

Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual

Contenido

Año 1 Número 1 Primavera 2005

ARTÍCULOS

José Luis Guasch and Joseph Kogan, "Inventories and Logistic Costs in Developing Countries: Levels and Determinants, a Red Flag on Competitiveness and Growth"

INDECOPI, "Balanza de Conocimiento y Propiedad Intelectual en el Comercio"

Arturo Vásquez, "Price-Response Asymmetry in Domestic Wholesale and Retail Diesel 2 Markets in Peru"

Juan Francisco Rojas, "El Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado en la Legislación Nacional"

Ernesto López, "Todos Tenemos Nuestro Cuarto de Hora: Economía Conductual, Neuroeconomía y sus Implicancias para la Protección al Consumidor"

CASOS Y METODOLOGÍAS

Diego Petrecolla y Carlos A. Romero, "Concentración Horizontal en un Ambiente Regulado. El Caso de la Distribución de Electricidad en el Gran Buenos Aires"

Hugo Figari, Hugo Gómez y Mario Zúñiga, "Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio"

María del Carmen Arana, "Las Denominaciones de Origen: Una Metodología para su Reconocimiento"

REPORTES Y EVALUACIONES

Gerardo Gonzales, "Using the APEC-OECD Integrated Checklist to Assess the Competition Policy and Law: The Case of Peru"

Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual

Editor

José A. Tavera, Gerente de Estudios Económicos - INDECOPI

Co-editor

Julio C. Aguirre, Jefe del Área de Publicaciones
Gerencia de Estudios Económicos - INDECOPI

Consejo Editorial

Ignacio de León, Director Gerente, Consultora ECONLEX
Luis J. Diez Canseco, Coordinador General del Proyecto de Apoyo para Mejorar la Competitividad,
Presidencia del Consejo de Ministros, Perú
Luis Alonso García, Asesor, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, Perú
José Luis Guasch, Asesor *Senior*, Departamento de Infraestructura,
Banco Mundial, Estados Unidos
William Kovacic, Profesor Principal, Escuela de Derecho, George Washington
University, Estados Unidos
César Martinelli, Profesor Asociado, Facultad de Economía,
Instituto Tecnológico Autónomo de México
Julio Peña-Torres, Ministro (suplente) del Tribunal de Defensa de la
Libre Competencia de Chile
Carlota Pérez, Investigadora *Senior* visitante, Universidad de Cambridge, Inglaterra
Diego Petrecolla, Director del Centro de Estudios Económicos de la
Regulación (CEER), Argentina
José I. Távora, Profesor Principal, Departamento de Economía, Pontificia Universidad
Católica del Perú

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no representan necesariamente las opiniones del INDECOPI.

Copyright © 2005

INDECOPI, Calle de la Prosa 138 San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: 224 7800 Fax: 225 1096

e-mail: sello@indecopi.gob.pe

Web site: www.indecopi.gob.pe

La Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual -Año 1, Número 1, Primavera 2005- es publicada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI dos veces por año (otoño y primavera).

La tarifa anual para una membresía regular es de S/. 40 (US\$ 15) al año. Mayor información puede ser solicitada al editor de la Revista al correo electrónico: jtavera@indecopi.gob.pe

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2005-8789

Impreso en Lima - Printed in Perú

Diseño de Carátula: Hazel Melgar

Hugo Gómez

Hugo Gómez Arana

Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual

Contenido

Año 1 – Número 1 – Primavera 2005

ARTÍCULOS

- José Luis Guasch and Joseph Kogan, “Inventories and Logistic Costs in Developing Countries: Levels and Determinants, a Red Flag on Competitiveness and Growth” 5
- INDECOPI, “Balanza de Conocimiento y Propiedad Intelectual en el Comercio” 31
- Arturo Vásquez, “Price-Response Asymmetry in Domestic Wholesale and Retail Diesel 2 Markets in Peru” 67
- Juan Francisco Rojas, “El Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado en la Legislación Nacional” 83
- Ernesto López, “Todos Tenemos Nuestro Cuarto de Hora: Economía Conductual, Neuroeconomía y sus Implicancias para la Protección al Consumidor” 111

CASOS Y METODOLOGÍAS

- Diego Petrecolla y Carlos A. Romero, “Concentración Horizontal en un Ambiente Regulado. El Caso de la Distribución de Electricidad en el Gran Buenos Aires” 127
- Hugo Figari, Hugo Gómez y Mario Zúñiga, “Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio” 153
- María del Carmen Arana, “Las Denominaciones de Origen: Una Metodología para su Reconocimiento” 189

REPORTES Y EVALUACIONES

- Gerardo M. Gonzales, "Using the APEC-OECD Integrated Checklist to Assess the Competition Policy and Law: The Case of Peru" 215

