

Mercado relevante: un concepto jurídico con fundamento económico. Desafíos y divergencias en la economía digital

Relevant Market: a Legal Concept with an Economic Rationale. Challenges and Divergences in the Digital Economy

Esteban Greco y María Fernanda Viecens†*

Resumen

El funcionamiento de la economía digital está sometiendo a revisión tanto los instrumentos como los objetivos de las políticas de competencia. La definición de mercado relevante, como herramienta analítica clave en el derecho de la competencia, no escapa a esta tendencia. En este artículo se presentan los principales desafíos que los antecedentes en las agencias de competencia y la literatura muestran al respecto. También se analizan las definiciones de mercado relevante adoptadas por agencias de competencia en dos fusiones recientes que involucran actores de la economía digital: Walmart-Cornershop y Visa-Plaid. La comparativa sobre estas decisiones evidencia la falta de convergencia en los resultados, explicada, en parte, por diferencias en las definiciones de mercado.

Palabras clave: defensa de la competencia — mercado relevante — economía digital

Abstract

The functioning of the digital economy is subjecting both the instruments and the objectives of competition policies to review. The definition of the relevant market, as a key analytical tool in competition law, does not escape this trend. This article presents the main challenges that the antecedents in competition agencies and the literature show in this regard. It also analyses the relevant market definitions adopted by competition agencies in two recent mergers involving players in the digital economy: Walmart-Cornershop and Visa-Plaid. The comparative analysis of these

* Director en Argentina de Global Economics Group. Ha sido Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina (CNDC). Profesor de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella.

† PhD en Economía. Investigadora CONICET en el Centro Tecnología y Sociedad (CETyS) de la Universidad de San Andrés. Ha sido Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Profesora de la Universidad de San Andrés y de la Universidad Torcuato Di Tella.

decisions shows a lack of convergence in the results, partly explained by differences in market definitions

Key words: antitrust — relevant market — digital economy

I. Introducción

La definición de mercado relevante es una herramienta clave en las investigaciones *antitrust*, sobre la que se construye y delinea el análisis sustantivo. El mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y servicios que son considerados sustitutos por quienes los demandan, dadas sus características, sus precios y el objeto de su consumo.¹ Para definir el mercado relevante es necesario examinar, entonces, qué bienes o servicios son sustitutos del producto bajo estudio, en el sentido de que satisfacen necesidades similares de los consumidores y ejercen presión competitiva sobre la firma oferente.

La técnica más empleada para definir mercados relevantes es la conocida prueba del monopolista hipotético o SSNIP test.² Este test lleva a formularse la siguiente pregunta: ¿puede un monopolista hipotético del producto bajo análisis aumentar sus beneficios mediante la imposición de un pequeño pero significativo aumento no transitorio del precio? De ese modo, si la respuesta es negativa, es decir, que para un monopolista hipotético no sería rentable aumentar el precio de manera significativa y no transitoria porque perdería ventas, el test indica que el mercado relevante debe ampliarse para incluir a los sustitutos más próximos (aquellos productos que decidieron comprar los consumidores para reemplazar el producto del monopolista hipotético que subió su precio).

El límite del mercado relevante del producto se define cuando se tiene incluido al grupo de bienes o servicios para los cuales el monopolista hipotético puede aumentar rentablemente los precios. Luego, para una definición de mercado geográfico relevante es necesario establecer los límites territoriales del mercado o, lo que es similar, responder la pregunta de hasta dónde estará dispuesto el consumidor a desplazarse para comprar un producto comprendido en la previa definición de mercado del producto.

La definición de mercado relevante tiene un objeto instrumental para el análisis de competencia, ya que constituye una herramienta para evaluar la existencia de posición

¹ Esta es la definición estándar que se utiliza en los Lineamientos de Concentraciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de 2018. Disponible en:

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_concentraciones_economicas_0.pdf.

² De sus siglas en inglés "Small but Significant Non-Transitory Increase in Price".

dominante, valorar el poder de mercado de una firma investigada y, en definitiva, evaluar los posibles efectos de las conductas o de las operaciones de concentración bajo estudio.

La cuestión central que subyace en la definición de mercado relevante es la identificación de las restricciones competitivas que limitan la posibilidad de la empresa involucrada de ejercer poder de mercado. Una vez definido, el mercado relevante es el mapa de trabajo de la investigación en el que se identifican los participantes, oferentes y demandantes, y se mide el nivel de concentración. El siguiente gráfico ilustra de manera esquemática las etapas analíticas de una investigación en defensa de la competencia y muestra el lugar que ocupa la definición de mercado relevante en este análisis.

