soportar pérdidas le ha permitido fijar precios por debajo del costo para establecer su dominio como minorista en línea. Amazon ha traducido ese dominio en un poder de negociación significativo en el sector de *delivery*, utilizándolo para obtener condiciones favorables de las empresas de *delivery* de terceros. Esto, a su vez, le ha permitido extender su poder sobre otros minoristas mediante la creación del servicio FBA y el establecimiento de su propia capacidad física de entrega. Ello ilustra cómo una empresa puede aprovechar una plataforma dominante para integrarse con éxito en otros sectores, generando dinámicas anticompetitivas. Los competidores minoristas quedan entonces ante dos opciones poco deseables: intentar competir con Amazon en desventaja o volverse dependientes de un competidor que ha de manejar su distribución y logística.

A medida que Amazon expandió su participación en el comercio electrónico —y expandió como un todo la industria del comercio electrónico—, comenzó a representar una porción cada vez mayor del negocio de las empresas de *delivery*. Por ejemplo, en 2015, UPS obtuvo mil millones de dólares en ingresos provenientes solo de Amazon<sup>329</sup>. El hecho de que Amazon representara una parte creciente del negocio de estas empresas le otorgó poder de negociación para conseguir tarifas más bajas<sup>330</sup>. Según algunas estimaciones, Amazon disfrutaba de un descuento del 70% respecto de los precios regulares de envío<sup>331</sup>. Las empresas de *delivery* buscaron compensar los descuentos otorgados a Amazon aumentando los precios cobrados a vendedores independientes<sup>332</sup>, fenómeno que ha sido denominado recientemente como el “efecto colchón de agua”

327 Véase *infra* Sección IV.D.

328 Véase LaVecchia & Mitchell, *supra* nota 6, en 18.

329 Laura Stevens & Greg Bensinger, *Amazon Seeks To Ease Ties with UPS*, WALL ST. J. (22 de diciembre de 2015, 8:52 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/amazon-seeks-to-ease-ties-with-ups-1450835575> [<http://perma.cc/8385-A7AJ>].

330 En su formulario 10-K, UPS declara que, si bien ningún cliente individual representa más del 10% de sus ingresos consolidados, su negocio sigue siendo vulnerable a las decisiones de algunos grandes clientes. *UPS, Inc., Annual Report* (Form 10-K) 15 (29 de enero de 2016), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1090727/000109072715000008/ups-12312014x10k.htm> [<http://perma.cc/TU77-B4Q4>] (“[A]lgunos de nuestros grandes clientes podrían representar una proporción relativamente significativa del crecimiento de los ingresos en un trimestre o año determinado (...). Estos clientes podrían optar por desviar la totalidad o parte de su negocio hacia uno de nuestros competidores, exigir concesiones de precios por nuestros servicios, requerir servicios mejorados que aumenten nuestros costos, o desarrollar sus propias capacidades de envío y distribución. Si estos factores impulsaran a algunos de nuestros grandes clientes a cancelar total o parcialmente su relación comercial con nosotros, podría afectar de manera sustancial el crecimiento de nuestro negocio y nuestra capacidad para cumplir nuestras previsiones financieras a corto y largo plazo.”).

331 Véase Stephanie Clifford & Claire Cain Miller, *Wal-Mart Says 'Try This On': Free Shipping*, N.Y. TIMES (11 de noviembre de 2010), <http://www.nytimes.com/2010/11/11/business/11shipping.html> [<http://perma.cc/ULM8-3ASC>] (“[L]os precios de envío aéreo para los grandes minoristas son alrededor de un 70% menores que para una empresa pequeña. Los envíos en Amazon cuestan alrededor del 4% de las ventas, y Amazon pierde dinero con ello porque obtiene beneficios de marketing (...). [E]l envío en sitios pequeños suele representar alrededor del 35% de las ventas (...”). El Congreso aprobó la *Robinson-Patman Act* precisamente para evitar este tipo de “efecto colchón de agua (*waterbed effect*)”. Como se describió anteriormente, la hostilidad de la Escuela de Chicago hacia dicha ley ha llevado a que tanto las agencias antimonopolio como los tribunales prácticamente hayan dejado de aplicarla. Véase *supra* texto correspondiente a las notas 77-108.

332 Véase Laura Stevens, *'Free' Shipping Crowds Out Small Retailers*, WALL ST. J. (27 de abril de 2016, 10:39 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/for-online-shoppers-free-shipping-reigns-supreme-1461789381> [<http://perma.cc/R7YL-2FTS>].

(waterbed effect)<sup>333</sup>. Según lo han descrito los académicos,

"[L]a presencia de un efecto colchón de agua puede distorsionar aún más la competencia al otorgar a un comprador poderoso una doble ventaja: condiciones más favorables para sí mismo y mayores costos de adquisición para sus rivales. Lo que se convierte en un círculo virtuoso para el comprador fuerte termina siendo un círculo vicioso para sus competidores más débiles"<sup>334</sup>.

A esta doble ventaja, Amazon añadió un tercer beneficio: transformar la debilidad de sus rivales en una oportunidad de negocio. En 2006, Amazon introdujo FBA, un servicio de logística y distribución para vendedores independientes<sup>335</sup>. Los comerciantes que se inscriben en FBA almacenan sus productos en los almacenes de Amazon, y la empresa se encarga de empacar, enviar y ofrecer servicio al cliente en los pedidos. Los productos vendidos mediante FBA son elegibles para el servicio Amazon Prime —es decir, envío gratuito en dos días o envío gratuito estándar, según el pedido<sup>336</sup>. Dado que muchos comerciantes que venden en Amazon compiten con la propia operación minorista de la compañía y con su servicio Prime, utilizar FBA les permite competir con menor desventaja.

Cabe destacar que fue precisamente porque los vendedores independientes enfrentaban tarifas más altas de UPS y FedEx —como resultado del dominio de Amazon— que Amazon logró atraerlos hacia su nuevo negocio<sup>337</sup>. En muchos casos, los pedidos gestionados por FBA seguían siendo enviados y entregados por UPS y FedEx, ya que Amazon aún dependía de estas empresas<sup>338</sup>. Pero como Amazon había conseguido descuentos que no estaban disponibles para otros vendedores, resultaba más barato para ellos enviar a través de Amazon que contratar directamente con UPS o FedEx. Así, Amazon utilizó su dominio en el sector minorista para crear e impulsar una nueva empresa en el sector de *delivery*, insertándose en el negocio de sus propios competidores.

Amazon ha continuado esta incursión inicial en los servicios de distribución construyendo un imperio logístico. Desarrollar capacidad física le permite reducir aún más sus tiempos de entrega, elevando la barrera de entrada para sus competidores. Además, su capacidad para invertir agresivamente le ha permitido establecer rápidamente una extensa red de infraestructura física. Desde 2010, Amazon ha invertido 13,9 mil millones de dólares en la construcción de almacenes<sup>339</sup>, y gastó 11,5 mil millones solo en envíos durante

333 Véase Paul W. Dobson & Roman Inderst, *The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together*, 2008 *Wis. L. Rev.* 331, 336–37 (“Si, en cambio, los descuentos a uno o a unos pocos compradores colocaran a otros compradores en una peor posición de negociación hasta el punto de pagar precios aún más altos (por ejemplo, usando primas en lugar de descuentos), la consecuencia indirecta podría ser precios minoristas más altos y una competencia debilitada. Este último caso es un ejemplo del efecto colchón de agua —donde el poder de compra diferencial implica que algunos compradores ganan tanto en términos relativos como absolutos a expensas de otros compradores”); John Kirkwood, *Powerful Buyers and Merger Enforcement*, 92 *B.U. L. Rev.* 1485, 1544 (2012) (“[Supón que una empresa] exige precios u otras concesiones a sus proveedores [...] y que esas concesiones, sin embargo, provocan que los proveedores aumenten los precios a compradores más pequeños o, de otro modo, empeoren sus condiciones”).

334 Dobson & Inderst, *supra* nota 333, en 337.

335 *Press Release*, Amazon, *Amazon Launches New Services To Help Small and Medium-Sized Businesses Enhance Their Customer Offerings by Accessing Amazon's Order Fulfillment, Customer Service, and Website Functionality* (19 de septiembre de 2006), <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=97664&p=irol-newsArticle&ID=906817> [<http://perma.cc/MC8G-9LRJ>].

336 *Id.* (“Los clientes de Amazon.com ahora pueden usar ofertas como Amazon Prime y Free Super Saver Shipping al comprar productos con el ícono «Fulfilled by Amazon» junto al listado de la oferta.”).

337 Véase Paul Cole, *Should You Use Amazon Discounted UPS Shipping?*, SELLERENGINE (2012), <http://sellerengine.com/should-you-use-amazon-discounted-ups-shipping> [<http://perma.cc/54ND-B2WH>] (“Probablemente la elección más común sea usar la tarifa que viene con el descuento UPS hace a Amazon. Para muchos vendedores, esta es la mejor opción. Es una tarifa más baja que la que probablemente recibirías de UPS o FedEx si tuvieras tu propia cuenta. Actualmente, la tarifa de Amazon con UPS es aproximadamente un 20% más barata que una cuenta promedio de FedEx: \$0,38 por libra frente a \$0,48 por libra”).

338 Antes de desarrollar sus propias operaciones de entrega, Amazon utilizaba (entre otros) a UPS y FedEx. Véase, por ejemplo, Marcus Wohlsken, *Amazon Takes a Big Step Towards Finally Making Its Own Deliveries*, WIRED (25 de septiembre de 2014, 2:30 p. m.), <http://www.wired.com/2014/09/amazon-takes-big-step-toward-competing-directly-ups> [<http://perma.cc/42AT-Y>].

339 Daniella Kucera, *Why Amazon Is on a Building Spree*, BLOOMBERG (29 de agosto de 2013, 8:51 a. m.), <http://www.bloomberg.com/bw/articles/2013-08-29/why-amazon-is-on-a-warehouse-building-spree> [<http://perma.cc/999P-MLSN>].

2015<sup>340</sup>. La empresa ha abierto más de 180 almacenes<sup>341</sup>, 28 centros de clasificación, 59 estaciones de entrega que alimentan a los repartidores, y más de 65 centros *Prime Now*<sup>342</sup>. Los analistas estiman que la ubicación de los centros de cumplimiento de Amazon la sitúa a menos de 32 kilómetros (20 millas) del 31% de la población y dentro de la misma distancia del 60% de su base de entregas en el mismo día<sup>343</sup>. Esta extensa red de centros —ubicados en o cerca de áreas metropolitanas— permite a Amazon ofrecer entregas en una hora en algunos lugares y en el mismo día en otros (un servicio que otorga gratuitamente a los miembros de Amazon Prime)<sup>344</sup>. Aunque varios rivales intentaron inicialmente ingresar al mercado de *delivery* para competir con el *delivery* de Amazon Prime, algunos ya se han retirado<sup>345</sup>. Como señaló un analista, “Prime ha resultado extremadamente difícil de imitar para los competidores”<sup>346</sup>.

Más recientemente, Amazon también se ha expandido al transporte por carretera. En diciembre pasado, anunció que planeaba poner en marcha miles de camiones semirremolques de su marca, una medida que le otorgará aún más control sobre el *delivery*, una cuestión que necesita en su esfuerzo por acelerar la velocidad con que puede transportar bienes a los clientes<sup>347</sup>. Amazon posee ahora cuatro mil remolques de camión y también ha firmado contratos para buques portacontenedores, aviones<sup>348</sup>, y drones<sup>349</sup>. En octubre de 2016, Amazon había arrendado al menos cuarenta aviones<sup>350</sup>. Ex empleados afirman que el objetivo a largo plazo de Amazon es evitar por completo lidiar con UPS y FedEx, aunque la empresa ha declarado que solo busca complementar, y no sustituir, su dependencia de estas compañías<sup>351</sup>.

La manera en que Amazon ha aprovechado su dominio como minorista en línea para integrarse verticalmente en la entrega resulta ilustrativa en varios aspectos. En primer lugar, constituye un caso de manual de cómo la empresa puede usar su dominio en un ámbito para favorecer una línea de negocio distinta. Ciertamente, esta dinámica no es intrínsecamente anticompetitiva. Sin embargo, lo que debería suscitar preocupación en el caso de Amazon es que la empresa logró esas ventajas intersectoriales en parte gracias a su poder de negociación. Dado que Amazon pudo exigir fuertes descuentos a FedEx y UPS, otros vendedores enfrentaron aumentos de precios por parte de esas compañías, lo que posicionó a Amazon para captarlos como clientes de su nuevo negocio. Al pasar por alto factores estructurales como el poder de negociación, la doctrina de competencia contemporánea no logra abordar este tipo de amenaza para los mercados competitivos.

340 Leonard, *supra* nota 207.

341 Greg Bensinger & Laura Stevens, *Amazon’s Newest Ambition: Competing Directly with UPS and FedEx*, WALL ST. J. (27 de septiembre de 2016, 1:45 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/amazons-newest-ambitioncompeting-directly-with-ups-and-fedex-1474994758> [<http://perma.cc/BB7F-PXJP>].