RESEÑAS DE LIBROS

- Carsten Fink y Keith Maskus (editores), "Intellectual Property and Development. Lessons From Recent Economic Research" (*Revisado por José A. Tavera*) 233
- Carlos María Correa, "Protección de los Datos Presentados para el Registro de Productos Farmacéuticos. Implementación de las Normas del Acuerdo TRIP's" (*Revisado por Renzo Rojas*) 237
- OMPI, "Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright-Based Industries" (*Revisado por Melina Caldas*) 241

HACIA UNA METODOLOGÍA PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO⁺

HUGO FIGARI⁺
HUGO GÓMEZ^{**}
MARIO ZÚÑIGA^{***}
INDECOPI

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto presentar al lector, de manera sistemática, las principales pautas metodológicas a seguir para la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio en la investigación de casos de abuso de posición de dominio. Con dicha finalidad, se revisa la principal legislación, jurisprudencia y doctrina, nacional y extranjera, sobre la materia. El texto inicia definiendo el concepto mismo de “posición de dominio” y su relación con el concepto económico de poder de mercado. Posteriormente, se presenta la propuesta metodológica para la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio, lo que incluye en primer lugar la definición del mercado de producto o servicio y la definición del mercado geográfico; en segundo lugar, el cálculo de las cuotas de mercado y, finalmente, el análisis de la

+ El presente artículo ha sido elaborado sobre la base del marco teórico incluido en el Informe N° 034-2004 del 20 de octubre de 2004, que los autores elaboraron como parte de su labor en la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. Las opiniones aquí vertidas, sin embargo, son de exclusiva responsabilidad de los autores.

♦ Bachiller en Ciencias Sociales con mención en Economía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Analista de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. E-mail: hfigari@indecopi.gob.pe

** Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Asesor de la Gerencia Legal del INDECOPI. E-mail: hgomez@indecopi.gob.pe

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil (Contratos) en la misma universidad. Asistente Legal de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. E-mail: mzuniga@indecopi.gob.pe

relación entre la información disponible sobre la cuota de mercado de la empresa y otros factores relevantes, tales como la competencia actual y potencial, las barreras de ingreso al mercado, entre otros. Se recomienda su lectura en particular para profesionales y estudiantes que realizan una primera aproximación al estudio del Derecho de la Libre Competencia.

I.- Introducción

El concepto de “posición de dominio” es un elemento central para el análisis de casos basados en la normativa de libre competencia. En efecto, para que la autoridad de competencia declare la existencia de un “abuso de posición de dominio” tipificado en los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo 701 (en adelante, DL 701), es necesario que previamente haya determinado que la empresa investigada detentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo materia de investigación. Para ello, a su vez, es necesario que antes haya definido el mercado relevante materia de la controversia.

Asimismo, y si bien no se trata de un requisito legalmente exigible, es importante evaluar la existencia de cierto grado de poder de mercado en los casos de prácticas colusorias con objeto de identificar sus efectos sobre el mercado, pues un acuerdo anticompetitivo entre dos o más empresas que en conjunto tienen escaso o nulo poder de mercado no es susceptible de afectar la competencia.

Por otro lado, la definición de mercados relevantes también resulta central en cuanto al control de estructuras, esto es, el control previo de las concentraciones empresariales que puedan reducir significativamente la competencia, pues precisamente lo que pretende evitar este mecanismo es la conformación de estructuras de mercado en las que se generen perjuicios para el interés económico general o se facilite la realización de prácticas anticompetitivas.

Si bien tanto distintas decisiones de las autoridades de libre competencia a nivel internacional y local, así como literatura legal y económica de la materia, han desarrollado distintas pautas y criterios técnicos para la definición de mercados relevantes y la determinación de la existencia de una posición de dominio, no es común encontrar dichas pautas sistematizadas para la evaluación de casos concretos.

En atención a ello, el presente artículo tiene por objeto presentar al lector, de forma sistemática, las principales pautas metodológicas para la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio en casos de abuso de posición de dominio. Con dicha finalidad, se reseña la principal legislación, jurisprudencia y doctrina, nacional y extranjera, sobre la materia. En especial, se analiza la metodología usual utilizada en la jurisprudencia más relevante emitida

sobre el particular por la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Tribunal) del INDECOPI.

En la Sección 1 se analiza el concepto mismo de “posición de dominio” y su relación con el concepto económico de poder de mercado. En la Sección 2 se presenta la propuesta metodológica para la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio. Esta sección está a su vez dividida en tres sub-secciones. La sub-sección 2.1, relativa a la definición del mercado relevante, dividida su vez en la definición del mercado de producto o servicio y la definición del mercado geográfico; la sub-sección 2.2 está referida a la cuota de mercado y su importancia como factor en la determinación de la posición de dominio, y la sub-sección 2.3 describe la relación de la información disponible sobre la cuota de mercado de la empresa y otros factores relevantes, tales como la competencia actual y potencial, las barreras de ingreso al mercado, entre otros. Finalmente, en la Sección 3, se presentan las conclusiones del artículo.