Gráfico 1: Esquema de análisis en defensa de la competencia³



El funcionamiento de la economía digital ha sometido a revisión tanto los instrumentos como los objetivos de las políticas de competencia. La velocidad y magnitud de los cambios tecnológicos, la tendencia a la consolidación de grandes jugadores, la multiplicidad de características de las plataformas digitales que dificultan su desafiabilidad, los cuestionamientos de diversos grupos de agentes económicos que ven amenazada su subsistencia o crecimiento y de consumidores preocupados por el uso de sus datos personales, han formulado interrogantes sobre la efectividad de los instrumentos *antitrust* para identificar y sancionar conductas anticompetitivas, en particular sobre la

³ Elaboración propia.

celeridad que requieren las respuestas a comportamientos de las firmas en mercados digitales y para el control de adquisiciones de competidores potenciales.⁴

En este contexto, el derecho de la competencia se encuentra con el desafío de adaptarse a los cambios y con la necesidad de abordar el riesgo de errores tipo II⁵ por una insuficiente o tardía aplicación de la ley de competencia en mercados digitales, sin afectar en el camino los incentivos a la innovación y el dinamismo tecnológico que ha generado una gran cantidad de beneficios en la forma de nuevos productos e incrementos de productividad.

La definición de mercado relevante como herramienta analítica clave en el análisis de competencia no escapa a esta tendencia. El objetivo de este artículo es revisar la literatura y antecedentes relativos a estas cuestiones para luego analizar algunas definiciones de mercado adoptadas en casos vinculados a la economía digital. En particular, se analizan, por un lado, las definiciones adoptadas por la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) en México y la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en Chile, en el caso de la operación Walmart-Cornershop, con diferentes decisiones por parte de las agencias. Por otro lado, los enfoques contrapuestos adoptados para el caso Visa-Plaid por el *Department of Justice* (DOJ) en Estados Unidos y la *Competition and Markets Authority* (CMA) en el Reino Unido.

II. Definición de mercado relevante: desafíos de la economía digital

La literatura y antecedentes de casos en agencias de competencia muestran tres cuestiones sobre las cuales la economía digital plantea desafíos o nuevos interrogantes a la hora de definir los mercados relevantes: mercados bilaterales, mercados de “precio cero” y ecosistemas digitales.⁶

⁴ Ver Competitions & Markets Authority (CMA), “Online platforms and digital advertising Market study final report” (julio de 2020); Jason Furman, Diane Coyle, Amelia Fletcher, Derek McAuley y Philip Marsden, *Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel* (Londres: HM Treasury Publications, 2019). Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf; Yves- Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer y Jacques Crémer, “Competition Policy for the Digital Era” (mayo de 2019); y Stigler Center, “Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report”, *University of Chicago Booth School of Business* (septiembre de 2019).

⁵ Nos referimos a error tipo II (o falso negativo) en aquellas situaciones en las que la agencia debía intervenir y no lo hizo.

⁶ Ver Martin Peitz y Jens-Uwe Franck, *Market definition and market power in the platform economy* (Bélgica: Centre of Regulation in Europe, 2019); Magali Eben y Viktoria H.S.E. Robertson, “The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of

A. Mercados relevantes en mercados bilaterales

Entre las tres cuestiones señaladas, la definición de mercados relevantes en mercados bilaterales es la más analizada hasta el momento y con más antecedentes. En particular, el tema cobró notoriedad y sentó jurisprudencia con la resolución del caso AMEX en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Fue una decisión dividida y su definición se basó en la interpretación de un mercado bilateral, específicamente, el de tarjetas de crédito.⁷ El punto crítico con relación a los mercados bilaterales ronda en si corresponde definir un único mercado (el de la plataforma) o un mercado para cada lado. Precisamente, en el caso AMEX la definición de un solo mercado (mercado de transacciones con tarjetas de crédito) fue la decisión de la Corte con cinco votos, mientras que los cuatro votos restantes adoptaron la postura contraria de dos mercados relevantes diferentes.⁸

Por el contrario, para el caso de plataformas no transaccionales, es decir, aquellas en las que no sucede una transacción específica entre los clientes de ambos lados del mercado, a diferencia de las transaccionales como las de tarjetas de crédito en las que se encuentran un vendedor y un comprador para llevar a cabo una operación, la literatura muestra consenso en considerar un mercado para cada lado. Son plataformas no transaccionales, entre otras, aquellas cuyo modelo de negocio está basado en ingresos por publicidad. El cuadro a continuación resume de manera esquemática, aunque no excluyente, las posturas existentes.

the EU, US, Brazil”; *Graz Law Working Paper Series* 1 (enero de 2021): pp. 1-31; y Viktoria Robertson, “A new era for antitrust market definition”, *Competition Law Review* 1 (enero de 2021): pp. 84-92.

⁷ Supreme Court of the United States, “Ohio v. American Express Co.”, 25 de junio de 2018.

⁸ Para los autores que sostienen que el enfoque utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos de definir un único mercado de transacciones no es correcto, ver Michael Katz y Jonathan Sallet, “Multisided platforms and antitrust enforcement”, *Yale Law Journal* 127 (2018): pp. 2142–2175; y decisiones públicas de las correspondientes agencias. Se argumenta que pueden tenerse en cuenta los efectos indirectos de red entre ambos lados de la plataforma de transacciones definiendo mercados separados (de hecho, este criterio es adoptado por el voto en disenso de la Corte Suprema).