342 *Id.*

343 Jillian D’Onfro, *Here Are All of Amazon’s Warehouses in the US*, BUS. INSIDER (24 de marzo de 2015, 1:48 p. m.), <http://www.businessinsider.com/how-many-fulfillment-centers-does-amazon-have-in-the-us-2015-3#ixzz3f3AX8zda> [<http://perma.cc/TF8G-BJ72>].

344 Bensinger & Stevens, *supra* nota 341.

345 Véase Spencer Soper, *EBay Ends Same-Day Delivery in U.S. in Face of Amazon Effort*, BLOOMBERG (27 de julio de 2015, 3:53 p. m.), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-27/ebay-ends-same-day-delivery-in-u-s-in-face-of-amazon-effort> [<http://perma.cc/5TD9-XDC5>].

346 Stone, *supra* nota 206; véase también JP Mangalindan, *Amazon’s Prime and Punishment*, FORTUNE (21 de febrero de 2012, 8:02 p. m.), <http://fortune.com/2012/02/21/amazons-prime-and-punishment> [<http://perma.cc/68KL-8C5Z>] (“Si eres un minorista competidor, deberías asumir en tus planes que Prime algún día será un servicio de entrega en un día o entrega en el mismo día que además tiene 100.000 películas gratuitas —va en esa dirección», comenta el analista [Matt] Nemer. Si ese día llega, Prime no será solo un programa nominal de lealtad o un costo de adquisición de clientes: será un monolito con el que pocos podrán competir”).

347 Jason Del Ray, *Amazon Buys Thousands of Its Own Truck Trailers as Its Transportation Ambitions Grow*, RECODE (4 de diciembre de 2015, 8:00 a. m.), <http://recode.net/2015/12/04/amazon-buys-thousands-of-its-own-trucks-as-its-transportation-ambitions-grow> [<http://perma.cc/8LBF-NCYB>]; Leonard, *supra* nota 207.

348 Robin Lewis, *Amazon’s Shipping Ambitions Are Larger than It’s Letting On*, FORBES (1 de abril de 2016, 8:30 a. m.), <http://www.forbes.com/sites/robinlewis/2016/04/01/planes-trains-trucks-and-ships/#260c3aa1408c> [<http://perma.cc/HZ4V-KCLE>].

349 Farhad Manjoo, *Think Amazon’s Drone Idea Is a Gimmick? Think Again*, N.Y. TIMES (10 de agosto de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/08/11/technology/think-amazons-drone-delivery-idea-is-a-gimmick-think-again.html> [<http://perma.cc/9A7F-VAY6>].

350 *Id.*

351 Véase Del Ray, *supra* nota 347; véase también Leonard, *supra* nota 207 (“Otros creen que Amazon convertirá su red de entrega en un negocio, como hizo con Amazon Web Services, desafiando así a las principales empresas de transporte del mundo (...). El temor se ha extendido a Wall Street, donde los analistas señalan que los inversionistas se preocupan por lo que la estrategia de Amazon significa para la industria del transporte. «La inclinación natural de cualquier observador del mercado cuando ve a Amazon es sentir miedo», dice David Vernon, analista de Sanford C. Bernstein que sigue el mercado del transporte. «Amazon es el epítome de un juego de suma cero»”).

En segundo lugar, Amazon está en posición de utilizar su dominio tanto en el comercio minorista en línea como en el *delivery* de formas que implican hacer ventas atadas, que son excluyentes y que crean barreras de entrada<sup>352</sup>. Es decir, la distorsión que crea Amazon en el sector de *delivery* genera a su vez desafíos anticompetitivos en el sector minorista. Por ejemplo, los vendedores que utilizan FBA tienen más probabilidades de aparecer en posiciones superiores en los resultados de búsqueda de Amazon que aquellos que no lo hacen, lo que significa que Amazon está atando los resultados que genera para los vendedores que usan su plataforma minorista a si también emplean su negocio de *delivery*<sup>353</sup>. Amazon también se encuentra en posición de utilizar su infraestructura logística para entregar sus propios bienes minoristas más rápido que los de vendedores independientes que usan su plataforma y servicio de cumplimiento, una forma de discriminación que ejemplifica las preocupaciones tradicionales sobre la integración vertical. Y la capacidad de Amazon para asumir pérdidas y sus amplias capacidades logísticas significan que podría privilegiar sus propios productos mientras aún ofrece a los vendedores independientes la posibilidad de enviar bienes más barata y rápidamente de lo que podrían hacerlo directamente mediante UPS y FedEx.

De manera relacionada, la expansión de Amazon en el sector de *delivery* también plantea interrogantes sobre la limitada concepción de la Escuela de Chicago respecto de las barreras de entrada. La capacidad de la empresa para asumir pérdidas —la autorización que ha obtenido de los inversionistas para mostrar utilidades negativas— ha sido clave para permitir a Amazon alcanzar un crecimiento desproporcionado en *delivery* y logística. Igualar la red de Amazon requeriría que un competidor invirtiera fuertemente y, para competir de manera viable, ofreciera envíos gratuitos o por debajo del costo. En entrevistas con periodistas, los capitalistas de riesgo (*venture capitalists*) señalan que no existe apetito para financiar empresas que busquen competir con Amazon en el *delivery* físico<sup>354</sup>. De esta manera, la capacidad de Amazon para sostener pérdidas crea una barrera de entrada para cualquier empresa que no goce del mismo privilegio.

En tercer lugar, el uso de *Prime* y FBA por parte de Amazon ejemplifica cómo la empresa se ha posicionado estructuralmente en el centro del comercio electrónico. Actualmente, el 44% de los compradores en línea estadounidenses comienzan sus compras en la plataforma de Amazon<sup>355</sup>. Dado ese tráfico, resulta cada vez más claro que, para tener éxito en el comercio electrónico, un comerciante independiente necesitará utilizar la infraestructura de Amazon. El hecho de que Amazon compita con muchos de los negocios que dependen de ella genera una serie de conflictos de interés que la compañía puede explotar para privilegiar sus propios productos.

El marco dominante en materia antimonopolio hoy no reconoce el riesgo que el dominio de Amazon representa en términos de discriminación y barreras a la entrada de nuevas empresas. En parte, esto se debe a que —al igual que con la concepción de los precios predatores— el daño principal que se registra dentro del paradigma del “bienestar del consumidor” son los precios más altos para los consumidores. Según la perspectiva de la Escuela de Chicago, la integración vertical de Amazon solo sería perjudicial si y cuando decidiera usar su dominio en el *delivery* y el comercio minorista para aumentar las tarifas a los consumidores. Amazon ya ha incrementado los precios de *Prime*<sup>356</sup>. Pero los encargados de aplicar las leyes de competencia deberían preocuparse igualmente por el hecho de que Amazon controla cada vez más la infraestructura del comercio en línea, y por las formas en que está aprovechando este dominio para expandir y favorecer sus nuevos emprendimientos comerciales. Los conflictos de interés que surgen del hecho de que Amazon compita con los comerciantes y al mismo tiempo entregue sus productos representan un peligro

352 Se crea una venta atada cuando una empresa exige a los consumidores interesados en adquirir el bien A que compren el bien A (el bien atador) y el bien B (el bien atado) de la misma empresa. La práctica obliga a un cliente que no quiere el bien atado a adquirirlo, mientras que una negativa a contratar rechaza a un cliente dispuesto. Véase Einer Elhauge, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theorem*, 123 HARV. L. REV. 397, 466–67 (2009).

353 Véase Will Mitchell, *How To Rank Your Products on Amazon—The Ultimate Guide*, STARTUPBROS, <http://startupbros.com/rank-amazon> [<http://perma.cc/6X3E-KNHE>].

354 “Uno de los mayores temas es el desafío es hacer llegar el producto a los consumidores y depender de [empresas de cumplimiento], pero no tienen otra opción, no pueden realizar inversiones [si] Amazon está en el negocio de cumplimiento”. Ray, *supra* nota 232.

355 Moore, *supra* nota 14.

356 Véase Bensinger, *supra* nota 223.

para la competencia, particularmente a la luz de la posición consolidada de Amazon como plataforma en línea. Los conflictos de interés de Amazon empañan la neutralidad del proceso competitivo. Los miles de minoristas y empresas independientes que deben “viajar sobre los rieles” de Amazon para llegar al mercado dependen cada vez más de su mayor competidor.

## D. Amazon Marketplace y la explotación de datos

Como se describió anteriormente, la integración vertical en el comercio minorista y el *delivery* físico puede permitir a Amazon aprovechar ventajas intersectoriales de formas potencialmente anticompetitivas, pero que no son comprendidas como tales bajo la doctrina de competencia actual. Dinámicas análogas se manifiestan en el dominio de Amazon en la provisión de infraestructura en línea, en particular su *Marketplace* para vendedores externos. Dado que la información sobre las prácticas de Amazon en este ámbito es limitada, esta sección será necesariamente breve. Pero para captar plenamente los rasgos anticompetitivos de la estrategia empresarial de Amazon, resulta esencial analizar cómo la integración vertical en los negocios de internet introduce oportunidades más sofisticadas —y potencialmente más preocupantes— para abusar de ventajas entre mercados y excluir rivales.

El ejemplo más claro de cómo la empresa apalanca su poder entre negocios en línea es Amazon Marketplace, donde minoristas externos venden sus productos. Dado que Amazon concentra una gran cuota del tráfico del comercio electrónico, muchos comerciantes pequeños consideran necesario usar su sitio para atraer compradores<sup>357</sup>. Estos vendedores listan sus productos en la plataforma de Amazon y la empresa recauda comisiones que van del 6% al 50% de sus ventas<sup>358</sup>. Más de dos millones de vendedores externos han utilizado la plataforma de Amazon hacia el año 2015, un aumento respecto del, aproximadamente, un millón que la utilizaba en 2006<sup>359</sup>. Los ingresos que Amazon genera a través de *Marketplace* han sido una fuente importante de su crecimiento: la participación de los vendedores externos en el total de artículos vendidos en Amazon pasó del 36% en 2011<sup>360</sup> a más del 50% en 2015<sup>361</sup>.

Los vendedores externos que utilizan *Marketplace* reconocen que emplear la plataforma los coloca en una situación difícil. Como observó un comerciante, “en realidad no puedes ser un vendedor en línea de alto volumen sin estar en Amazon, pero los vendedores son muy conscientes de que Amazon también es su principal competidor”<sup>362</sup>. La evidencia sugiere que su inquietud está bien fundada. Amazon parece usar su *Marketplace* “como un vasto laboratorio para identificar nuevos productos que vender, probar las ventas de posibles nuevos bienes y ejercer un mayor control sobre los precios”<sup>363</sup>. Específicamente, los informes indican que “Amazon utiliza los datos de ventas de comerciantes externos para tomar decisiones de compra a fin de vender a precios más bajos que ellos” y otorgar a sus propios artículos “una posición destacada en las búsquedas”<sup>364</sup>. Tomemos el ejemplo de Pillow Pets, “almohadas con forma de animales de peluche inspiradas en las mascotas de la NFL” que un comerciante externo vendía a través del sitio de Amazon<sup>365</sup>. Durante varios meses, el comerciante vendía hasta cien almohadas por día<sup>366</sup>. Según un relato, “justo antes de la temporada navideña, [el comerciante] notó que Amazon había comenzado a ofrecer las mismas *Pillow Pets* al mismo precio, otorgando a [sus propios] productos una posición destacada en el sitio”<sup>367</sup>. Las

357 Véase Angus Loten & Adam Janofsky, *Sellers Need Amazon, but at What Cost?*, WALL ST. J. (14 de enero de 2015, 6:30 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/sellers-need-amazon-but-at-what-cost-1421278220> [<http://perma.cc/4MYB-PHQN>] (“Si le dices que no a Amazon, estás cerrando la puerta a toneladas de ventas.”).

358 *Id.*

359 *Id.*

360 Greg Bensinger, *Competing with Amazon on Amazon*, WALL ST. J. (27 de junio de 2012, 6:15 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/SB100014240527023044140457748290205582264> [<http://perma.cc/W9AG-BDRC>].

361 Nancee Halpin, *Third-Party Merchants Account for More than Three-Quarters of Items Sold on Amazon*, BUS. INSIDER (16 de octubre de 2015, 2:55 p. m.), <http://www.businessinsider.com/third-party-merchants-drive-amazon-grow-2015-10> [<http://perma.cc/5XL9-NTCQ>].

362 Loten & Janofsky, *supra* nota 357.

363 Bensinger, *supra* nota 360.

364 *Id.*

365 *Id.*

366 *Id.*

367 *Id.*

ventas del comerciante cayeron a veinte por día<sup>368</sup>. Amazon ha competido directamente con comerciantes independientes en materia de precios, igualándolos rigurosamente e incluso vendiendo a precios menores que ellos en productos que habían introducido originalmente. Al acudir directamente al fabricante, Amazon busca eliminar a los vendedores independientes.