II.- Definición de posición de dominio

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del DL 701:

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

(El subrayado es nuestro)

La definición de posición de dominio es utilizada dentro del marco de la política de competencia de la Comunidad Europea (en adelante, la CE), no obstante que el artículo 82° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, el TCCE), que la sanciona, no la define.

En el ámbito europeo, la posición de dominio ha sido interpretada por la jurisprudencia comunitaria ya en 1976 (Sentencia del caso *United Brands*) como:

[La] situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de

comportamientos en medida apreciable independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores.

Dependiendo del contexto, los “consumidores” pueden ser consumidores-competidores, distribuidores, procesadores, usuarios comerciales o consumidores finales¹.

Esta definición contiene dos elementos: la habilidad de obstaculizar la competencia y la habilidad de comportarse independientemente. Se ha interpretado² que la cuestión esencial es la habilidad de actuar independientemente en el mercado.

En España, el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el TDC) ha venido incorporando la doctrina comunitaria en sus resoluciones. Así, ha señalado que:

Se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto³.

Por su parte, en Estados Unidos de América y Canadá, en lugar del término posición de dominio se utilizan conceptos similares denominados “poder de mercado” y “poder monopólico”⁴, los cuales hacen referencia a la capacidad de una empresa de controlar los precios del mercado (fijar sus precios por encima del nivel de competencia) o excluir competencia⁵.

¹ Bellamy y Child (2001, párrafo 9-002).

² Whish (2003).

³ Resolución del TDC español del 30 de septiembre de 1999, Expediente R-362/99 Bacardi. Ver asimismo, Resoluciones del TDC español del 10 de mayo de 1999 (Expediente R-344/98 Aluminios de Navarra) y del 7 de julio de 1999 (Expediente 441/98 Electra Avellana). Más recientemente, la Resolución del 27 de julio de 2000 (Expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), establece:

La posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder en independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio.

⁴ Un alto grado de poder de mercado.

⁵ Conrath (1995, pp.2).

Como se ha afirmado, detrás del concepto de “posición de dominio”, en cuanto independencia de comportamiento, se encuentra el concepto económico de “poder de mercado”.

El poder de mercado está referido a la capacidad de una empresa (o de un conjunto de ellas) de incrementar el precio por encima del nivel de equilibrio competitivo mediante la reducción de su nivel de producción; dicho incremento de precios sería tal que aún le resulta rentable y no le genera una pérdida importante de consumidores e ingresos, pudiendo por ende obtener para sí ganancias extraordinarias. Dado que el modelo de competencia perfecta prevé el establecimiento de precios a un nivel igual al de los costos marginales, el poder de mercado estará referido a la capacidad de fijar precios por encima de los costos marginales.⁶

Sin embargo, el hecho de que una empresa tenga poder de mercado no necesariamente debe ser materia de preocupación desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, toda vez que:

... el hecho de que exista poder de mercado debe ser distinguido de la cantidad de poder de mercado. Cuando la desviación del precio respecto del costo marginal es mínima, o simplemente refleja algunos costos fijos, no hay razón para preocuparse así la empresa tenga poder de mercado...⁷

Será una empresa con un alto grado de poder de mercado, esto es, con poder monopolístico, aquella que tenga posición de dominio en el mercado. En efecto, aquel poder monopolístico sería el que le permitiría a una empresa actuar con “prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores”, en los términos el artículo 4º del DL 701.

III.- Metodología para la identificación de la posición de dominio

Una manera de medir el poder de mercado de una empresa, es decir, la desviación del precio al nivel de producción maximizador de beneficios de la empresa, respecto del costo marginal de la empresa a dicho nivel de producción, es a través del Índice de Lerner⁸. El índice de Lerner se expresa de la siguiente manera:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{1}{\epsilon_i^d}$$

⁶ Landes y Posner (2003, pp. 138)

⁷ Ibidem.

⁸ Este índice fue ideado por el economista rumano Abba Lerner. Ver: Lerner (1934, pp. 157-175).

Donde L_i es el Índice de Lerner para la empresa i ; P_i y Cmg_i son el precio y el costo marginal de la empresa i en el nivel de producción maximizadora de utilidad de la empresa; y, ε_i^d la elasticidad precio de la demanda de la empresa⁹. El índice siempre tendrá un valor situado entre cero y uno. Cuando mayor sea el Índice de Lerner mayor será el poder de mercado de la empresa (en un mercado perfectamente competitivo el precio será igual al costo marginal con lo que el Índice de Lerner será igual a 0).

El Índice de Lerner también puede obtenerse en función de la cuota de mercado (S_i) de la empresa, la elasticidad de demanda del mercado (ε_m^d) y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras¹⁰ (ε_j^s). La ecuación siguiente presenta dichas relaciones:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{S_i}{\varepsilon_m^d + \varepsilon_j^s(1 - S_i)}$$

Sin embargo, la información requerida para determinar el poder de mercado mediante el Índice de Lerner (costos marginales, elasticidades, etc.) resulta de difícil cálculo y, en general, se enfrenta la dificultad de la escasez de información estadística para involucrarse en dicho procedimiento.