Para un enfoque coincidente con el fallo de la Corte, ver David S. Evans y Richard Schmalensee, “The Role of Market Definition in Assessing Anti-Competitive Harm in Ohio v. American Express” (junio de 2019). Para una comparativa con el caso Prisma en Argentina ver Esteban Greco y María Fernanda Vicens, “Definición de mercados relevantes en medios de pago electrónicos: el caso Prisma en Argentina versus el caso AMEX en Estados Unidos”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones - La Ley* (2021).

Cuadro 1: Criterio de definición de mercado relevante por tipo de plataforma⁹

Tipo de plataforma	Criterio de definición del mercado relevante	Casos (algunos ejemplos)	Consenso
Plataformas bilaterales no transaccionales	Dos mercados teniendo en cuenta la interrelación entre ambos	Google Maps (Francia, 2012): usuarios del servicio de mapas y navegación y comercios minoristas que aparecen en los mapas Google Shopping (EU, 2017): mercado de búsqueda general (usuarios de servicio de búsqueda) y reconoce que los servicios son provistos por plataformas bilaterales Facebook (Alemania, 2019): mercado de usuarios privados de redes sociales y reconoce que forma parte de un mercado multilateral	Sí
Plataformas bilaterales transaccionales	Mercados de pagos electrónicos	Un único mercado de transacciones	No
		Mercados distintos para grupos de usuarios y actividades de la cadena de valor	No
	Mercados de plataformas de comercio electrónico (<i>online Marketplaces</i>)	Mercado de plataformas (<i>Marketplace</i>) Mercados de productos comercializados en plataformas	<ul style="list-style-type: none"> • Amazon (Alemania, 2013): cláusulas de paridad de precios afectaban la competencia entre plataformas y entre vendedores • Amazon (<i>EU Statement of Objections</i>, 2020): <i>Self preferencing</i> y uso de información de terceros afectaría a vendedores independientes

⁹ Elaboración de los autores a partir de Eben y Robertson, “The Relevant Market Concept”; David S. Evans, “The Emerging High-Court Jurisprudence on the Antitrust Analysis of Multisided Platforms” (abril de 2017); Evans y Schmalensee, “The Role of Market Definition”; Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme y Pauline Affeldt. “Market definition in two-sided markets: Theory and practice”, *Journal of Competition Law and Economics* 10/2 (junio de 2014): pp. 293-339; Greco y Viecens, “Definición de mercados relevantes”; Michael Katz y Jonathan Sallet, “Multisided platforms and antitrust enforcement”, *Yale Law Journal* 127 (2018): pp. 2142–2175; y decisiones públicas de las correspondientes agencias. Referencias a casos citados en el cuadro: European Commission Competition, “Google Search (Shopping)”, 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf; Bundeskartellamt, “Facebook”, 2019. Disponible en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?blob=publicationFile&v=5>; CMA, “Visa-Plaid”, 2020. Disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/visa-international-service-association-plaid-inc-merger-inquiry>; DOJ Complaint, 2020. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1334726/download>; Bundeskartellamt, “Amazon”, 2013. Disponible en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf?blob=publicationFile&v=2>; EU Statement of Objections, “Amazon”, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2077

Los ejemplos del cuadro muestran lo que ya se ha mencionado. Se utilizan definiciones para cada lado del mercado en casos de plataformas no transaccionales, lo que luce consistente con la dificultad para encontrar una métrica que haga posible calcular cuotas de un mercado único como sí es posible en el caso de plataformas transaccionales, las cuotas pueden medirse precisamente respecto de las transacciones llevadas a cabo en las plataformas.

Por consiguiente, los antecedentes muestran diferentes interpretaciones para plataformas transaccionales, en algunos casos se evalúa un mercado y, en otros, dos mercados, y no en todos los casos resulta determinante este aspecto. Al final del día, lo fundamental es que las agencias de competencia ya han comprendido el modelo de negocio que impera en estos mercados (de plataforma bilateral) y tienen en cuenta el tipo de interacción entre los clientes de ambos lados de la plataforma (los efectos de red indirectos).

B. Mercados de “precio cero”

Se hace referencia a mercados de “precio cero” en aquellos casos, muy presentes en la economía digital, en los que el servicio no se ofrece a cambio del pago de un valor monetario. El “precio cero” se observa generalmente en plataformas de múltiples lados donde se provee un servicio a cambio de, por ejemplo, prestar atención a una publicidad o consentir determinada política de privacidad y de uso de datos personales.

Eben y Robertson¹⁰ muestran casos en los que la ausencia de un precio para servicios digitales desconcertó a las autoridades y a los tribunales y que algunas interpretaciones llevaron a concluir que servicios provistos a “precio cero” no constituían mercados y tampoco estaban sujetos a la Ley de Defensa de la Competencia.¹¹ Esta interpretación errónea fue rápidamente descartada con el entendimiento de que la existencia de un producto o servicio que es “gratis” no significa que no exista una relación comercial entre los usuarios y la empresa que lo presta. Por el contrario, en mercados de “precio cero” la atención y los datos de los consumidores funcionan generalmente como una remuneración.

¹⁰ Eben y Robertson, “The Relevant Market Concept”.