En otros casos, Amazon ha respondido a productos populares de terceros produciéndolos por sí misma. El año pasado, un fabricante que había estado vendiendo un soporte de aluminio para computadoras portátiles en *Marketplace* durante más de una década vio aparecer un soporte similar a la mitad de precio. El fabricante descubrió que la marca era *AmazonBasics*, la línea privada que Amazon ha venido desarrollando desde 2009<sup>369</sup>. Según describe un sitio de noticias, inicialmente *AmazonBasics* se centró en bienes genéricos como pilas y discos DVD vírgenes. “Luego, durante varios años, la marca propia «durmió silenciosamente mientras guardaba datos sobre los éxitos de otros vendedores»<sup>370</sup>. A medida que ahora lanza más productos *AmazonBasics*, resulta evidente que la empresa ha utilizado “los conocimientos obtenidos de su vasta tienda en línea para construir un gigante de marca privada que hoy incluye más de 3.000 productos”<sup>371</sup>. Un estudio determinó que, en el caso de la ropa femenina, Amazon “comenzó a vender el 25% de los artículos más populares que primero habían sido vendidos por vendedores independientes de *Marketplace*”<sup>372</sup>.

Es cierto que los minoristas físicos a veces también introducen marcas propias y pueden usar los registros de ventas de otras marcas para decidir qué producir. La diferencia con Amazon radica en la escala y la sofisticación de los datos que recopila. Mientras que las tiendas físicas suelen poder reunir información solo sobre las ventas efectivas, Amazon rastrea qué buscan pero no encuentran los compradores, así como los productos a los que regresan repetidamente, los que guardan en su carrito de compras y sobre los que el cursor de su ratón se detiene en la pantalla<sup>373</sup>.

Al utilizar su *Marketplace* de esta manera, Amazon aumenta las ventas al tiempo que reduce sus riesgos. Son los vendedores externos quienes asumen los costos y las incertidumbres iniciales al introducir nuevos productos; Amazon, quien solamente los identifica, logra vender productos una vez que su éxito ya ha sido probado. Las implicancias anticompetitivas aquí parecen claras: Amazon está explotando el hecho de que algunos de sus clientes son también sus competidores. La fuente de este poder es: (1) su dominio como plataforma, que en la práctica obliga a los comerciantes independientes a usar su sitio; (2) su integración vertical —es decir, el hecho de que vende bienes como minorista y al mismo tiempo aloja las ventas de otros a través de su plataforma—; y (3) su capacidad para acumular grandes cantidades de datos, en virtud de ser una empresa de internet. Cabe destacar que este último factor —su control sobre los datos— refuerza el potencial anticompetitivo de los dos primeros.

La evidencia sugiere que Amazon es plenamente consciente de estas oportunidades y está interesada en explotarlas. Por ejemplo, la empresa aparentemente ha utilizado los conocimientos obtenidos de su servicio de computación en la nube para orientar sus decisiones de inversión<sup>374</sup>. Al observar qué empresas emergentes amplían su uso de *Amazon Web Services*, Amazon puede realizar evaluaciones tempranas sobre el posible éxito de futuras compañías. Amazon ha utilizado esta “ventana única al mundo de los nuevos

368 *Id.*

369 Spencer Soper, *Got a Hot Seller on Amazon? Prepare for E-Tailer To Make One Too*, BLOOMBERG (20 de abril de 2016, 7:00 a. m.), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-20/got-a-hot-seller-on-amazon-prepare-for-e-tailer-to-make-one-too> [<http://perma.cc/79GL-5A8E>].

370 *Id.* (citando un informe de Skubana, una empresa de comercio electrónico).

371 *Id.*

372 George Anderson, *Is Amazon Undercutting Third-Party Sellers Using Their Own Data?*, FORBES (30 de octubre de 2014, 9:23 a. m.), <http://www.forbes.com/sites/retailwire/2014/10/30/is-amazon-undercutting-third-party-sellers-using-their-own-data> [<http://perma.cc/SQE3-SFU8>].

373 Como señaló un analista sobre los empleados de Amazon: “Son científicos de datos. Saben lo que la gente quiere y van a acapararlo todo.” Nick Bravo, *Amazon Private Labels Threaten Manufacturers*, TREND SOURCE (5 de julio de 2016, 8:00 a. m.), <http://trustedinsight.trendsource.com/trusted-insight-trends/amazon-private-labels-threaten-manufacturers> [<http://perma.cc/W7VE-LXSS>].

374 Véase Alistair Barr, *Amazon Finds Startup Investments in the ‘Cloud’*, REUTERS (9 de noviembre de 2011, 3:44 p. m.), <http://www.reuters.com/article/amazon-cloud-idUSN1E7A727Q20111109> [<http://perma.cc/BH4Q-JPW7>].

emprendimientos tecnológicos" para invertir en varias empresas emergentes que también eran clientes de su negocio en la nube<sup>375</sup>.

La manera en que Amazon ha apalancado sus ventajas entre líneas de negocio distintas sugiere que el derecho de competencia actual no logra apreciar cuándo la integración vertical puede resultar anticompetitiva. Esta deficiencia se acentúa en el caso de las plataformas en línea, que al mismo tiempo que sirven como infraestructura para otras compañías, recopilan grandes volúmenes de datos que luego se pueden usar para desarrollar otras líneas de negocio. De este modo, el régimen antimonopolio actual aún no ha enfrentado el hecho de que las empresas con control concentrado sobre los datos pueden inclinar sistemáticamente un mercado a su favor, transformando drásticamente el sector<sup>376</sup>.

## V. CÓMO LAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DE LAS PLATAFORMAS Y LOS MERCADOS DE CAPITAL PUEDEN FACILITAR CONDUCTAS Y ESTRUCTURAS ANTICOMPETITIVAS

Como se expuso en la Parte IV, ciertos aspectos de la conducta y estructura de Amazon pueden amenazar la competencia y, sin embargo, no activar el escrutinio bajo el marco analítico actualmente utilizado en materia de competencia. En parte, esto refleja la orientación hacia el "bienestar del consumidor" de las leyes antimonopolio, tal como se analizó en la Parte II. Pero también refleja una falta de actualización del derecho antimonopolio para la era de internet. Esta parte examina cómo las plataformas en línea desafían y ponen en aprietos los supuestos incorporados en la doctrina actual. En particular, considera cómo las características económicas y la dinámica empresarial de las plataformas digitales crean incentivos para que las empresas busquen el crecimiento a expensas de las ganancias, y cómo los mercados en línea y el control de datos pueden permitir nuevos tipos de conductas anticompetitivas.

Los economistas han analizado extensamente cómo los mercados de plataformas pueden plantear desafíos únicos para el análisis antimonopolio<sup>377</sup>. En concreto, destacan que el análisis aplicable a las empresas en mercados de un solo lado puede fracasar al aplicarse a los mercados de dos lados, dadas sus estructuras de precios y externalidades de red particulares<sup>378</sup>. Estos estudios suelen centrarse en el desafío que enfrentan las plataformas de dos lados para atraer a ambos lados —a saber, el clásico problema de coordinación de tener que atraer compradores sin una base de vendedores establecida, y viceversa<sup>379</sup>. Los economistas tienden a concluir que —dadas las dificultades propias de los mercados de dos lados<sup>380</sup>— el derecho de la competencia debería ser indulgente con conductas que de otro modo podrían caracterizarse como anticompetitivas<sup>381</sup>.

---

375 *Id.*

376 Las autoridades antimonopolio europeas sí investigan cómo el control concentrado de los datos puede tener efectos anticompetitivos y —a diferencia de las autoridades estadounidenses— investigaron la fusión Facebook/WhatsApp por esta razón. Las quejas de empresas que sostienen que sus rivales adquieren una ventaja competitiva indebida al comprar una firma con enormes volúmenes de datos también podrían motivar a las autoridades estadounidenses a tomarse más en serio el potencial excluyente de los datos. En septiembre, Salesforce anunció que instaría a los reguladores de Estados Unidos y Europa a bloquear la oferta de Microsoft para adquirir LinkedIn, argumentando que el acuerdo cerraría la competencia al otorgar a Microsoft demasiado control sobre los datos. Véase Rachael King, *Salesforce.com To Press Regulators To Block Microsoft-LinkedIn Deal*, WALL ST. J. (29 de septiembre de 2016, 7:18 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/salesforce-com-to-press-regulators-to-block-microsoft-linkedin-deal-1475178870> [<http://perma.cc/5EZE-GVB>].

377 Véase David S. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 20 YALE J. ON REG. 325 (2003); King, *supra* nota 376; David S. Evans & Richard Schmalensee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses* (Coase-Sandor Inst. for Law & Econ., Working Paper No. 623, 2012).

378 Véase Julian Wright, *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*, 3 REV. NETWORK ECON. 44 (2004).

379 Véase David S. Evans, *Platform Economics: Essays on Multi-Sided Business* 112 (2011).

380 Los mercados de dos lados son plataformas que cuentan con dos grupos distintos de usuarios que se ofrecen beneficios de red entre sí.

381 Véase Evans, *supra* nota 379, en 112 ("Las estrategias de precios e inversión que las empresas en mercados de dos lados utilizan para «atraer a ambos lados» y «equilibrar los intereses de ambos» plantean cuestiones novedosas. Estas estrategias de precios y otras estrategias empresariales son necesarias para resolver un problema económico fundamental derivado de la interdependencia de la demanda en ambos lados del mercado. En algunos casos, el producto ni siquiera podría existir sin esfuerzos por subsidiar a uno u otro lado del

El análisis jurídico de las plataformas en línea está comparativamente subteorizado. El caso del Departamento de Justicia contra Microsoft bajo la Sección 2 de la *Sherman Act*, iniciado en la década de 1990, sigue siendo el caso más significativo perseguido por el Estado que involucrara mercados de dos lados, incluso cuando las plataformas se han convertido en arterias centrales de nuestra economía moderna. A partir de 2011, la FTC inició una investigación sobre Google, en parte debido a acusaciones de que la empresa utilizaba su dominio como motor de búsqueda para afianzar su ventaja y excluir rivales en otras líneas de negocio. Aunque la FTC cerró la investigación sin presentar cargos, filtraciones posteriores revelaron que el personal de la FTC había concluido que Google abusó de su poder en tres aspectos distintos<sup>382</sup>. La Unión Europea ha presentado cargos contra Google por violación de las leyes de competencia<sup>383</sup>.

Para los propósitos de la política de competencia, uno de los factores más relevantes de los mercados de plataformas en línea es que son de tipo "el ganador se lo lleva todo" (*winner-take-all*). Esto se debe en gran parte a los efectos de red y al control sobre los datos, ambos factores que implican que las ventajas iniciales se refuerzan a sí mismas. El resultado es que los mercados de plataformas tecnológicas tenderán a concentrarse en un pequeño número de empresas dominantes. La reciente compra por parte de Walmart de la única empresa emergente que había intentado desafiar a Amazon en el comercio minorista en línea —Jet.com— ilustra esta realidad<sup>384</sup>.

Los efectos de red surgen cuando la utilidad que un usuario obtiene de un producto aumenta a medida que otros también lo utilizan. Dado que la popularidad se acumula y refuerza, los mercados con efectos de red suelen inclinarse hacia el oligopolio o el monopolio<sup>385</sup>. Las reseñas de usuarios de Amazon, por ejemplo, funcionan como una forma de efecto de red: cuantos más usuarios compran y reseñan artículos en la plataforma, más información útil pueden obtener otros usuarios del sitio<sup>386</sup>. Como señaló el Cuarto Circuito, "[u]na vez que se alcanza la dominancia, las amenazas provienen en gran medida de fuera del mercado dominado, porque el grado de dominancia de tal mercado tiende a volverse así de extremo"<sup>387</sup>. De esta manera, los efectos de red actúan como una forma de barrera de entrada.

El control de una plataforma sobre los datos, a su vez, también puede afianzar su posición<sup>388</sup>. El acceso a los datos de los consumidores permite a las plataformas adaptar mejor los servicios y evaluar la demanda. La participación en *distintos mercados*, a su vez, puede permitir a una empresa utilizar los datos obtenidos en un mercado para beneficiar otra línea de negocio<sup>389</sup>. El uso que Amazon hace de los datos de *Marketplace* para favorecer sus ventas minoristas constituye un ejemplo de esta dinámica, como se describió en la Sección IV.D. El control sobre los datos también puede facilitar que las plataformas dominantes ingresen a nuevos mercados con mayor facilidad. Por ejemplo, actualmente hay informes que sugieren que Amazon podría expandir drásticamente su presencia en el negocio publicitario, "aprovechando su abundante reserva de datos de compras obtenidos tras años de operar un extenso negocio de comercio electrónico"<sup>390</sup>. En otras

mercado").

382 Brody Mullins *et al.*, *Inside the U.S. Antitrust Probe of Google*, WALL ST. J. (19 de marzo de 2015, 7:38 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/inside-the-u-s-antitrust-probe-of-google-1426793274> [<http://perma.cc/H4PZ-JZ9K>].

383 Mark Scott & James Kanter, *Google Faces New Round of Antitrust Charges in Europe*, N.Y. TIMES (14 de julio de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/07/15/technology/google-european-union-antitrust-charges.html> [<http://perma.cc/2SYP-5Z4B>].