Dadas estas dificultades, al momento de determinar la existencia de posiciones de dominio en un mercado se recurrirá a indicadores alternativos como son, por ejemplo, las participaciones de mercado de las empresas o la existencia de barreras a la entrada a una industria¹¹. Estos y otros indicadores se analizarán posteriormente en el presente artículo.

La metodología de análisis de casos de supuestos abusos de posiciones dominantes comúnmente utilizada por las agencias de competencia a nivel mundial exige llevar a cabo tres fases:

- i) en primer lugar, definir un mercado relevante (tanto de producto o servicio como geográfico) donde el poder de mercado de la empresa supuestamente dominante debe ser evaluado;
- ii) en segundo lugar, calcular la participación de mercado de la supuesta dominante en el mercado relevante previamente establecido;
- iii) en tercer lugar, contrastar esta cuota con indicadores varios (tales como los

⁹ Reacción en el consumo de un bien frente a la variación de su precio.

¹⁰ Reacción de la cantidad ofrecida por las firmas competidoras ante una variación del precio de la supuesta dominante.

¹¹ Sullivan y Harrison (2000, p. 28).

listados en el artículo 4° del DL 701), para extraer conclusiones acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada¹².

Finalmente, cabe señalar que si bien la posición de dominio no es una condición en sí sancionable de acuerdo a las normas de libre competencia, sí dota a la empresa que la ostenta de la capacidad para, mediante determinadas conductas, distorsionar la competencia en el mercado en el que concurre. En particular, tal como ha establecido la jurisprudencia de la CE, y ha sido aceptado por la jurisprudencia del Tribunal del Indecopi¹³:

Aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común¹⁴.

Más aun, sólo una empresa con un alto poder de mercado será capaz de restringir o excluir la competencia y perjudicar a los consumidores. Esto conduciría a una ineficiente asignación de recursos, que las normas de libre competencia están interesadas en evitar.¹⁵

3.1.- Definición de mercado de producto y geográfico

Como parte de la obtención de indicadores que permitan realizar la inferencia de la tenencia de poder de mercado o posición de dominio por parte de determinada

¹² Como se aprecia, la definición de mercado relevante resultará importante para determinar si una empresa tiene poder de mercado (y cuánto tiene) sólo por la dificultad existente para medir las elasticidades de demanda y oferta confiablemente. Si se conociera la elasticidad de demanda que afronta la empresa, se podría medir su poder de mercado directamente mediante la ecuación del Índice de Lerner antes señalada. De similar manera, si mediante la elasticidad de demanda del mercado y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras se podría obtener el Índice de Lerner carecería de importancia si el mercado relevante se ha delimitado amplia o estrechamente. Landes y Posner (2003, pp. 151-152).

¹³ Expedientes acumulados N° 001-2001-CLC y 002-2001-CLC. Resolución N° 006-2003-INDECOPI/CLC de 14 de mayo de 2003, Santa Beatriz y otros v. Dino.

¹⁴ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, caso 322/81, Rec. pág. 3461, considerando 57. Amplia y autorizada doctrina coincide también con dicho razonamiento. Ver, por todos: Kresalja (2001, p. 229); Viscusi et. al (1997, p. 266).

¹⁵ Los precios o condiciones que puede llegar a imponer una empresa monopolista o con un alto grado de poder de mercado pueden causar que los consumidores satisfagan sus necesidades a un costo mayor al que lo harían en un mercado competitivo. Esto causa lo que la teoría económica denomina "pérdida de eficiencia social". Ver: Posner (2001, pp. 9-14).

empresa, será necesario partir de la definición del mercado relevante donde dicha empresa se desempeña.

La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado.

La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La definición de mercado relevante para los casos de libre competencia está referida a la definición de (i) el mercado de producto relevante y (ii) el mercado geográfico relevante, ambas dimensiones determinan el mercado relevante sobre el cuál se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada.

El mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). Por otra parte, la delimitación del mercado relevante geográfico considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado. Ambas dimensiones en la determinación de mercados relevantes se analizan en detalle a continuación:

3.1.1.- Mercado de producto o servicio relevante

El producto¹⁶ relevante debe ser definido a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto demandado por los consumidores supuestamente afectados por un abuso de posición de dominio. En función de dicho producto, el mercado relevante de producto deberá incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad¹⁷.

¹⁶ En adelante se hará referencia únicamente a un “mercado de producto”, entendiéndose que un análisis similar se desarrollará cuando el mercado en cuestión involucre la prestación de servicios y no esté referido a la producción y/o comercialización de productos.

¹⁷ Conrath (1995, pp. 4-5).