¹¹ Las autoras citan los casos United States District Court, N.D. California, “Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc., No. C 06-2057 JF (RS)”, 16 de marzo de 2007 y Comisión Europea, “Commission Decision IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol”, 1996.

Resulta llamativo que surgieran estas interpretaciones dado que ya existían casos de mercados tradicionales con “precio cero”, como los de TV abierta.¹² Al igual que la mayoría de los modelos de negocio que se observan en la economía digital, los servicios de TV abierta se organizan como plataformas bilaterales. En este caso, los dos lados del mercado son los televidentes y los anunciantes. Mientras los televidentes consumen la programación ofrecida por un canal de TV, los niveles de audiencia determinan el precio del espacio publicitario que pagan los anunciantes. La inexistencia de precio para los televidentes se explica por el hecho de que los ingresos de la plataforma se obtienen de la venta de publicidad. Así, la cantidad de contenido publicitario a incluir puede ser considerado el precio que el usuario paga por el contenido. Esta estructura de precios fijada por la plataforma de TV abierta es análoga a la que fijan hoy todas aquellas plataformas de la economía digital que sustentan sus ingresos en publicidad.

Consistentemente, en el caso “Google Shopping”¹³ ya se reconoce que la prestación de servicios de búsqueda constituye una actividad económica y que, aunque los usuarios del servicio no proporcionan dinero, proporcionan los datos que se utilizan para ofrecer servicios publicitarios a los usuarios del otro lado de la plataforma. Asimismo, la Directiva Europea Nro. 2018/1972 reconoce expresamente que:

en la economía digital, es cada vez más frecuente que quienes participan en el mercado consideren que la información sobre los usuarios tiene un valor monetario. Los servicios de comunicaciones electrónicas se prestan con frecuencia al usuario final no solo a cambio de dinero, sino, en particular y cada vez con mayor frecuencia, a cambio de datos personales o de otro tipo.¹⁴

Por su parte, en enero de 2021, Alemania incorporó explícitamente en la ley de competencia la posibilidad de definir un mercado relevante cuando se proporciona un servicio sin un pago monetario y explicitó que servicios de ese tipo están sujetos a la ley de competencia.¹⁵ Asimismo, en Brasil, el CADE se refirió a la publicidad como un medio para monetizar un servicio y lo consideró parte de un producto ofrecido tanto a los usuarios como a los anunciantes.¹⁶

¹² Para una revisión de literatura y antecedentes ver Esteban Greco, “Condiciones de competencia en la televisión abierta en El Salvador” (2016).

¹³ European Commission Competition, “Google Search (Shopping)”, 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

¹⁴ Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972&from=EN>

¹⁵ Ver https://www.bundeskartellamt.de/EN/Economicsectors/Digital_economy/digital_economy_node.

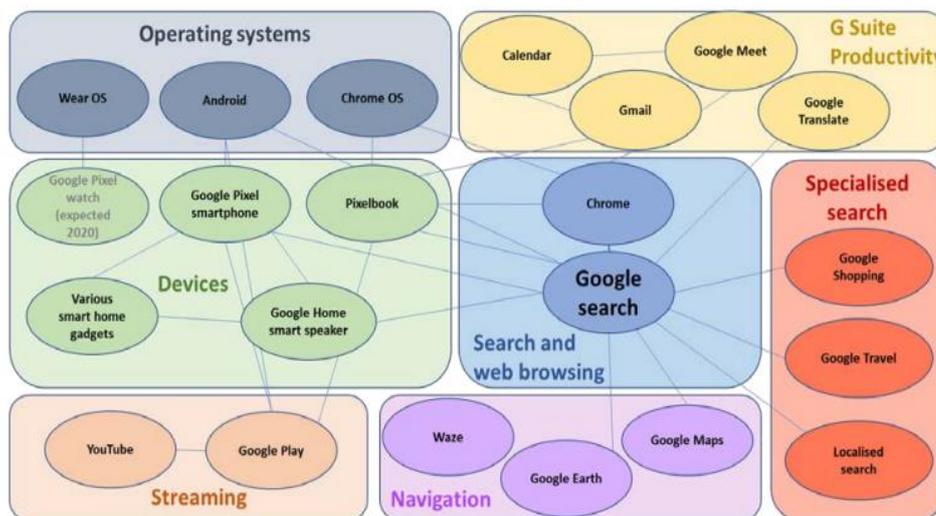
¹⁶ Eben y Robertson, “The Relevant Market Concept”.

Desde el punto de vista del análisis económico, los mercados con “precio cero” han representado también un desafío para la utilización del SSNIP test. En este sentido, se ha propuesto el SSNDQ test (*Small but Significant Non Transitory Decrease in Quality*) en el caso “Google Android” de Europa.¹⁷ Sin embargo, la principal limitación del SSNDQ test reside en la complejidad que implica establecer una medición de la calidad del producto bajo análisis, por lo que la relevancia y utilización del test demandará un análisis caso por caso.

C. Ecosistemas digitales

Plataformas como Google y Facebook han desarrollado estrategias de expansión hacia mercados de productos adyacentes y complementarios que determinan la conformación de un ecosistema para la plataforma. A modo de ejemplo, el reporte de la agencia de competencia inglesa (CMA) provee el siguiente gráfico con relación al ecosistema de Google.