384 Véase *supra* nota 319.

385 Stucke & Grunes, *supra* nota 47, en 163.

386 Esta es una forma de efecto de red de "escala de datos" más que un "efecto de red tradicional." *Id.* en 170.

387 *Novell Inc. v. Microsoft Corp.*, 505 F.3d 302, 308 (4th Cir. 2007).

388 Véase Guy Rolnik & Asher Schechter, *Is the Digital Economy Much Less Competitive than We Think It Is?*, PROMARKET (23 de septiembre de 2016), <http://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think> [<http://perma.cc/K2R6-TB7Q>].

389 Curiosamente, las agencias han exigido a las partes que se integran verticalmente establecer cortafuegos (*firewalls*) para evitar el uso anticompetitivo de datos. Véase, por ejemplo, *In re Coca-Cola Co.*, 150 F.T.C. 520, 2010 WL 9549986 (2010) (ordenando a Coca-Cola establecer un cortafuegos para asegurar que su fusión con una subsidiaria embotelladora no le otorgue acceso a información de su competidor, Dr. Pepper Snapple Group); *Press Release*, FTC, *FTC Puts Conditions on Coca-Cola's \$12.3 Billion Acquisition of its Largest North American Bottler* (27 de septiembre de 2010), <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/09/ftc-puts-conditions-coca-colas-123-billion-acquisition-its> [<http://perma.cc/BP7U-EY33>] (que discute el acuerdo de conciliación de Coca-Cola y un acuerdo similar de PepsiCo).

390 Mike Shields, *Amazon Looms Quietly in Digital Ad Landscape*, WALL ST. J. (6 de octubre de 2016, 3:28 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/>

palabras, el control sobre los datos también actúa como una barrera de entrada.

Dado que las plataformas en línea operan en mercados donde los efectos de red y el control sobre los datos consolidan una dominancia temprana, una empresa que busque competir en estos mercados debe procurar captarlos. La forma más efectiva de hacerlo es perseguir aumentar su cuota de mercado y eliminar a los rivales, incluso si ello implica sacrificar beneficios a corto plazo, puesto que la mejor garantía de ganancias futuras es el crecimiento inmediato. Debido a esta dinámica, esforzarse por maximizar la participación de mercado a expensas de los competidores hace que la predación sea altamente racional; de hecho, sería irracional que una empresa no asumiera pérdidas iniciales con el fin de capturar el mercado. Reconociendo que soportar pérdidas tempranas mientras se expande agresivamente puede asegurar que se tenga un monopolio, los inversionistas parecen dispuestos a respaldar esta estrategia.

Como se describe en la Introducción y en la Parte III, Amazon ha experimentado un crecimiento inmenso mientras invertía agresivamente, tanto ampliando la provisión de infraestructura física y en línea como fijando precios por debajo del costo. El precio de las acciones de Amazon se ha disparado a pesar de una historia de márgenes mínimos, o incluso negativos. En esencia, los inversionistas han otorgado a Amazon un cheque en blanco para crecer sin tener presión alguna por registrar utilidades. La empresa ha aprovechado esta ventaja para expandirse desmesuradamente y dominar el comercio en línea.

La idea de que los inversionistas están dispuestos a financiar un crecimiento depredador en mercados de tipo “el ganador se lo lleva todo” también se aplica en el caso de Uber. Aunque las dinámicas del mercado minorista en línea son distintas de las del transporte compartido, la trayectoria de crecimiento de Uber resulta útil para comprender cómo los inversionistas facilitan la dominancia de las plataformas. En 2015, informes de prensa revelaron que Uber registraba una pérdida operativa de 470 millones de dólares sobre ingresos de 415 millones, confirmando las sospechas de que la empresa ha estado perdiendo dinero con el propósito de lograr un crecimiento pronunciado y adquirir cuota de mercado<sup>391</sup>. En China, la compañía ha perdido más de 1.000 millones de dólares anuales<sup>392</sup>. La estrategia de competencia agresiva en precios y liderazgo audaz, junto con un crecimiento vertiginoso, generó comparaciones inmediatas con Amazon<sup>393</sup>. Al igual que Amazon, Uber ha atraído un enorme interés de los inversionistas. En julio de 2015, su valoración alcanzó casi los 51.000 millones de dólares, igualando el récord establecido por Facebook en 2012<sup>394</sup>. Recientemente aseguró 3.500 millones de dólares adicionales en inversiones, elevando su financiamiento total a 13.500 millones, una cifra “muy superior a la que la mayoría de las empresas recauda incluso durante una oferta pública inicial”, la cual Uber ha evitado<sup>395</sup>.

Podría desestimarse este fenómeno como un entusiasmo irracional de los inversionistas. Pero otra forma de interpretarlo es tomarse en serio lo que están haciendo: la razón por la que los inversionistas valoran tanto a Amazon y a Uber es porque creen que, eventualmente, estas plataformas generarán enormes retornos. Como comentó recientemente un capitalista de riesgo, si tuviera que “invertir todo

---

[amazon-looms-quietly-in-digital-ad-landscape-1475782113](http://amazon-looms-quietly-in-digital-ad-landscape-1475782113) [<http://perma.cc/5ACL-MJ7D>].

391 Véase Eric Newcomer, *Uber Draws Fresh Amazon Comparisons as Growth Trumps Profit*, BLOOMBERG (1 de julio de 2015, 12:30 a. m.), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-01/uber-draws-fresh-comparison-with-amazon-as-growth-trumps-profit> [<http://perma.cc/AYF9-9RJ7>]. Uber no solo pierde dinero en el agregado al reinvertir más de lo que genera, sino también al fijar precios por debajo de lo que paga a los conductores. En otras palabras, fija precios por debajo de sus costos variables, lo que los encargados de *enforcement* tradicionalmente interpretaban como una señal de precios predatorios. “Como cualquiera que haya tomado un Uber y hablado con el conductor sabe, a veces la tarifa cobrada al pasajero es menor que lo que Uber paga al conductor”. *Id.*

392 Charles Clover & Leslie Hook, *Uber Losing More than \$1bn a Year in China*, FIN. TIMES (18 de febrero de 2016, 7:25 p. m.), <http://www.ft.com/content/f889f812-d664-11e5-829b-8564e7528e54> [<http://perma.cc/6U6P-JQ7Q>].

393 “«Están siendo inteligentes al expandirse tan rápido como pueden», dijo Lou Shiple, profesor en la MIT Sloan School of Management. «Lo compararía con lo que hizo Amazon con los libros»” Newcomer, *supra* nota 391.

394 Douglas MacMillan & Telis Demos, *Uber Valued at More than \$50 Billion*, WALL ST. J. (31 de julio de 2015, 8:50 p. m.), <http://www.wsj.com/articles/uber-valued-at-more-than-50-billion-1438367457> [<http://perma.cc/T6GW-SY2J>].

395 Leslie Hook, *Uber Cranks Up Ride-Hailing Battle with \$3.5 bn Saudi Investment*, FIN. TIMES (2 de junio de 2016), <http://www.ft.com/content/t3ac7c982-2879-11e6-8b18-91555f2f4fde> [<http://perma.cc/RXV8-TPBP>].

mi capital en una sola empresa y mantenerlo durante los próximos diez años", elegiría Amazon. "No veo ningún monopolio más claro disponible para comprar en los mercados públicos en este momento"<sup>396</sup>. En otras palabras, el hecho de que estas compañías de plataforma incurran en pérdidas constantes y pronunciadas y aun así obtengan fuerte respaldo de los inversionistas, sugiere que los mercados esperan que Amazon y Uber recuperen dichas pérdidas.

Aunque los inversionistas han respaldado y financiado sin ambages la estrategia de las plataformas digitales de perder dinero en su carrera por atraer usuarios, la doctrina antimonopolio no reconoce esta estrategia. En el pasado, el análisis de la Corte Suprema ha adoptado la Hipótesis del Mercado Eficiente (Efficient Market Hypothesis, EMH), la idea de que los precios de mercado reflejan toda la información disponible<sup>397</sup>. El Departamento de Justicia también reconoce que la información del mercado —por ejemplo, los términos financieros de una adquisición— puede "aportar información sobre los efectos competitivos"<sup>398</sup>. Aplicar la EMH en este caso sugiere de forma abrumadora que estas plataformas están en posición de recuperar sus pérdidas. Sin embargo, presentar una demanda por precios predatores contra una plataforma en línea sería casi imposible de ganar, dada la configuración actual del test de recuperación. Es llamativo que el mercado refleje una realidad que nuestras normas actuales son incapaces de detectar<sup>399</sup>.

Además de pasar por alto por qué las dinámicas de las plataformas en línea hacen que la predación sea especialmente racional, la doctrina actual tampoco comprende adecuadamente cómo una plataforma podría recuperar sus pérdidas. Por un lado, el apoyo de los inversionistas permite a Amazon planificar y operar con un horizonte temporal mucho más largo que el enfrentado por los tribunales en *Brooke Group o Matsushita*. Aumentar precios al tercer año, tras dos años de pérdidas, es distinto de emprender una misión de una década para convertirse en el minorista en línea y proveedor de infraestructura de internet dominante. Ese horizonte más largo, a su vez, habilita mecanismos de recuperación adicionales. Amazon no solo ha introducido a toda una generación en las compras en línea a través de su plataforma, sino que además se ha expandido a un conjunto de negocios adicionales y ha acumulado grandes volúmenes de datos sobre los usuarios. Estos datos le permiten tanto, fortalecer su control sobre los consumidores mediante experiencias de compra altamente personalizadas como, potencialmente, implementar formas de discriminación de precios, como se describió en la Sección IV.A. Tanto la amplitud temporal que le otorgan los inversionistas, como el control sobre los datos, equipan a una plataforma dominante para recuperar pérdidas de maneras menos evidentes y no necesariamente vinculadas a la fijación inicial de precios por debajo del costo.

Estos mecanismos de recuperación pueden también ser más sofisticados de lo que un juez o incluso competidores podrían detectar. Este último punto se vuelve aún más claro en el contexto de Uber, cuya fijación dinámica de precios ha condicionado a los usuarios a no esperar un precio estable o regular. Aunque Uber sostiene que sus algoritmos fijan los precios para reflejar la oferta y la demanda en tiempo real, investigaciones iniciales han demostrado que la empresa manipula la disponibilidad de ambas<sup>400</sup>. Además,

396 Eugene Kim, *Billionaire VC Says that Most Companies Will Eventually Pay an Amazon 'Tax'*, BUS. INSIDER (21 de enero de 2016, 4:21 a. m.), <http://www.businessinsider.in/Billionaire-VC-says-that-most-companies-will-eventually-pay-an-Amazon-tax/articleshow/50662558.cms> [http://perma.cc/4ZGS-VSL7].

397 La Corte Suprema ha reafirmado la validez de la EMH. Véase *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund*, 134 S. Ct. 2398, 2409–11, 2417 (2014).

398 *Horizontal Merger Guidelines*, *supra* nota 44, en 4 ("Por ejemplo, un precio de compra que exceda el valor de mercado independiente de la empresa adquirida puede indicar que la empresa adquirente está pagando una prima porque espera poder reducir la competencia o lograr eficiencias").

399 Irónicamente, la lógica que motiva a los inversionistas —la idea de que vale la pena alentar a las plataformas a perder dinero para establecer una posición dominante y capturar el mercado, momento en el cual estas empresas podrán recuperar esas pérdidas— se asemeja a la lógica que sustenta la actual doctrina sobre precios predatores. El principal problema es cuán estrechamente concibe la ley la noción de recuperación, sin tener en cuenta cómo Amazon puede aprovechar sus múltiples líneas de negocio.

400 Véase Tim Hwang & Madeleine Clare Elish, *The Mirage of the Marketplace: The Disingenuous Ways Uber Hides Behind Its Algorithm*, SLATE (27 de julio de 2015, 6:00 a. m.), [http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2015/07/uber\\_s\\_algorithm\\_and\\_the\\_mirage\\_of\\_the\\_marketplace.html](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2015/07/uber_s_algorithm_and_the_mirage_of_the_marketplace.html) [http://perma.cc/B5UR-P9PN].

otorga habitualmente cupones de descuento a ciertos usuarios, cobrando en efecto precios diferentes por el mismo servicio en el mismo momento<sup>401</sup>.

Aunque las plataformas constituyen la columna vertebral de la economía digital, la forma en que la economía de plataformas se relaciona con las leyes existentes está relativamente poco teorizada<sup>402</sup>. La conducta de Amazon sugiere que la fijación de precios predatórios y la integración entre líneas de negocio relacionadas están emergiendo como rutas clave para establecer la dominancia, facilitadas por el control de datos del que gozan las plataformas dominantes. Pero como la doctrina actual sobre precios predatórios define la recuperación de manera excesivamente limitada, los competidores no han podido construir casos ganadores. De manera similar, dado que la doctrina actual en gran medida asume que no existen barreras de entrada, los efectos anticompetitivos de la integración vertical resultan difíciles de reconocer dentro del marco existente. Estos obstáculos persisten incluso cuando la valoración y el precio de las acciones de Amazon apuntan a una clara expectativa de recuperación y ganancias en el mercado.