De acuerdo a los *Horizontal Merger Guidelines*¹⁸, elaborados conjuntamente por la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (en adelante, los *Merger Guidelines*), en este país a efectos de definir el mercado de producto relevante, la autoridad de competencia se pregunta a qué otros productos irían los consumidores si se produce un incremento de precios del producto investigado. En tal sentido, los *Merger Guidelines* señalan que:

*Al determinar si un hipotético monopolista estaría en posición de ejercitar poder de mercado, es necesario evaluar la probable respuesta de los consumidores a un aumento en el precio. Un incremento en el precio puede no resultar rentable si los consumidores optan por consumir otros productos*¹⁹.

A efectos de definir el mercado de producto relevante, los *Merger Guidelines* sugieren asumir que existe un monopolista²⁰ en la venta del producto investigado; posteriormente, se debe preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un “pequeño pero significativo y no-transitorio”²¹ aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si, como respuesta a dicho incremento en el precio, las ventas del hipotético monopolista se reducen en medida tal que hacen poco rentable el incremento en el precio, deberá agregarse al mercado relevante todos aquellos productos hacia los cuáles el consumidor desvía sus preferencias²².

En similar sentido, la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de*

¹⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMISIÓN (1992).

¹⁹ Traducción libre del siguiente texto: “*In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products*”. *Ibidem*.

²⁰ El uso de la figura del “hipotético monopolista” responde al hecho de que, para poder determinar el grado de sustituibilidad de un producto respecto a otros, debe evaluarse la reacción de la totalidad de consumidores frente al aumento en el precio de todas las unidades del referido producto.

²¹ Expresión empleada por el término “*small but significant and nontransitory*” en el texto original.

²² Es importante advertir que la prueba considera un incremento de precios relativos; es decir, un incremento en el precio del producto en cuestión con relación al precio de todos los otros productos.

competencia (en adelante, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia*)²³ de la CE establece que el "...mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos".

Asimismo, respecto a la determinación de mercados relevantes de producto la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos (...) hasta que el conjunto de productos (...) sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos²⁴.

(El subrayado es nuestro).

En el caso peruano, tanto la Comisión como el Tribunal se han pronunciado reiteradamente a favor de definir el mercado relevante en los procedimientos de libre competencia incluyendo aquellos sustitutos razonables del producto ofrecido por el denunciado. Así, por ejemplo, el Tribunal ha afirmado que:

El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo²⁵.

(El subrayado es nuestro)

²³ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. N° C372 del 9 de setiembre de 1997, págs. 0005-0013. Disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l26073.htm> (visitada el 4 de octubre de 2005)

²⁴ Párrafo 17.

²⁵ Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. (Expediente N° 005-97-CLC).

El incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio, de acuerdo a las *Merger Guidelines*, estaría referido a un incremento de alrededor de 5% por el lapso de un año. Sin embargo, dicho porcentaje tiene únicamente carácter referencial puesto que los propios lineamientos señalan que dependerá de la naturaleza de cada industria el determinar en qué consiste un incremento pequeño pero significativo y no transitorio. El hecho de que se utilice para efectos del análisis un “pequeño” aumento en el precio hace sentido debido a que, ante un aumento considerable en el precio, cualquier bien experimentará una disminución significativa de su demanda; ello dado que los consumidores sustituirán el bien que venían consumiendo por bienes que en condiciones normales no representarían sustitutos del bien en cuestión.

Ahora bien, cabe hacer aquí una salvedad que ha sido ampliamente discutida en el análisis de delimitación de mercados relevantes por parte de las autoridades de competencia. Nos referimos a la denominada “falacia del celofán”.

La “falacia del celofán” está relacionada a la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América contra la empresa E.I. du Pont de Nemours & Co., sobre un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de papel celofán²⁶. Dicha Corte afirmó que existía un grado razonable de sustitución entre el celofán y diversos materiales de envoltura flexibles (papel, aluminio, láminas de metal, películas flexibles, etc.).

Sin embargo, la referida Corte no tomó en cuenta que la empresa investigada era monopolista en la fabricación de papel celofán y, por lo tanto, los niveles de precios vigentes en el mercado eran tan altos que los consumidores incluirían como sustitutos a productos que por características y usos no serían naturales sustitutos del celofán. Mientras más se eleve el precio de un producto resulta lógico que la demanda de éste se torne más elástica²⁷. La lección que se extrae de la “falacia del celofán” es que la sustituibilidad debería ser calculada suponiendo un precio competitivo del bien analizado y no ampliando el mercado en función de los altos niveles de precios impuestos por un monopolista.

²⁶ Ver: *US v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* [351 U.S. 3777, 399-400 (1956)].