Gráfico 2: Esquema Ecosistema de Google¹⁸



La vinculación de varios productos a través de la tecnología puede crear un producto completamente nuevo, el ecosistema, y, por lo tanto, un nuevo mercado relevante distinto de los productos que no se han integrado de esta manera. En cada caso, cabe definir si la combinación de productos satisface una demanda que no puede ser satisfecha (con la

¹⁷ Commission Decision, “Google Android C(2018) 4761”, 2018.

¹⁸ CMA, “Online platforms and digital advertising Market study final report”.

misma eficacia) por los productos individuales.¹⁹ Además, una característica fundamental de la economía digital es que las *Big Tech* tienen la posibilidad de utilizar los grandes volúmenes de datos que proveen los usuarios de cada uno de los productos o plataformas que conforman su ecosistema. Esto permite potenciar los algoritmos para ofrecer productos que se adapten mejor a la demanda de los usuarios, así como optimizar la monetización mediante servicios provistos a otros usuarios del ecosistema, generalmente publicidad.²⁰ El tema refiere también a una cuestión actual sobre las estrategias envolventes de las plataformas como evolución de los casos de *tying* (venta atada) y *bundling* (empaquetamiento) en mercados de nuevas tecnologías.²¹

La definición de mercados relevantes de ecosistemas digitales plantearía situaciones donde un mercado definido de esa manera incluya entre sus participantes solo tres o cuatro grandes *Big Tech* y la competencia se desarrolle entre ecosistemas o conglomerados digitales. Bajo esta definición, una adquisición por parte de una *Big Tech* de una *Start-up*, que desarrolla un producto en un mercado adyacente no sustituto de los que provee el ecosistema pero complementario y que permite ampliar el alcance del ecosistema, puede ser interpretada como una adquisición que incrementa el poder de mercado de la *Big Tech*. Sin embargo, bajo una definición tradicional, que solo considera la sustitución en la demanda, lleva a concluir que la adquisición no tiene efectos horizontales porque no aumenta la concentración. De esta manera, la perspectiva de las operaciones de tipo de conglomerado que han sido tradicionalmente consideradas incapaces de afectar la competencia, en este nuevo contexto de la economía digital puede cambiar, y la manera de definir el mercado será determinante en ese sentido. Al mismo tiempo, en casos de conductas anticompetitivas unilaterales, definir posiciones dominantes podría tornarse más desafiante cuando los ecosistemas de productos compiten entre sí (si pudiera probarse competencia entre las *Big Tech*).

Es posible elaborar cierta analogía entre estas consideraciones y la teoría del daño a la innovación (*Innovation Theory of Harm*), recientemente incorporada por la Comisión

¹⁹ Esta discusión encuentra antecedentes en el análisis y los casos referidos a *cluster markets* y *one-stop shopping*. Ver Eben y Robertson, “The Relevant Market Concept” para un análisis de estos antecedentes.

²⁰ Este proceso de monetización puede darse en forma de venta de publicidad focalizada o mediante servicios que incrementan la disposición a pagar de los usuarios comerciales o corporativos del ecosistema, al brindarles acceso a información valiosa sobre las preferencias de los potenciales clientes.

²¹ Para una exploración y revisión de esta discusión ver Esteban Greco y María Fernanda Viencens, “Evolución de la venta atada y el empaquetamiento en la economía digital: de Google Android a los conglomerados digitales y las estrategias envolventes de las plataformas”.

Europea en el análisis de fusiones.²² El exhaustivo análisis desarrollado por la Comisión Europea para la elaboración de esta teoría permite colegir que al utilizarla no se limitó a considerar el mercado relevante exclusivamente desde el punto de vista de la sustitución en la demanda. Por el contrario, consideró a la innovación como variable fundamental del proceso competitivo y que las fusionadas tenían líneas de investigación similares y se caracterizaban por desarrollar productos en los mismos “espacios de innovación”. Esta manera de definir mercados ofrece cierta similitud con la consideración del ecosistema digital como mercado relevante.

III. Divergencias en las definiciones de mercado en casos de la economía digital

Los casos de empresas de la economía digital en la región son aún relativamente escasos. En esta sección se describen las definiciones de mercado relevante adoptadas por las agencias de cada país en dos fusiones con impacto en Chile y México. Luego, se analizan los diferentes enfoques adoptados en relación con la fusión Visa-Plaid en Estados Unidos y en el Reino Unido.

A. Fusión Walmart-Cornershop: Chile vs. México

En septiembre de 2018, Walmart, la empresa de supermercados con presencia en varios países de la región, notificó la intención de comprar Cornershop, una plataforma digital de entrega a domicilio de compras en supermercados, farmacias y tiendas de especialidad en México, Chile, Canadá y Perú, por un valor de USD 225 millones. La operación fue autorizada por la FNE, la agencia de competencia de Chile, mientras que fue bloqueada por la COFECE, la agencia mexicana, que consideró que esta implicaba riesgos para la competencia.²³

La definición del mercado relevante ha sido uno de los elementos que dieron origen a la divergencia en el resultado del análisis entre ambas jurisdicciones.²⁴ Al tratarse de

²² La *Innovation Theory of Harm* es utilizada por primera vez por la Comisión Europea en el caso Dow-Dupont. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf y se aplicó luego a otras fusiones de empresas del sector agroquímicos.