Existen señales de que las autoridades comienzan a percibirse de los factores especiales que pueden hacer que el análisis antimonopolio actual sea inadecuado para promover la competencia en los mercados de plataformas digitales. Por ejemplo, en 2014 Estados Unidos impugnó con éxito una fusión entre dos proveedores líderes de plataformas de reseñas y calificaciones en línea. En su demanda, el Departamento de Justicia reconoció que las industrias impulsadas por datos pueden caracterizarse por efectos de red, los cuales aumentan los costos de cambio y las barreras de entrada<sup>403</sup>. Comentarios recientes de la Comisionada de la FTC Terrell McSweeney —señalando que los datos pueden actuar como una barrera de entrada y que “las autoridades de competencia pueden y deben evaluar las implicancias competitivas de los datos”— también sugieren que los altos funcionarios están analizando cómo revisar sus herramientas y marcos para evaluar la competencia en los mercados de plataformas<sup>404</sup>.

Si bien este reconocimiento incipiente resulta alentador, las características únicas de los mercados de plataformas exigen una evaluación más exhaustiva de cómo se aplica el derecho antimonopolio. Dado que la escala es vital tanto para el modelo de negocio de las plataformas como para afianzar su posición dominante, el derecho de la competencia debería reconocer que buscar el crecimiento a expensas de los retornos es —en contra de la doctrina actual— altamente racional. Un enfoque más sensible a las realidades de los mercados de plataformas en línea también reconocería la variedad de mecanismos mediante los cuales las empresas pueden recuperar pérdidas, el horizonte temporal más amplio en que dicha recuperación podría ocurrir y las formas en que la integración vertical y el control concentrado de los datos pueden permitir nuevos tipos de conductas anticompetitivas. Revisar el derecho antimonopolio para reflejar las dinámicas de las plataformas digitales es fundamental, especialmente a medida que estas empresas median una proporción cada vez mayor de las comunicaciones y del comercio.

401 Véase Felix Salmon, *Why the Internet Is Perfect for Price Discrimination*, REUTERS (3 de septiembre de 2013), <http://blogs.reuters.com/felix-salmon/2013/09/03/why-the-internet-is-perfect-for-price-discrimination> [<http://perma.cc/NZ4E-SVJJ>].

402 Véase David Singh Grewal, *Before Peer Production: Infrastructure Gaps and the Architecture of Openness in Synthetic Biology*, 20 STAN. TECH. L. REV. (próxima publicación en 2017).

403 El Departamento de Justicia escribió: “[A] medida que más minoristas adquieren la plataforma PRR de Bazaarvoice, la red de Bazaarvoice se vuelve más valiosa para los fabricantes porque les permite distribuir contenido a un mayor número de puntos de venta minorista. La retroalimentación entre fabricantes y minoristas crea un efecto de red que constituye una ventaja competitiva significativa y duradera para Bazaarvoice.” *Complaint* en 18, *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, No. 13-0133 2014 (N.D. Cal. 10 de enero de 2013), 2014 WL 203966.

404 Terrell McSweeney, Comisionada, FTC, *Remarks to the U.S. Chamber of Commerce at TecNation 2016* (20 de septiembre de 2016), [http://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/985773/mcsweeney\\_-\\_tecnation\\_2016\\_9-20-16.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/985773/mcsweeney_-_tecnation_2016_9-20-16.pdf) [<http://perma.cc/N7GA-YN5P>].

## VI. DOS MODELOS PARA ABORDAR EL PODER DE LAS PLATAFORMAS

Si es cierto que las características económicas de los mercados de plataformas pueden fomentar estructuras de mercado anticompetitivas, existen al menos dos aproximaciones posibles para enfrentar el problema. Un asunto clave está en decidir si queremos gobernar los mercados de plataformas en línea mediante la competencia, o si preferimos aceptar que son inherentemente monopólicos u oligopólicos y debemos entonces regularlos. Si adoptamos el primer enfoque, deberíamos reformar el derecho antimonopolio para impedir que esta dominancia surja o para limitar su alcance. Si optamos por el segundo, deberíamos establecer regulaciones que aprovechen las economías de escala, pero neutralicen la capacidad de la empresa para explotar su dominio.

### A. Gobernar los mercados de plataformas en línea mediante la competencia

Reformar el derecho antimonopolio para abordar la naturaleza anticompetitiva de los mercados de plataformas podría implicar fortalecer las leyes que se enfrentan a los precios predátorios y vigilar estrictamente los tipos de integración vertical que las empresas pueden utilizar con fines anticompetitivos. Es importante que cada una de estas áreas doctrinales sea reformulada de modo que proteja el proceso competitivo y limite los conflictos de interés que puedan incentivar conductas anticompetitivas.

#### 1. Precios predátorios

Aunque los precios predátorios siguen siendo técnicamente ilegales, es extremadamente difícil ganar este tipo de casos, ya que los tribunales actualmente exigen que se demuestre que el presunto predador podrá aumentar los precios y recuperar sus pérdidas<sup>405</sup>. Reformar la doctrina sobre precios predátorios para reflejar las características económicas de los mercados de plataformas —donde las empresas pueden invertir dinero durante años gracias al respaldo ilimitado de los inversionistas— requeriría abandonar el requisito de recuperación en los casos de fijación de precios por debajo del costo por parte de plataformas dominantes. Y, dado que las plataformas se encuentran en una posición única para financiar estrategias predadoras, un enfoque basado en la competencia podría también considerar la introducción de una presunción de que las plataformas dominantes que estén vendiendo productos por debajo del costo están incurriendo en prácticas predadoras.

Existen varias razones que justifican una presunción de predación en tales casos. Primero, las empresas pueden aumentar los precios años después de la depredación inicial o hacerlo respecto de bienes no relacionados, de formas difíciles de probar en juicio. Segundo, las empresas pueden subir precios mediante precios personalizados o discriminación de precios, en formas difíciles de detectar. Tercero, la predación puede generar una serie de daños al mercado incluso si la empresa no eleva los precios al consumidor. Dentro del marco del bienestar del consumidor, estos daños incluyen la degradación de la calidad del producto y la pérdida de diversidad en la oferta<sup>406</sup>. Tales daños pueden surgir si Amazon utiliza su poder de negociación para obtener mejores condiciones de productores y proveedores, quienes, a su vez, reducen sus inversiones para satisfacer sus exigencias. Dentro de un marco más amplio —que busca proteger todo el conjunto de intereses que las leyes antimonopolio fueron creadas para salvaguardar— los posibles perjuicios incluyen menores ingresos y salarios para los empleados, menores tasas de creación de nuevas empresas, menores niveles de propiedad local y una concentración desproporcionada de poder político y económico en manos de unos pocos<sup>407</sup>.

405 Véase *supra* Sección I.A.

406 Véase Stucke, *supra* nota 38; *Horizontal Merger Guidelines*, *supra* nota 44, en 2.

407 Véase K. Sabeel Rahman & Lina Khan, *Restoring Competition in the U.S. Economy*, en *UNTAMED: HOW TO CHECK CORPORATE, FINANCIAL, AND*

Introducir una presunción de depredación implicaría determinar cuándo un precio está por debajo del costo, un asunto ampliamente debatido. La Corte Suprema no ha abordado el tema, pero la mayoría de los tribunales de apelación han señalado que el costo variable promedio es la métrica adecuada<sup>408</sup>. Esta Nota no aboga por la adopción de una medida específica sobre otras. Es cierto que la medida de “por debajo del costo” es un filtro imperfecto, especialmente porque lo que constituye el costo relevante puede variar según la industria o la estructura de costos. Y la definición específica de “costos” que adopten los tribunales y las autoridades de competencia podría ser, en última instancia, menos significativa si la prueba de precios predatorios también permite una defensa de justificación comercial, la cual ayudaría a evitar falsos positivos<sup>409</sup>. Una defensa de justificación comercial podría cubrir casos en que se compensa a un comprador por asumir el riesgo de adquirir un nuevo producto, expandir la demanda hasta un nivel que permita al nuevo entrante alcanzar economías de escala, mantener precios competitivos mientras se espera que los costos disminuyan, o igualar a la competencia<sup>410</sup>.

La pregunta de si una plataforma es lo suficientemente dominante como para activar la presunción es una que podría responderse mediante su participación de mercado: aquellas plataformas que posean más del 40% del mercado en una línea de servicios determinada (por ejemplo, computación en la nube o transporte compartido) podrían designarse como “dominantes”. En lugar de medir esta participación a nivel nacional, las autoridades deberían observar los niveles de control local; una plataforma de transporte compartido que solo posea el 35% del mercado nacional, pero el 75% del mercado de Nashville, seguiría considerándose dominante a efectos de la reducción de precios en Nashville.

## **2. Integración vertical**

El enfoque actual del derecho antimonopolio no toma suficientemente en cuenta cómo la integración vertical puede generar conflictos de interés anticompetitivos, ni aborda adecuadamente la manera en que una empresa dominante puede usar su dominio en un sector para impulsar otra línea de negocio. Esta preocupación se intensifica en el contexto de las plataformas integradas verticalmente, que pueden utilizar los conocimientos obtenidos de los datos adquiridos en un sector para socavar a los rivales en otro. Las posibles maneras de abordar esta deficiencia incluyen examinar con mayor detenimiento las fusiones que permitan a una empresa adquirir datos valiosos y aprovecharlos en distintos mercados, o introducir una prohibición preventiva respecto de fusiones que generen conflictos de interés.

Una forma de abordar la preocupación sobre la capacidad de una empresa para apalancar de un mercado a otro su tenencia de datos sería incluir explícitamente este elemento en la revisión de fusiones<sup>411</sup>. Bajo el enfoque actual, solo las fusiones por encima de un determinado umbral monetario requieren revisión por parte de las agencias<sup>412</sup>. Empero, el valor monetario de una operación puede no ser un buen indicador del alcance y magnitud de los datos involucrados. Por ello, podría tener sentido que las agencias revisaran automáticamente cualquier operación que implique el intercambio de ciertos tipos (o cierta cantidad) de datos. Los datos que otorguen a una empresa una visión profunda y directa de las operaciones de su competidor, por ejemplo, podrían activar la revisión. Bajo este régimen, las adquisiciones de WhatsApp e

---

<sup>408</sup> MONOPOLY POWER 18, 18 (Nell Abernathy et al. eds., 2016).

<sup>409</sup> Véase Leslie, *supra* nota 94, en 1753.

<sup>410</sup> Véase *id.* en 1759.

<sup>411</sup> *Id.* en 1758.

<sup>412</sup> Cabe reconocer que este enfoque no alcanzaría la integración vertical que surge de una expansión interna. Este tipo de integración vertical podría estar cubierta por el enfoque preventivo discutido más adelante.

<sup>413</sup> Para una lista de los umbrales de la FTC, véase *Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7A of the Clayton Act*, 81 Fed. Reg. 4,299 (26 de enero de 2016).

Instagram por parte de Facebook<sup>413</sup> habrían recibido un mayor escrutinio de las agencias antimonopolio, en reconocimiento de cómo la adquisición de datos puede afectar de manera profunda la competencia. Las transacciones internacionales que otorguen a corporaciones extranjeras acceso a datos de usuarios estadounidenses también requerirían una revisión estrecha. La decisión de Uber de vender sus operaciones en China a Didi Chuxing, el servicio de transporte compartido dominante en ese país —una operación mediante la cual Uber también adquirirá participación parcial en su principal rival en Estados Unidos, Lyft<sup>414</sup>— es un tipo de acuerdo que sería revisado bajo este régimen<sup>415</sup>.

Un enfoque más estricto impondría límites preventivos a la integración vertical de las plataformas que hayan alcanzado cierto nivel de dominancia. Esto reconocería que la participación de una plataforma en múltiples líneas de negocio relacionadas puede generar conflictos de interés al crear circunstancias en las cuales la plataforma tiene incentivos para privilegiar sus propios negocios y perjudicar a otras empresas<sup>416</sup>. Procurar prevenir las estructuras industriales que *crean* estos conflictos puede resultar más eficaz que intentar corregirlos una vez surgidos. Adoptar este enfoque preventivo implicaría prohibir que una empresa dominante ingrese en cualquier mercado que ya opera ella misma como plataforma —es decir, se prohibiría que compita directamente con los negocios que dependen de ella<sup>417</sup>. En el caso de Amazon, por ejemplo, este enfoque impediría a la empresa operar *simultáneamente* una plataforma minorista dominante y una plataforma dominante para vendedores externos. Estos dos negocios tendrían que separarse en distintas entidades, en parte para evitar que Amazon utilice la información derivada de su rol como anfitrión de terceros para beneficiar su negocio minorista, como aparentemente hace en la actualidad<sup>418</sup>.