²⁷ En tal sentido Landes y Posner señalan que: “*Puede parecer paradójico que el monopolista maximizador de utilidad afronte una demanda elástica sin importar la magnitud de su monopolio. Después de todo, mientras más elástica es la demanda, menor es el poder de mercado de una empresa —¿porqué entonces dicho poder no maximiza utilidades cuando una demanda es inelástica? Es verdad que si una empresa afronta una demanda inelástica elevará el precio, y mientras más inelástica es la demanda que enfrenta, más elevará su precio. Ésta continuará elevando su precio hasta que alcance una región de la curva de demanda donde la demanda es elástica. Tarde o temprano cualquier curva de demanda en el mundo real debe tener una región elástica —de lo contrario, el precio maximizador de utilidad podría crecer hasta el infinito*”. Landes y Posner (2003, p. 140).

Para el análisis de sustituibilidad entre productos, a efectos de verificar qué productos sustitutos deben ser incluidos en el mercado relevante, la autoridad de competencia podrá utilizar la estimación de elasticidades de demanda y elasticidades cruzadas.

La elasticidad de demanda expresa el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto como consecuencia de un cambio en su precio. Si se encuentra una alta elasticidad de demanda (demanda elástica) será probable que el producto analizado tenga, por lo menos, un importante sustituto al que los consumidores migrarán ante el incremento del precio del producto bajo análisis. Caso contrario, una baja elasticidad de demanda (demanda inelástica) denotará la cuasi inexistencia de sustitutos cercanos²⁸.

Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda mide cuál sería el efecto en la cantidad demandada de un producto ante la variación del precio de otro, que se intuye es sustituto del primero. Si dos bienes, digamos, “a” y “b”, son sustitutos entre sí, un aumento en el precio de “a” debería traer como consecuencia un aumento en la cantidad demandada de “b” (ya que el consumidor comprará menos de “a” y más de “b”). Inversamente, una reducción en el precio de “a” debería causar una reducción en la cantidad demandada de “b” (los consumidores migrarían de “b” a “a”)²⁹.

Como se señaló anteriormente, es un problema común para las agencias de competencia a nivel mundial y, en particular, para aquéllas de países en desarrollo, la realización de estimaciones de elasticidades puesto que se enfrenta a una escasez de información estadística que permita una adecuada utilización de dichas herramientas económicas.

En complemento a los criterios cuantitativos para la determinación del mercado de producto relevante, o en su reemplazo, ante la ausencia de información estadística suficiente, la autoridad de competencia deberá analizar aspectos cualitativos como la comparación de las características, usos, aplicaciones y preferencias de los consumidores. Para ello deberá recurrir a la recolección de información de los consumidores y productores a través de entrevistas, encuestas o formularios que den cuenta de la predisposición de los consumidores a modificar sus patrones de

²⁸ “El que un bien tenga una demanda más o menos elástica, depende fundamentalmente de la cantidad y calidad de sustitutos que estén a disposición del consumidor. Si el bien en cuestión tiene muchos sustitutos de precio y calidad semejantes, su demanda tenderá a ser más elástica que otro bien con pocos o ningún sustituto. Así, por ejemplo, a menos que el consumidor tenga una preferencia demasiado marcada por el agua mineral San Antonio, su demanda tenderá a ser elástica, dado que si sube el precio de este producto y las otras aguas minerales no cambian de precio, el consumidor puede reemplazar total o parcialmente el consumo de San Antonio por otros bienes sucedáneos como San Luis, Socosani, San Mateo, Seltz, entre otros. En cambio, la energía eléctrica tiene una demanda inelástica porque los bienes sucedáneos, como las velas, los lamparines a ron o kerosene, la leña, el carbón entre otros, son mucho más caros y de inferior calidad”. Fernández-Baca (2000, pp. 217-218).

²⁹ Fernández-Baca. Ibidem. Ruiz (2000, p. 298).

consumo ante variaciones pequeñas, significativas y no transitorias del precio del bien que venían consumiendo.

Asimismo, la evolución histórica de los patrones de consumo de la población podrían dar cuenta de la existencia de sustituibilidad entre dos o más productos, si es el caso que se verifica en el pasado que, ante alguna variación de las condiciones del mercado, los consumidores viraron su consumo de un bien hacia el consumo de otros bienes (sustitutos).

Por otro lado, la presencia o ausencia de una significativa correlación en los movimientos de precios de dos o más productos por un periodo significativo de tiempo podría indicar que dichos productos pertenecen o no, respectivamente, a un mismo mercado de producto. En efecto, dos o más productos sustitutos o intercambiables generalmente presentarán movimientos paralelos en sus precios, dado que de presentarse diferencias considerables en aquéllos los consumidores únicamente adquirirían el producto de menor precio y no el sustituto de aquél presionando a la baja al precio de éste. Por lo tanto, se debe esperar que productos que pertenecen a un mismo mercado relevante presenten o un mismo precio o un mismo patrón de conducta de aquéllos a lo largo del tiempo³⁰.