²³ Ver <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/08/AnCAs-CornerShop-12agsoto2019.pdf> y <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-aprobaci%C3%B3n-F-161-2018-censurado.pdf>.

²⁴ También hubo divergencia en el enfoque de la evaluación de los potenciales efectos sobre la competencia, en particular, con relación a las consideraciones sobre la probabilidad de entrada y expansión de competidores en mercados dinámicos.

una integración vertical, se encuentran involucrados dos mercados relevantes de producto en distintos eslabones de la cadena de valor. Aguas arriba, ambas agencias consideran la comercialización de productos por parte de supermercados, mercado que ya cuenta con muchos antecedentes y jurisprudencia. Así, la COFECE se refiere al “comercio minorista a través de TDA [tiendas de autoservicio] con formato BSHM [bodega, supermercado, hipermercado y/o megamercado]”²⁵ y la FNE citó jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) que considera el “aprovisionamiento periódico [...] en la modalidad de autoservicio por parte de tiendas de superficie [...] denominadas supermercados de productos alimenticios y de artículos de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales.”²⁶

En México, Walmart participaba con cerca del 60% de las ventas en supermercados, mientras que sus ventas en línea representaban el 2.3% de sus ingresos.²⁷ En Chile, la participación de mercado de Walmart se ubicaba entre el 35% y el 45%. Por su parte, las ventas en línea representaban menos del 1% de las ventas totales de supermercados.

Sin embargo, el análisis fue diferente al considerar el mercado en el que operaba Cornershop. Al respecto, la COFECE definió el mercado relevante de producto como “los servicios logísticos de exhibición, compra y entrega inmediata de bienes ofrecidos por tiendas de autoservicio y club de precios a través de páginas de internet y Apps a usuarios finales”²⁸ y señaló que Cornershop atiende un mercado de dos lados. Por un lado, el servicio logístico de exhibición de productos a través de páginas de internet y aplicaciones y compra inmediata a comercios, específicamente, tiendas de autoservicio y clubes de precio. Por otro lado, el servicio logístico de compra y entrega inmediata de productos ofrecidos por comercios (tiendas de autoservicio y clubes de precio) a través de páginas de internet y aplicaciones para dispositivos móviles a usuarios finales.

²⁵ Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), “Resolución del expediente CNT-161-2018”. Disponible en: <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Concentraciones/V6008/9/4845885.pdf>, p. 21.

²⁶ Fiscalía Nacional Económica (FNE), “Informe de aprobación”. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-aprobaci%C3%B3n-F-161-2018-censurado.pdf>, pp. 9-10.

²⁷ Además, las ventas de alimentos en supermercados implican cerca del 20% de las compras de alimentos de los hogares. Ver Elisa Mariscal y Alexander Elbittar, “Pride and Prejudice: Investigations & Mergers in Digital Markets from a Developing World’s Viewpoint”, *Competition Policy International (CPI) Antitrust Chorinicle* (agosto de 2019).

²⁸ COFECE, “Resolución del expediente CNT-161-2018”, p. 2.

Esta definición de mercado excluyó tanto a las tiendas físicas (*brick and mortar*) como a los servicios de venta en línea de los supermercados. La COFECE distinguió entre las tiendas en línea (la comercialización que los propios supermercados realizan a través de internet) y las plataformas como Cornershop, que ofrecen un servicio logístico de compra y entrega inmediata de productos ofrecidos por tiendas de autoservicio y clubes de precio a través de páginas de internet y aplicaciones a usuarios finales.²⁹ El siguiente cuadro resume los aspectos más salientes de la comparación entre ambas.

Cuadro 2: Comparativa tiendas en línea y plataformas en el análisis de COFECE

Usuarios (demanda)	Tiendas en línea de supermercados	Plataformas
Comercios	No ofrecen productos de otros supermercados	Los distintos supermercados pueden ofrecer sus productos
	Walmart empezó a ofrecer productos de terceros pero no de otros supermercados	Otros comercios, como restaurantes, panaderías y vinerías, también pueden ofrecer sus productos
Consumidor final	Tiempo de entrega: más de 90 minutos	Tiempo de entrega: hasta 90 minutos
	No hay trato personalizado	Trato personalizado: el <i>shopper</i> ³⁰ consulta al cliente ante faltantes de productos

Las diferencias apuntadas implicaron que las tiendas en línea no fueran consideradas como sustitutos relevantes de los servicios ofrecidos por las plataformas y se evaluó que el consumidor vería limitadas sus opciones de compra utilizando el portal de una cadena de supermercados. Consecuentemente, la COFECE concluyó que las tiendas en línea no forman parte del mercado relevante.