Este tipo de prohibición preventiva tiene una larga historia en el derecho bancario<sup>419</sup>. Un principio central del derecho bancario es la separación entre banca y comercio<sup>420</sup>. “Los bancos comerciales estadounidenses generalmente no pueden realizar actividades que no se encuentren dentro del concepto legal de «negocio bancario»”<sup>421</sup>. Más específicamente, la *Bank Holding Company Act* de 1956 prohíbe a las empresas que poseen o controlan un banco estadounidense dedicarse a actividades comerciales distintas de la banca o de la gestión de bancos<sup>422</sup>. La principal excepción es que un banco que califique como “compañía financiera de cartera” (*financial holding company*) “puede realizar actividades más amplias que sean «de naturaleza financiera» incluidas la intermediación de valores y la gestión de seguros”<sup>423</sup>.

413 Véase Stucke & Grunes, *supra* nota 47, en 74.

414 Para algunos de los posibles problemas planteados por este acuerdo, véase Kevin Carty, *Will Uber Rouse the Trustbusters?*, SLATE (9 de agosto de 2016, 11:22 a. m.), [http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2016/08/uber\\_s\\_deal\\_with\\_didi\\_chuxing\\_could\\_open\\_it\\_up\\_to\\_antitrust\\_scrutiny.html](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2016/08/uber_s_deal_with_didi_chuxing_could_open_it_up_to_antitrust_scrutiny.html) [<http://perma.cc/F4NT-AYRZ>].

415 Véase *id.* Véase en general Stucke & Grunes, *supra* nota 47 (analizando cómo los problemas relacionados con *Big Data* se vinculan con las leyes y políticas de competencia).

416 Véase, por ejemplo, Scott & Kanter, *supra* nota 383; Benjamin Edelman & Damien Geradin, *Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile 1-2* (Harvard Bus. Sch. Negotiation, Orgs. & Mkts. Unit, Working Paper No. 17-018, 2016), <http://ssrn.com/abstract=2833476> [<http://perma.cc/7JA6-RXPN>].

417 Esta es una versión del Principio de la Separación (*Separations Principle*) que Tim Wu recomienda para las industrias de la información. Wu, *supra* nota 316, en 305 (“Más que cualquier otra cosa, los capítulos anteriores relatan los efectos corruptores del poder integrado verticalmente. Una participación significativa en más de un nivel de la industria coloca a la empresa en una posición de conflicto de interés inherente. No se puede servir a dos amos, y los objetivos de crear información a menudo están en conflicto con los de difundirla. Esa es la primera razón para el Principio de la Separación”).

418 Véase *supra* Sección IV.D.

419 Este enfoque preventivo también se ha aplicado en la industria energética. Por ejemplo, en 1996, la *Federal Energy Regulatory Commission* emitió un mandato que exigía a las empresas eléctricas integradas verticalmente “separar funcionalmente sus negocios de generación, transmisión y distribución, y proporcionar acceso a la transmisión a todos los generadores en condiciones transparentes y no discriminatorias.” Sandeep Vaheesan, *Reviving an Epithet: A New Way Forward for the Essential Facilities Doctrine*, 3 UTAH L. REV. 911, 927 (2010).

420 Véase, por ejemplo, Saule T. Omarova, *The Merchants of Wall Street: Banking, Commerce, and Commodities*, 98 MINN. L. REV. 265, 268, 274-75 (2013); Bernard Shull, *Banking and Commerce in the United States*, 18 J. BANKING & FIN. 255, 267 (1994); Bernard Shull, *The Separation of Banking and Commerce in the United States: An Examination of Principal Issues*, 8 FIN. MKTS. INSTITUTIONS & INSTRUMENTS 1, 1 (1999).

421 Omarova, *supra* nota 420, en 268.

422 *Bank Holding Company Act* de 1956, Pub. L. No. 84-511, § 4, 70 Stat. 133, 135-37 (codificada y modificada en 12 U.S.C. §§ 1841-48 (2012)).

423 Omarova, *supra* nota 420, en 268 (citando 12 U.S.C. § 1843(k)(1)(A)).

Los objetivos de este régimen merecen ser revisados porque existen objetivos análogos en la política de competencia. Las principales justificaciones para preservar la separación entre la banca y el comercio han “incluido la necesidad de preservar la seguridad y solidez de las instituciones de depósito aseguradas, garantizar un flujo de crédito justo y eficiente hacia los [negocios] productivos, y prevenir la concentración excesiva del poder financiero y económico en el sector financiero”<sup>424</sup>. Las tres preocupaciones están vinculadas al hecho de que los bancos actúan como intermediarios críticos en nuestra economía. La preocupación por la “seguridad y solidez” se remonta a la idea de que nuestro sistema bancario es demasiado vital para estar sujeto a los riesgos de otras actividades comerciales<sup>425</sup>. La preocupación sobre la equidad y la eficiencia se centra en la idea de que permitir que los bancos estén afiliados a empresas comerciales puede alentarlos a otorgar crédito en función de cómo esas decisiones de préstamo afectarán a sus filiales comerciales, distorsionando así la competencia. Las prácticas que esto podría desencadenar —“discriminación de precios, restricción injusta del acceso al crédito y otras prácticas bancarias anticompetitivas”— por un lado, “perjudicarán a las empresas comerciales no afiliadas a bancos” y por el otro, socavarán la “productividad y el crecimiento” nacional<sup>426</sup>. Por último, el objetivo de “prevenir la concentración excesiva de poder económico (...)” entre “grandes conglomerados financiero-industriales” reconoce que este poder de mercado tiende a concentrar poder político<sup>427</sup> al mismo tiempo que crea peligros sistémicos de conglomerados “demasiado grandes para fracasar”<sup>428</sup>.

Al igual que los conglomerados bancarios, Amazon —junto con algunas otras plataformas dominantes— ahora desempeña un papel crucial en la intermediación de amplios sectores de la actividad económica. Amazon, en sí misma, controla efectivamente la infraestructura de la economía de internet. Este nivel de control concentrado genera peligros análogos a los reconocidos en la legislación bancaria. A la luz de este control, los conflictos de interés creados por la expansión de Amazon hacia distintas líneas de negocio resultan especialmente preocupantes. Como en la banca, permitir que una entidad intermediaria esencial compita con las empresas que dependen de ella genera incentivos perversos. Permitir que una plataforma dominante e integrada verticalmente elija a quién presta sus servicios y en qué condiciones hacerlo tiene el potencial de distorsionar la existencia de una competencia justa y la economía en su conjunto.

Las otras dos preocupaciones —la seguridad y solidez del sistema, y el poder económico y político excesivo— también merecen consideración. Es cierto que Amazon (y otras plataformas dominantes como Uber y Google) se han expandido directamente hacia los servicios financieros<sup>429</sup>. Sin embargo, su nivel de participación en estos negocios, al menos a la escala actual, difícilmente concentrará el riesgo financiero de manera que justifique preocupación. Más bien, los riesgos sistémicos creados por la concentración entre plataformas son de otro tipo. Uno involucra la concentración de datos. El hecho de que una gran parte de los datos minoristas de los consumidores pueda concentrarse en una sola empresa hace que los hackeos o fallas técnicas de esa empresa sean aún más disruptivos. El ataque informático de 2013 al sistema de Target —como resultado del cual se robó información personal de hasta 110 millones de consumidores<sup>430</sup>— podría haber sido órdenes de magnitud más disruptivo si la entidad hackeada hubiese sido Amazon. Algunos episodios en los que *Amazon Web Services* colapsó provocaron interrupciones en decenas de otros negocios, incluyendo Netflix<sup>431</sup>.

424 *Id.* en 275.

425 Véase *id.* en 275-76.

426 *Id.* en 276.

427 *Id.*

428 *Id.* en 275-77. Cabe destacar que varias regulaciones bancarias que anteriormente buscaban prevenir la concentración del riesgo sistémico en nuestro sistema financiero fueron derogadas por el Congreso en la década de 1990, lo que condujo en parte a la crisis de las empresas “demasiado grandes para fracasar”. Véase JOHNSON & KWAK, *supra* nota 179.

429 Véase Sara E. Needleman & Greg Bensinger, *Small Businesses Are Finding an Unlikely Banker: Amazon*, *Wall St. J.* (4 de oct. de 2012, 1:17 PM), [\[http://perma.cc/PUH8-XFKS\]](http://www.wsj.com/articles/SB10000872396390443493304578034103049644978); Eric Newcomer & Olivia Zaleski, *Inside Uber’s Auto-Lease Machine, Where Almost Anyone Can Get a Car*, *Bloomberg* (31 de mayo de 2016, 11:00 AM), [\[http://perma.cc/A7AM-VZR\]](http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-05-31/inside-uber-s-auto-lease-machine-where-almost-anyone-can-get-a-car); Richard Waters & Barney Jopson, *Google Makes First Foray into Credit Business*, *Fin. Times* (7 de oct. de 2012), [\[http://perma.cc/NC6P-2EEG\]](http://www.ft.com/content/55be35f2-1093-11e2-a5f7-00144feabdc0).

430 Chris Isidore, *Target: Hacking Hit up to 110 Million Customers*, *CNN Money* (11 de ene. de 2014, 6:20 PM), [\[http://perma.cc/D6W3-TM75\]](http://money.cnn.com/2014/01/10/news/companies/target-hacking).

431 Ha habido algunos debates de política pública sobre si Google debería considerarse “infraestructura crítica”. Véase, por ejemplo, Eric Engleman, *Google Exception in Obama’s Cyber Order Questioned as Unwise Gap*, *Bloomberg* (5 de mar. de 2013, 12:01 AM), [\[http://www.bloom-](http://www.bloom-)

Por último, existe una razón válida para preguntarse si permitir que Amazon aproveche su plataforma para integrarse a través de distintas líneas de negocio le otorga un poder económico y político indebido<sup>432</sup>. Aunque este tema requiere una consideración mucho más profunda de la que ofrecerá esta Nota, estudios que han entrevistado a la multitud de empresas que ahora dependen de Amazon —minoristas, fabricantes, editoriales, entre otras— revelan que el poder que ejerce es agudo<sup>433</sup>. La historia sugiere que permitir que un solo actor establezca las reglas del mercado, en gran medida sin control, puede plantear graves riesgos. Limitar el alcance de Amazon mediante prohibiciones preventivas a la integración vertical —y así obligarla, por ejemplo, a dividir sus operaciones de venta minorista y *Marketplace*— ayudaría a mitigar esta preocupación.

## B. Regular las plataformas dominantes como monopolios a través de la regulación

Como se describió anteriormente, una opción es gobernar las plataformas dominantes fomentando la competencia, limitando así el poder que acumula cualquier actor. La otra es aceptar las plataformas digitales dominantes como monopolios u oligopolios naturales, buscando en cambio regular su poder. En esta sección, se esbozan dos modelos de este segundo enfoque, tradicionalmente aplicados en forma de regulaciones de servicios públicos (*public utility regulations*) y deberes de transportistas comunes (*common carrier duties*). Las industrias que históricamente han sido reguladas como servicios públicos incluyen aquellas relativas a bienes básicos (agua, energía eléctrica, gas), al transporte (ferrocarriles, transbordadores) y a las comunicaciones (telegrafía, teléfonos)<sup>434</sup>. De manera crucial, un régimen de servicio público tiene como objetivo eliminar la competencia: acepta los beneficios del monopolio y opta, en cambio, por limitar cómo puede un monopolio utilizar su poder<sup>435</sup>.

Aunque hoy en día están en gran medida fuera de moda, las regulaciones de servicio público fueron ampliamente adoptadas a comienzos del siglo XX como una forma de regular las tecnologías de la era industrial. Lo que animaba dichas regulaciones era la idea de que las industrias de red de carácter esencial —como los ferrocarriles y la energía eléctrica— debían ponerse a disposición del público en forma de servicio universal ofrecido a tarifas justas y razonables. El movimiento progresista de principios del siglo XX adoptó la noción de servicio público como un medio para que el Estado guiara la empresa privada hacia fines públicos. Precisamente porque las industrias de red que eran esenciales solían requerir escala, el control privado no regulado sobre estos sectores a menudo llevaba a abusos de poder monopólico. Famosamente, la *Interstate Commerce Commission* —que instituyó una especie de deber de transporte común (*common carriage*) para los ferrocarriles— fue creada en parte como respuesta a la conducta abusiva de los ferrocarriles, cuyo control sobre una instalación esencial les permitía elegir ganadores y perdedores entre los agricultores<sup>436</sup>.

En Estados Unidos, el primer caso en aplicar regulaciones de servicio público a un negocio privado fue *Munn v. Illinois*, en el cual la Corte Suprema confirmó la legislación estatal que establecía tarifas máximas que

berg.com/news/articles/2013-03-05/google-exception-in-obama-s-cyber-order-questioned-as-unwise-gap [http://perma.cc/5Z2M-HVU3]. Ese debate aún no se ha extendido a Amazon, pero —dado el crecimiento de Amazon Web Services— podría ser apropiado.