Ahora bien, en el análisis de correlaciones de precios la agencia de competencia deberá descartar que determinados movimientos paralelos de precios, lejos de demostrar la existencia de sustituibilidad entre dos productos, encuentren explicación en correlaciones espúreas, por ejemplo, debido al incremento de precios de un insumo en común y/o la existencia de inflación entre otros, las que no demuestran sustituibilidad entre productos.

Adicionalmente, al determinar la sustituibilidad entre dos bienes deberá tomarse en cuenta los costos de cambio (*switching costs*) en los que deberá incurrir el consumidor para sustituir el bien en cuestión. En efecto, aun cuando dos bienes sean funcionalmente sustituibles, la presencia de altos costos de cambio podría impedir que un bien sea sustituido por otro por parte de los consumidores³¹.

³⁰ La correlación se puede medir a través del coeficiente de correlación que tomará valores entre -1 y 1 dependiendo si se tiene un movimiento de precios inverso o denota una alta correlación de precios entre dos productos presumiblemente sustitutos.

³¹ Así, Conrath ha señalado que "...a pesar de que dos productos pueden ser funcionalmente intercambiables, es importante evaluar qué extensión de los costos de transacción en los cuales tendrían que incurrir los compradores con el fin de reequipar, reempacar y adaptar su mercadeo, incumplir un contrato de suministro, aprender nuevos procedimientos, etc., son suficientes para dar este cambio en respuesta a un incremento de precio significativo y no transitorio". Ver: Conrath (1995, p. 10). Traducción libre del siguiente texto: "notwithstanding that two products may be functionally interchangeable, it is important to asses the extent to which the transaction costs which buyers would have to incur in order to retool, repackage, adapt their marketing, breach a supply contract, learn new procedures, etc., are likely to be sufficient to render switching unlikely in response to a significant and nontransitory price increase".

Si bien es cierto que la principal fuente en la determinación del mercado de producto relevante es la sustitución desde el punto de vista de la demanda, es decir, determinar, a la luz de los gustos y preferencias de los consumidores, qué productos resultan sustituibles o intercambiables, también existe jurisprudencia internacional que señala que resulta posible introducir la sustituibilidad por el lado de la oferta en la determinación del mercado de producto relevante.

La sustituibilidad de oferta o sustituibilidad en la producción está referida a la existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del producto en cuestión, con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo y, por lo tanto, deberían ser consideradas como parte del mercado relevante. En particular, al considerar la sustituibilidad en la producción en la determinación del mercado de producto se incluirá dentro de éste tanto al producto del supuesto dominante como aquellos de las empresas que podrían ingresar al mercado con la facilidad antes señalada.

De acuerdo a Landes y Posner, la sustituibilidad en la producción puede ejemplificarse de la siguiente manera:

Supongamos que la cuota de mercado de i (empresa cuyo poder de mercado se quiere medir) del producto x es 80%, y que x e y son malos sustitutos en el consumo, pero los productores de y pueden, a un costo bajo, cambiar la producción a x . Por ejemplo, x puede representar edificios residenciales e y edificios comerciales. Los consumidores no pueden sustituir entre ambos, pero las firmas que construyen edificios comerciales tienen los equipos y habilidades necesarias para construir edificios residenciales. Por lo tanto, si la empresa i tratara de elevar el precio de los edificios residenciales sobre el nivel competitivo, los constructores de edificios comerciales sustituirán su producción hacia las construcciones residenciales. Esto hará que el incremento de precio de i sea menos beneficioso. (...) el procedimiento apropiado en este caso consiste en redefinir el poder de mercado para incluir tanto la construcción comercial como residencial. Esto arrojará una cuota de mercado por debajo de 80% que será un mejor indicador (aunque no necesariamente exacto) del poder de mercado de i .³²

(Las negritas y el subrayado son nuestros).

De acuerdo a esta posición, es posible que la sustituibilidad de oferta pueda ser tomada en cuenta al momento de definir el mercado de producto relevante, siempre y cuando sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda

³² Landes y Posner (2003, p. 143).

en términos de utilidad para el consumidor e inmediatez de la respuesta, lo que requerirá que los productores a ser incluidos en el mercado relevante puedan pasar a fabricar el producto relevante en un plazo muy corto y sin incurrir en costos o riesgos significativos. Por ende, la sustituibilidad de oferta no se tomará en cuenta cuando implique plazos o cantidades de inversión significativos.

En tal sentido, el párrafo 20 de la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. (...)

Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se adicionarán las ventas de estos productos³³.

(El subrayado es nuestro).

³³ La propia Comunicación ejemplifica meridianamente este razonamiento: “(e)l sector del papel constituye un ejemplo práctico del análisis de la sustituibilidad de la oferta para la definición de un mercado de producto. El papel suele suministrarse en una serie de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad para su utilización, por ejemplo, en la edición de libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades de papel no pueden utilizarse para un uso específico, esto es, un libro de arte o una publicación de alta calidad no pueden editarse con papel de baja calidad. Sin embargo, las fábricas de papel pueden producir diferentes calidades, y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Por ello, si no existen dificultades particulares en la distribución, los fabricantes de papel pueden competir respecto de los pedidos de diversas calidades, particularmente si éstos se efectúan con antelación suficiente para permitir modificar los planes de producción. En tales circunstancias, la Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. Las diversas calidades de papel se incluyen en el mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado”. Párrafo 22.