Por su parte, la FNE dejó abierta la definición de mercado relevante de producto y no hizo una apreciación definitiva sobre sus límites, ya que consideró que sus conclusiones no se veían afectadas con las definiciones alternativas. Sin embargo, su análisis se diferencia del de COFECE en un aspecto central: no descartó la sustitución entre comercialización en línea de los supermercados y la que se lleva a cabo a través de plataformas que utilizan aplicaciones móviles. La FNE reconoció algunas de las características señaladas en el Cuadro 2 como específicas de Cornershop (el tiempo de

²⁹ La FNE fue menos taxativa en su definición de mercado relevante de producto y descartó riesgos de una potencial sustitución entre la comercialización de productos en tiendas físicas y en línea.

³⁰ Se denomina *shoppers* a los agentes encargados de realizar las compras solicitadas por el consumidor a través de la plataforma.

despacho y la personalización de la compra), pero consideró que no poseía elementos referidos a las preferencias de los consumidores que le permitieran corroborar que esa diferenciación fuera suficiente como para delimitar mercados relevantes distintos. Adicionalmente, en el análisis de los efectos de la operación sobre la competencia, la FNE dejó traslucir una visión de mercado más amplio, abierto y dinámico.

B. Fusión Visa-Plaid: Estados Unidos vs. el Reino Unido

En enero de 2020, Visa, la empresa global de pagos electrónicos, anunció la compra de Plaid, una firma de tecnología financiera (Fintech) proveedora de infraestructura de conectividad de otras Fintech, por USD 5300 millones.³¹ En noviembre de 2020, el DOJ (Department of Justice) de los EUA recurrió al Tribunal de Distrito Norte de California para solicitar que se bloquee la fusión.³² De acuerdo con el *complaint*, Plaid, en el momento de la compra, era una exitosa empresa Fintech que estaba desarrollando una plataforma de pagos. El DOJ argumentó que Visa compraba Plaid para eliminar al único competidor potencial con capacidad para ejercer presión competitiva en el mercado de transacciones de débito online. El DOJ indicó que Visa poseía poder monopólico en las transacciones de débito online y que la tecnología desarrollada por Plaid tenía el potencial para generar precios más bajos para usuarios y comercios como así también servicios más innovadores. En enero de 2021, como resultado de la demanda del DOJ, Visa desistió de la operación.³³

En agosto del mismo año, la CMA del Reino Unido había aprobado la fusión sin condiciones.³⁴ Una diferente definición de mercado fue un elemento fundamental para resultados tan contrapuestos por parte de las dos agencias.

El DOJ definió el mercado relevante de las transacciones de débito online y caracterizó al mercado indicando que los proveedores de transacciones de débito online operan plataformas bilaterales que sirven como intermediarias entre consumidores y comercios, lo que facilita las transferencias de fondos entre sus respectivas cuentas bancarias. La red de tarjetas de débito de Visa provee este servicio con una participación de mercado del 70%.

³¹ Ver <https://usa.visa.com/about-visa/newsroom/press-releases.releaseId.16856.html>

³² Ver <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-visas-proposed-acquisition-plaid>

³³ Ver <https://www.justice.gov/opa/pr/visa-and-plaid-abandon-merger-after-antitrust-division-s-suit-block>

³⁴ Ver <https://www.gov.uk/government/news/deal-between-visa-and-plaid-given-the-go-ahead>

Según el análisis del DOJ, Plaid proporcionaba un mecanismo alternativo para facilitar los pagos entre consumidores y comerciantes al utilizar credenciales de inicio de sesión (*login*) del banco online de un consumidor para identificarlo y facilitar los pagos a través de una cámara de compensación automatizada (*Automates Clearing House* o ACH). Estos servicios emergentes de pago por débito bancario (*pay-by-bank*), al igual que los servicios tradicionales de débito online, permiten a los consumidores pagar bienes y servicios directamente con los fondos de su cuenta bancaria y a los comerciantes aceptar pagos extraídos de las cuentas bancarias de los consumidores. En el *complaint*, el DOJ excluyó del mercado relevante de producto a los pagos físicos (ya sea con tarjeta de débito o en efectivo), los pagos online con tarjeta de crédito y los pagos mediante transferencias básicas a través de una ACH, por no considerarlos sustitutos significativos.

En el Reino Unido, en cambio, la CMA consideró que el mercado relevante de producto estaba conformado por todos los servicios que posibilitan pagos C2B (*Consumer-to-Business*), excluyendo efectivo y cheques. El mercado, así definido, involucra diversos actores y actividades para permitir completar los servicios de pagos C2B, los cuales incluyen los pagos basados en tarjetas de Visa y los pagos posibilitados por los servicios de iniciación de pagos (PIS) que provee Plaid. Asimismo, la CMA incluyó en este mercado los pagos mediante tarjetas de crédito, las transferencias mediante débito directo y los pagos de cuenta a cuenta (A2A). Al analizar la delimitación del mercado, la CMA consideró que, en lugar de detenerse en los detalles técnicos de cada mecanismo de pago, desde la perspectiva de la sustitución en la demanda, es posible considerar los pagos basados en tarjetas y los pagos posibilitados por PIS como ecosistemas alternativos que posibilitan los pagos C2B.