432 Que la concentración de poder económico de las plataformas también concentre poder político es cada vez más evidente. Amazon, Google y Uber han influido en debates regulatorios y —en algunos casos— han modelado directamente resultados. Véase Liam Dillon, *Uber and Lyft Are Winning at the State Capitol—Here's Why*, *L.A. Times* (7 de mayo de 2016, 12:05 AM), http://www.latimes.com/politics/la-pol-sac-why-uber-is-winning-in-california-20160507-snap-htmlstory.html [http://perma.cc/7BRX-F39U]; Peter Elkind & Doris Burke, *Amazon's (Not So Secret) War on Taxes*, *Fortune* (23 de mayo de 2013, 10:42 AM), http://fortune.com/2013/05/23/amazons-not-so-secret-war-on-taxes [http://perma.cc/LN8G-GTNN]; Simon Marks & Harry Davies, *Revealed: How Google Enlisted Members of US Congress It Bankrolled To Fight \$6bn EU Antitrust Case*, *Guardian* (17 de dic. de 2015, 7:30 AM), http://www.theguardian.com/world/2015/dec/17/google-lobbyists-congress-antitrust-brussels-eu [http://perma.cc/NLA7-KNVC]; Anna Palmer & Scott Wong, *Lobbying Drives Uber's Expansion*, *Politico* (18 de sept. de 2013, 11:16 PM), http://www.politico.com/story/2013/09/uber-taxi-lobbying-expansion-097028 [http://perma.cc/B3LA-7WUD]; Sam Jewler & Taylor Lincoln, *Mission Creep-y: Google Is Quietly Becoming One of the Nation's Most Powerful Political Forces While Expanding Its Information-Collection Empire*, *Pub. Citizen* (nov. 2014), http://www.citizen.org/documents/Google-Political-Spending-Mission-Creepy.pdf [http://perma.cc/B3QR-X3PA]; Martin Moore, *Tech Giants and Civil Power*, *Ctr. for Study Media, Comm. & Power* (abr. 2016), http://www.kcl.ac.uk/sspp/policy-institute/CMCP/Tech-Giants-and-Civic-Power.pdf [http://perma.cc/D76X-NALM].

433 Véase LaVecchia & Mitchell, *supra* nota 6; Barry C. Lynn, *Killing the Competition: How New Monopolies Are Destroying Open Markets*, *Harper's Mag.*, feb. 2012, en 27.

434 William Boyd, *Public Utility and the Low-Carbon Future*, 61 *UCLA L. Rev.* 1614, 1616 (2014).

435 *Id.* en 1643.

436 Véase Christopher Leslie, *Antitrust Law as Public Interest Law*, 2 *U.C. Irvine L. Rev.* 885, 887 (2012).

las empresas podían cobrar por el almacenamiento y transporte de granos<sup>437</sup>. Cuando alguien “dedica su propiedad a un uso en el que el público tiene interés, en efecto concede al público un interés en ese uso, y debe someterse a ser controlado por el público para el bien común”, escribió el juez presidente Waite<sup>438</sup>. “[C]uando la propiedad privada se dedica a un uso público, está sujeta a regulación pública”<sup>439</sup>. Aunque la decisión incorporó en la doctrina el principio de los transportistas comunes (*principle of common carriers*), la cuestión de cuándo un negocio estaba realmente “afectado por el interés público” fue altamente debatida<sup>440</sup>.

Lo más importante es que “el servicio público era visto como una empresa común y colectiva destinada a gestionar una serie de industrias de red vitales que eran demasiado importantes para dejarse exclusivamente a las fuerzas del mercado”<sup>441</sup>. A nivel de política pública, las regulaciones de servicios públicos también permitieron “a las empresas asegurar capital a menor costo y canalizarlo hacia sistemas tecnológicos muy grandes”, y por tanto constituían un modo de “socializar los costos de construir y operar” un sistema centralizado, al tiempo que “protegían a los consumidores de los posibles abusos asociados al monopolio natural”<sup>442</sup>.

Dado que Amazon sirve cada vez más como infraestructura esencial en toda la economía de internet, aplicar elementos de las regulaciones de servicios públicos a su negocio merece ser considerado<sup>443</sup>. Las políticas de servicios públicos más comunes son (1) exigir la no discriminación en precios y servicios, (2) establecer límites a las tarifas, y (3) imponer requisitos de capitalización e inversión. De estas tres medidas tradicionales, la no discriminación tendría más sentido, mientras que la fijación de tarifas y los requisitos de inversión serían más difíciles de implementar y, quizás, no se harían cargo de una deficiencia manifiesta.

Una política de no discriminación que prohibiera a Amazon privilegiar sus propios bienes y discriminar entre productores y consumidores sería significativa. Dado que muchas de las preocupaciones anticompetitivas más notables en torno a la estructura empresarial de Amazon surgen de su integración vertical y de los consiguientes conflictos de interés, aplicar un esquema de no discriminación reduciría el riesgo anticompetitivo. Este enfoque permitiría a la empresa mantener su participación en múltiples líneas de negocio y disfrutar de los beneficios de la escala, al mismo tiempo que mitigaría la preocupación de que Amazon pudiera favorecer injustamente su propio negocio o discriminar de manera injusta entre los usuarios de la plataforma para obtener influencia o poder de mercado<sup>444</sup>. Combinar la obligación de no discriminación con obligaciones de transportista común —exigiendo que las plataformas garanticen un acceso abierto y justo a otras empresas— limitaría aún más el poder de Amazon para utilizar su dominio de manera anticompetitiva.

La fijación de tarifas sería más complicada. Esto implicaría establecer un tope a los precios que Amazon puede cobrar tanto a productores como a consumidores. Tradicionalmente, los Estados aplicaban la fijación de tarifas identificando una “rentabilidad justa” que una empresa merecía por su inversión y luego derivativamente calculaban los precios para consumidores o productores<sup>445</sup>. Sin embargo, calcular una

437 94 U.S. 113 (1877).

438 *Id.* en 126.

439 *Id.* en 130.

440 *Id.*

441 Boyd, *supra* nota 434, en 1635.

442 *Id.* en 1643.

443 Véase K. Sabeel Rahman, *From Railroad to Uber: Curbing the New Corporate Power*, *Bos. Rev.* (4 de mayo de 2015), <http://bostonreview.net/forum/k-sabeel-rahman-curbing-new-corporate-power> [<http://perma.cc/Y6TU-F449>]; K. Sabeel Rahman, *Private Power and Public Purpose: The Public Utility Concept and the Future of Corporate Law in the New Gilded Age*, *Address at the Association of American Law Schools' 110th Annual Meeting* (8 de ene. de 2016) (transcripción en archivo de la autora).

444 La neutralidad de la red es una forma de régimen de transportista común. Para una exposición sobre por qué los principios de neutralidad de la red y de neutralidad en las búsquedas deberían aplicarse a las principales plataformas, véase Frank Pasquale, *Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines*, 2008 *U. Chi. Legal F.* 263.

445 El término “rentabilidad justa” (*fair return*) ha sido definido de diversas maneras. Para una visión general de los regímenes regulatorios de servicios públicos, véase William A. Prendergast, *Public Utilities and the People* 2 (1933) (“¿Qué es un servicio público? (...) Se utiliza comúnmente para denotar un negocio cuyo producto o uso sirve al público en general (...) [Es] un negocio que no puede elegir a sus clientes o consumidores.”).

“rentabilidad justa” podría resultar más difícil en el contexto de plataformas en línea que con los servicios públicos tradicionales. Una posible fuente de dificultad es que Amazon ha invertido tan ampliamente en una gama tan diversa de proyectos que no está claro con cuál debería el Estado vincular la “tasa de rentabilidad”. Otro factor que complica el cálculo es que parte de la inversión de Amazon en estas plataformas, hasta ahora, ha ido de la mano con perder dinero mediante la fijación de precios por debajo del costo.

Por último, no está claro que imponer requisitos de capitalización e inversión sea necesario. Una justificación tradicional para estas medidas ha sido que puede ser difícil crear y operar un servicio público, lo que en ocasiones lleva a las empresas privadas a reducir gastos en inversión y mantenimiento. En el caso de Amazon, la empresa está optando por expandirse a una velocidad y escala que la empuja hacia números rojos, pero no está claro que su actividad intrínsecamente genere pérdidas. Dicho esto, un régimen de servicio público también podría justificarse sobre la base de que tener éxito como plataforma en línea requiere incurrir en fuertes pérdidas —un modelo que Amazon y Uber han seguido. Este enfoque trataría las pérdidas derivadas de la búsqueda de cuota de mercado como una inversión de capital<sup>446</sup>, lo que sugiere que el marco de los servicios públicos podría ser apropiado.

En la práctica, instaurar un régimen de servicio público podría resultar difícil. Las regulaciones de servicio público sufrieron un ataque intelectual y político hacia mediados del siglo XX. En primer lugar, los críticos cuestionaron la teoría del monopolio natural como justificación continua de la regulación, argumentando que el cambio económico y tecnológico rápido haría que los monopolios fueran problemas temporales. En segundo lugar, los críticos describieron el régimen de servicio público como una forma de corrupción, un sistema en el cual los ejecutivos de la industria privada se coludían con funcionarios públicos para facilitar la búsqueda de rentas. En última instancia, estas líneas de crítica redujeron sustancialmente el propio concepto de servicio público<sup>447</sup>. Esta tendencia fue parte de un esfuerzo más amplio por idealizar los mercados competitivos y asumir que la no intervención era casi siempre superior a la interferencia. Aunque el concepto de regulación de servicios públicos sigue estando hoy algo desprestigiado, hay señales de que un movimiento sólido para aplicar regulaciones de tipo servicio público a servicios que ampliamente se consideran públicos —como Internet— podría ganar fuerza. El núcleo de los debates sobre la neutralidad de la red, por ejemplo, involucró discusiones fundamentales sobre cómo regular la infraestructura de comunicaciones del siglo XXI<sup>448</sup>. El régimen de neutralidad de red finalmente adoptado encaja plenamente en la tradición del transportista común.

Dado el creciente porcentaje de comercio electrónico que Amazon concentra y la enorme cantidad de vendedores y productores independientes que ahora dependen de ella, aplicar algún tipo de regulación de servicio público podría tener sentido. Los principios de no discriminación parecen especialmente adecuados, dado que los conflictos de interés son un peligro de primer orden del poder vertical de Amazon. Un enfoque sería aplicar regulaciones de servicio público a *todos* los negocios de Amazon que prestan servicios a otras empresas. Otro requeriría dividir partes de Amazon y aplicar principios de no discriminación por separado; por ejemplo, a Amazon Marketplace y Amazon Web Services como entidades distintas. Dicho esto, dadas las dificultades políticas para instaurar tal régimen, reforzar y fortalecer los principios tradicionales del derecho antimonopolio podría —a corto plazo— resultar más factible.

Una versión más liviana del enfoque regulatorio sería aplicar la doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities doctrine*). Esta doctrina impone obligaciones de compartir un activo monopolístico natural que sirve como insumo necesario en otro mercado. Como explica Sandeep Vaheesan:

<sup>446</sup> Estoy en deuda con David Kim por haber establecido esta conexión en el *Yale Law Journal Author Seminar Workshop* el 12 de octubre de 2016.

<sup>447</sup> Boyd, *supra* nota 434, en 1656.

<sup>448</sup> *Open Internet*, Fed. Comm. Commission, <http://www.fcc.gov/general/open-internet> [<http://perma.cc/ZL6S-6Q38>].

"Esta doctrina se basa en dos premisas fundamentales: primero, que un monopolista natural en un mercado no debe tener permitido negar acceso a la instalación crítica para excluir a los rivales en mercados adyacentes; segundo, que el remedio más radical de dividir la instalación entre múltiples propietarios, aunque mitigue la amenaza del apalancamiento monopólico, podría sacrificar eficiencias importantes"<sup>449</sup>.

A diferencia de la prohibición preventiva de integración, la vía de las instalaciones esenciales acepta la existencia de propiedad consolidada. Pero, reconociendo que un monopolista integrado verticalmente puede negar acceso a un rival en un mercado adyacente, la doctrina exige que el monopolista que controla la instalación esencial otorgue a los competidores un acceso fácil. Este deber ha sido tradicionalmente aplicado mediante supervisión regulatoria.

Aunque la doctrina de las instalaciones esenciales no ha sido definida con precisión, la prueba de cuatro factores enunciada por el *Seventh Circuit* en *MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.* constituye la base de un argumento para aplicar reglas de instalación esencial hoy en día<sup>450</sup>. Según dicha prueba, una instalación es esencial y debe compartirse si se cumplen cuatro condiciones: (1) un monopolista controla la instalación esencial; (2) un competidor no puede, de manera práctica o razonable, duplicar la instalación esencial; (3) el monopolista niega el uso de la instalación a un competidor; y (4) proporcionar la instalación es factible<sup>451</sup>. El tribunal en *MCI* también sostuvo que, para ser considerada esencial, la instalación debe ser un "insumo necesario en un mercado *distinto, verticalmente relacionado*"<sup>452</sup>.

Aunque la Corte Suprema nunca ha reconocido ni articulado un estándar para la doctrina de "instalación esencial", tres fallos del Tribunal "se consideran como los que han establecido la base funcional" de la doctrina<sup>453</sup>. Sin embargo, en 2004, la Corte repudió la doctrina de las instalaciones esenciales en *dicta*<sup>454\*</sup>, lo que llevó a varios comentaristas a preguntarse si ya es letra muerta. Esta decisión del Tribunal de efectivamente rechazar su jurisprudencia previa sobre instalaciones esenciales siguió a impugnaciones en otros frentes: en particular del Congreso, de las agencias de *enforcement* y de académicos, todos los cuales han criticado la idea de exigir a las empresas dominantes compartir su propiedad<sup>455</sup>.

Tratar aspectos del negocio de Amazon como "instalaciones esenciales" parece apropiado, dado que los factores dos, tres y cuatro de la prueba *MCI* probablemente se cumplan para al menos una línea de negocio. El primer factor —si Amazon es un "monopolista"— está sujeto al riesgo de que la doctrina adopte una visión excesivamente estrecha de lo que constituye un "monopolista", una definición que puede estar especialmente desfasada respecto de la dominancia en la era de Internet.

Tradicionalmente, la doctrina de las instalaciones esenciales se ha aplicado a infraestructuras como puentes, carreteras, puertos, redes eléctricas y redes telefónicas<sup>456</sup>. Dado que Amazon controla infraestructuras clave para el comercio electrónico, imponer un deber de permitir acceso a su infraestructura en condiciones

449 Vaheesan, *supra* nota 419, en 911.

450 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1982).

451 *Id.* Este último factor permite defensas de eficiencia.

452 Vaheesan, *supra* nota 419, en 921.

453 *Id.* en 918 (citando Marianna Lao, *Networks, Access, and "Essential Facilities"* 62 *SMU L. Rev.* 557 (2009)). Los tres casos que identifica Vaheesan son *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912); *United States v. Associated Press*, 326 U.S. 1 (1945); y *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

454 Véase *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 410 (2004).

\* Nota del traductor: "dicta" es una abreviación del término "obiter dictum", el cual se refiere a las observaciones realizadas en una sentencia que no se corresponden a las razones que fundan la decisión (*ratio decidendi*), sino que son dichas "al pasar".

455 Véase Brett Frischmann & Spencer Weber Waller, *Revitalizing Essential Facilities*, 75 *Antitrust L.J.* 1, 3 (2008).

456 *Id.* en 4.

no discriminatorias tiene sentido. Y a la luz de la trayectoria actual de la empresa, podemos imaginar al menos tres aspectos de su negocio que eventualmente podrían suscitar preocupaciones del tipo que llevan a la doctrina de las "instalaciones esenciales": (1) sus servicios de cumplimiento en el *delivery* físico; (2) su plataforma *Marketplace*; y (3) Amazon Web Services. Aunque la doctrina de las instalaciones esenciales aún no se ha aplicado a la economía de Internet, algunas propuestas han comenzado a explorar cómo podría hacerse<sup>457</sup>. Adoptar este régimen para plataformas en línea podría mantener los beneficios de la escala evitando que los actores dominantes abusen de su poder.

## CONCLUSIÓN

Las plataformas de Internet median una porción grande y creciente de nuestro comercio y nuestras comunicaciones. Sin embargo, la evidencia muestra que la competencia en los mercados de plataformas está decayendo, con sectores que se están consolidando en torno a uno o dos gigantes<sup>458</sup>. El titán en el comercio electrónico es Amazon, una empresa que ha construido su dominio persiguiendo agresivamente el crecimiento a expensas de las ganancias y que se ha integrado en múltiples líneas de negocio relacionadas. Como resultado, la empresa se ha posicionado en el centro del comercio en línea y sirve como infraestructura esencial para una multitud de otras empresas que ahora dependen de ella. Esta Nota sostiene que las estrategias comerciales de Amazon y su actual dominio de mercado plantean preocupaciones anticompetitivas que el marco del bienestar del consumidor en el derecho antimonopolio no logra reconocer.

En particular, el derecho vigente subestima el riesgo de precios predátorios y cómo la integración a través de distintas líneas de negocio puede resultar anticompetitiva. Estas preocupaciones se intensifican en el contexto de las plataformas en línea por dos razones. En primer lugar, la economía de los mercados de plataformas incentiva la búsqueda de crecimiento por sobre las ganancias, una estrategia que los inversionistas han recompensado. En estas condiciones, la fijación de precios predátorios se vuelve altamente racional —aunque la doctrina existente la considere irracional. En segundo lugar, debido a que las plataformas en línea actúan como intermediarios críticos, integrarse en múltiples líneas de negocio coloca a estas plataformas en posición de controlar la infraestructura esencial de la que dependen sus rivales. Este doble rol también les permite explotar la información recopilada sobre las empresas que utilizan sus servicios para luego ganarles como competidores.

Para captar estas preocupaciones anticompetitivas, deberíamos reemplazar el marco del bienestar del consumidor por un enfoque orientado a preservar un proceso y una estructura de mercado competitivos. Aplicar esta idea implica, por ejemplo, evaluar si la estructura de una empresa crea conflictos de interés anticompetitivos; si puede aprovechar ventajas de mercado entre distintas líneas de negocio; y si las características económicas de los mercados de plataformas en línea incentiva conductas predatórias y los mercados de capital las permiten. Más específicamente, restaurar los principios tradicionales del derecho antimonopolio para crear una presunción de predación y prohibir la integración vertical de las plataformas dominantes podría ayudar a mantener la competencia en estos mercados. Si, en cambio, aceptamos que las plataformas en línea dominantes son monopolios u oligopolios naturales, entonces aplicar elementos de un régimen de servicio público o de obligaciones de instalaciones esenciales mantendría los beneficios que vienen con alcanzar una gran escala al mismo tiempo que limitaría la capacidad de las plataformas

457 Para más trabajos que abordan la posibilidad de aplicar la doctrina de las "instalaciones esenciales" a las plataformas de Internet, véase Frank Pasquale, *Dominant Search Engines: An Essential Cultural & Political Facility*, en *The Next Digital Decade* 401 (Berin Szoka et al. eds., 2011); y Zachary Abrahamson, *Comment, Essential Data*, 124 *Yale L.J.* 576 (2014).

458 Véase *A Giant Problem*, *Economist* (17 de sept. de 2016), <http://www.economist.com/news/leaders/21707210-rise-corporate-colossal-threatens-both-competition-and-legitimacy-business> [<http://perma.cc/DNN2-YKL3>] ("[L]a característica más llamativa de los negocios actuales es (...) el arraigo de un grupo de empresas superestrella en el corazón de la economía global (...) Pero tienen dos grandes defectos. Están aplastando la competencia y están usando los lados más oscuros de la gestión para mantenerse por delante."); Davidoff Solomon, *supra* nota 319.

dominantes para abusar del poder que tienen.

Mi argumento forma parte de un debate reciente más amplio sobre si el paradigma actual del derecho antimonopolio ha fracasado. Aunque relegado a los tecnócratas durante décadas, el derecho y la política de competencia han vuelto a convertirse en temas de preocupación pública<sup>459</sup>. El año pasado, The Wall Street Journal informó que “[u]n número creciente de industrias en EE.UU. están dominadas por un número decreciente de empresas”<sup>460</sup>. En marzo de 2016, *The Economist* declaró: “Las ganancias son demasiado altas. Estados Unidos necesita una dosis de competencia”<sup>461</sup>. Las élites a cargo de la formulación de políticas públicas también han intervenido, publicando documentos de política pública y organizando conferencias que documentan el declive de la competencia en toda la economía estadounidense y evalúan los daños resultantes, incluyendo la caída en el crecimiento de nuevas empresas y el aumento de la desigualdad económica<sup>462</sup>. El derecho antimonopolio incluso llegó a la campaña presidencial de 2016: los demócratas incluyeron la política de competencia en su programa partidario por primera vez desde 1988, y en octubre del mismo año, la candidata presidencial Hillary Clinton publicó un detallado programa referido al derecho antimonopolio, destacando no solo la necesidad de un *enforcement* más vigoroso, sino de una filosofía de *enforcement* que tome en cuenta la estructura de mercado<sup>463</sup>.

Lo que anima estas críticas no es una preocupación por los daños al bienestar del consumidor<sup>464</sup>, sino el conjunto más amplio de males y peligros que genera la falta de competencia. A medida que Amazon continúa profundizando su control sobre infraestructuras clave y expandiéndose hacia nuevas líneas de negocio, su dominio exige el mismo escrutinio. Para revisar el derecho y la política de competencia en los mercados de plataformas, debemos guiarnos por dos preguntas. Primero, ¿refleja nuestro marco jurídico las realidades de cómo las empresas dominantes adquieren y ejercen poder en la economía de Internet? Y segundo, ¿qué formas y grados de poder debería el derecho identificar como una amenaza para la competencia? Sin considerar estas preguntas, corremos el riesgo de permitir el crecimiento de poderes a los que nos oponemos, pero que no logramos reconocer.

459 En un notable discurso en que se recibía positivamente la atención pública y política hacia el derecho antimonopolio, la Fiscal General Adjunta de la División Antimonopolio, Renata Hesse, afirmó: “El derecho antimonopolio es demasiado importante para dejarlo únicamente en manos de los expertos en la materia.” Renata Hesse, Assistant Att'y Gen., Antitrust Div., Dep't of Justice, *Remarks at the 2016 Global Antitrust Enforcement Symposium: And Never the Twain Shall Meet? Connecting Popular and Professional Visions for Antitrust Enforcement* (20 de sept. de 2016), <http://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-renata-hesse-antitrust-division-delivers-opening> [<http://perma.cc/84E6-H4JB>].

460 Theo Francis & Ryan Knutson, *Wave of Megadeals Tests Antitrust Limits in U.S.*, *Wall St. J.* (18 de oct. de 2015), <http://www.wsj.com/articles/wave-of-megadeals-tests-antitrust-limits-in-u-s-1445213306> [<http://perma.cc/WA8J-ATZT>].

461 *Too Much of a Good Thing*, *Economist* (26 de mar. de 2016), <http://www.economist.com/news/briefing/21695385-profits-are-too-high-america-needs-giant-dose-competition-too-much-good-thing> [<http://perma.cc/4YPA-G3HB>].

462 Véase Eduardo Porter, *With Competition in Tatters, the Rip of Inequality Widens*, *N.Y. Times* (12 de jul. de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/07/13/business/economy/antitrust-competition-inequality.html> [<http://perma.cc/8Z8A-KCFJ>]; *America's Monopoly Problem*, *New Am.*, <http://www.newamerica.org/open-markets/events/americas-monopoly-problem> [<http://perma.cc/64YF-6KZV>]; Marc Jarsulic et al., *Reviving Antitrust*, *Ctr. for Am. Progress* (29 de jun. de 2016), <http://www.americanprogress.org/issues/economy/report/2016/06/29/140613/reviving-antitrust> [<http://perma.cc/QCV8-52TV>]; *Making Antitrust Work for the 21st Century*, *Ctr. for Equitable Growth*, <http://equitablegrowth.org/event/making-antitrust-work-for-the-21st-century> [<http://perma.cc/HAX7-BRK2>]; *Untamed: How To Check Corporate, Financial, and Monopoly Power*, *Roosevelt Inst.* (2016), <http://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2016/06/Untamed-Final-Single-Pages.pdf> [<http://perma.cc/FM9R-DXJJ>].

463 Véase Neil Irwin, *Liberal Economists Think Big Companies Are Too Powerful. Hillary Clinton Agrees*, *N.Y. Times* (4 de oct. de 2016), <http://www.nytimes.com/2016/10/05/upshot/liberal-economists-think-big-companies-are-too-powerful-hillary-clinton-agrees.html> [<http://perma.cc/WXA9-RX2J>]; *Hillary Clinton's Vision for an Economy Where Our Businesses, Our Workers, and Our Consumers Grow and Prosper Together*, *Hillary Clinton*, <http://www.hillaryclinton.com/briefing/factsheets/2016/10/03/hillary-clintons-vision-for-an-economy-where-our-businesses-our-workers-and-our-consumers-grow-and-prosper-together> [<http://perma.cc/2EHG-PT9Z>] (“Promover la competencia libre y equitativa y evitar que los grandes negocios abusen de los pequeños negocios”).

464 Uno de los aspectos más llamativos del discurso de Hesse es que se distancia de un enfoque estrictamente basado en el bienestar del consumidor, apartándose de la ortodoxia actual: “Pero, aunque creemos que la competencia maximiza el bienestar del consumidor, el estándar último con el que juzgamos las prácticas es su efecto sobre la competencia, no sobre el bienestar del consumidor. Es ciertamente relevante cuando una fusión conducirá a precios más altos y menor producción, porque estos resultados son señales de una competencia reducida. Pero la ley nos instruye a examinar si una fusión puede disminuir sustancialmente la competencia, y eso significa que debemos, en ocasiones, mirar otras pruebas de daño a la competencia.” Hesse, *supra* nota 459.



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:**

Lina M. Khan «La paradoja competitiva de Amazon, (Traducción de "Amazon's Antitrust Paradox")»,

*Investigaciones CeCo* (enero, 2026),

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

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