Bajo esta definición, si bien la participación de mercado combinada de Visa y Plaid alcanzaba entre el 60% y el 70% (aunque con un incremento inferior al 5%), la agencia británica identificó la presencia de otros proveedores que ejercerían suficiente presión competitiva.

IV. Conclusiones

La revisión de literatura realizada muestra desafíos que agencias de todo el mundo están abordando a la hora de analizar casos de empresas que actúan en la economía digital. Ciertas cuestiones, como la de los mercados de “precios cero” ya contaban con

antecedentes y hay consenso con relación a reconocer que la ausencia de pagos monetarios se explica por pagos en datos o atención que, generalmente, contribuyen a la generación de ingresos por publicidad. La discusión sobre plataformas bilaterales presenta divergencias difíciles de saldar en los casos de plataformas transaccionales, pero hay cierto consenso sobre considerar dos mercados interrelacionados cuando se trata de plataformas no transaccionales.

La discusión sobre la definición de mercados en ecosistemas digitales es aún incipiente. Al respecto, en este trabajo se ha desarrollado una analogía con la *innovation theory of harm* que planteó la Comisión Europea hace pocos años. La competencia entre ecosistemas y conglomerados digitales otorga un mayor peso en el análisis a la comprensión de las características estructurales de los mercados, lo cual implica poner el foco, una vez más, en la definición de los mercados relevantes.

La comparativa sobre las decisiones adoptadas por las agencias de competencia en dos fusiones recientes que involucraron actores de la economía digital evidencia una falta de convergencia en los resultados. Esta se explica, al menos en parte, por las diferencias en las definiciones de mercado. En el caso de la fusión Walmart-Cornishop, dos agencias de competencia con experiencia como la COFECE y la FNE arribaron a conclusiones totalmente contrapuestas sobre la misma operación. Lo mismo sucedió con la fusión Visa-Plaid, que fue aprobada por la CMA, mientras que el DOJ pidió su bloqueo. Estos casos ponen de manifiesto la complejidad analítica que introduce la economía digital en el derecho de la competencia, como así también la necesidad de cautela en su interpretación y aplicación.

V. Bibliografía

- Competitions & Markets Authority (CMA). “Online platforms and digital advertising. Market study final report” (julio de 2020). Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.
- De Montjoye Yves- Alexandre; Schweitzer, Heike y Crémer, Jacques. “Competition Policy for the Digital Era”. *Publications Office of the European Union* (mayo de 2019), doi 10.2763/407537.
- Eben, Magali y Robertson, Viktoria H.S.E., “The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis

- of the EU, US, and Brazil”. *Graz Law Working Paper 1* (enero de 2021). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3762447>.
- Evans, David S., “The Emerging High-Court Jurisprudence on the Antitrust Analysis of Multisided Platforms” (abril de 2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2948596>.
- Evans, David S. y Schmalensee, Richard. “The Role of Market Definition in Assessing Anti-Competitive Harm in *Ohio v. American Express*” (junio de 2019). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3401325>.
- Filistrucchi, Lapo; Geradin, Damien; van Damme, Eric y Affeldt, Pauline. “Market definition in two-sided markets: Theory and practice”. *Journal of Competition Law and Economics* 10/2 (junio de 2014): pp. 293-339. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu007>.
- Franck, Jens-Uwe y Peitz, Martin “Market Definition and Market Power in the platform economy”. *Centre on Regulation in Europe (CERRE)* (mayo de 2019). Disponible en: https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/2019_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf.
- Furman, Jason; Coyle, Diane; Fletcher, Amelia; McAuley, Derek y Marsden, Philip. “Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel”. Londres: HM Treasury Publications, 2019. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.
- Greco, Esteban, “Condiciones de competencia en la televisión abierta en El Salvador”, Superintendencia de Competencia (enero de 2016). Disponible en: https://www.sc.gob.sv/site/uploads/est_23_inf.pdf.
- Greco, Esteban y Vicens, Maria Fernanda, “Evolución de la venta atada y el empaquetamiento en la economía digital: de Google Android a los conglomerados digitales y las estrategias envolventes de las plataformas”. En Suplemento de Defensa de la Competencia. *elDial.com*. (2020) Disponible en: http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcd-detalle.asp?id=13647&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=11/12/2020&indice=doctrina&suple=competencia.
- Greco, Esteban y Vicens, Maria Fernanda, “Definición de mercados relevantes en medios de pago electrónicos: el caso Prisma en Argentina versus el caso AMEX en Estados Unidos”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones - La Ley* (2021).

Katz, M. L., y Sallet, J., “Multisided platforms and antitrust enforcement”. *Yale Law Journal* 127 (2018): pp. 2142–2175.

Mariscal, E. y Elbittar, A., “Pride and Prejudice: Investigations & Mergers in Digital Markets from a Developing World’s Viewpoint”. *Competition Policy International* (2019).

Robertson, V. “A new era for antitrust market definition”. *Concurrences* 1 (2021): pp. 84-92.

Stigler Center. “Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report”. *University of Chicago Booth School of Business* (septiembre de 2019).