En efecto, la aproximación europeo-continental al tema refiere la posibilidad de incorporar la sustituibilidad de oferta en la definición de mercado relevante de producto. De acuerdo a la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto, aun cuando para un grupo de consumidores esas distintas calidades no sean sustituibles, se agruparán en un único mercado de producto siempre que la mayoría de proveedores puedan ofrecer y vender esas diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de costos.

Por el contrario, la visión norteamericana señala que dicho análisis se deberá postergar al momento de evaluar el poder de mercado de una empresa, toda vez que la posibilidad de que empresas que no participan del mercado lo puedan hacer a bajo costo si la empresa establecida incrementa sus precios, refleja la existencia de competencia potencial que disciplinaría el comportamiento del establecido, pero ello no modifica el mercado de producto relevante, que permanecería siendo el del producto de la establecida y sus sustitutos desde el punto de vista de la demanda.

Adicionalmente, cabe resaltar que aun en aquellas economías en donde la agencia de competencia acepta la utilización de la sustituibilidad de la oferta en la definición de mercado de producto relevante, dicha evaluación se realiza con carácter extraordinario³⁴. En efecto, al ser generalmente menos inmediatos y requerir de mayor información, factores como la sustituibilidad de oferta no se tienen en consideración para la definición del mercado relevante y su análisis se posterga a una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición del denunciado en el mercado relevante y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia³⁵.

Por lo tanto, la discusión podría verse reducida únicamente a en qué momento del análisis se incorporan los efectos de la elasticidad de oferta, si en la determinación del mercado de producto relevante (visión europea) o en la determinación de existencia de poder de mercado (visión norteamericana). En efecto, en todo análisis

³⁴ Así, el párrafo 13 de la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* señala que: “Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores”.

³⁵ Díez Estella. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. (p. 10). Disponible en: <http://www.nebrija.com/fundacionICONEBRIJA/archivos/articulos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>. (Visitada el 24 de marzo de 2003).

de posición de dominio o poder de mercado, tarde o temprano, deberá considerarse la posibilidad de que la supuesta capacidad de actuación independiente por parte de una empresa puede ser disciplinada por terceros agentes que ante un incremento de precios ingresen al mercado.

Al respecto, Conrath ha señalado que:

Hay una diferencia técnica entre los enfoques norteamericano y europeo de los temas de sustituibilidad de oferta. Ambos la consideran una pregunta importante, pero la consideran en distintas etapas del proceso. Estas diferencias podrían ser significativas en algunos casos, pero normalmente conducirán a que se hallen los mismos factores competitivos, sólo que en un diferente orden.

La definición de mercado europea tiende más a considerar el lado de la oferta al definir el mercado de producto. La definición de mercado norteamericana tiende más a considerar el lado de la oferta al determinar qué firmas están en el mercado³⁶.

En el mismo sentido Hovenkamp señala:

El análisis de mercados en casos de libre competencia toma en cuenta una alta elasticidad de oferta en dos formas diferentes. En primer lugar, para incluir en el mercado relevante a aquellas firmas capaces de cambiarse fácilmente al mercado de la empresa denunciada en respuesta a un aumento de precios de esta última. En segundo lugar, para definir el mercado más estrechamente, pero a la vez concluyendo que las barreras a la entrada son bajas. Si las elasticidades de oferta son altas en ambos casos, la empresa denunciada no tiene un poder de mercado significativo, por lo que ambas alternativas pueden ser consideradas como intercambiables³⁷.

³⁶ Conrath (1995, p. 6). Traducción libre del siguiente texto: “*There is a technical difference between the North American approach and the European approach to supply substitution issues. Both consider it to be an important question, but they consider it at different stages of the process. These differences could have substantive significance in some cases, but normally result in the assesment of the same competitive factors, only in a different order. European market definition is most likely to consider the supply side in defining the prodcut market. North American market definition is most likely to consider the supply side in determining what firms are in the market*”.

³⁷ Hovenkamp (1999, p. 112). Traducción libre del siguiente texto: “*Antitrust markey analysis accounts for high supply elasticity in two different ways. First, it can include in the market definition those firms easily able to switch to the Defensant’s market in response to principal firm’s price increase. Second, it can define the market more narrowly, but conclude that entry barriers are low. If supply elasticities are high under either measure, the Defensant’s lacks substantial market power, so in this sense the two alternatives can be regarded as interchangeable*”.

En efecto, como se ha visto, el objetivo último de la definición del mercado relevante y el cálculo de la cuota de mercado es determinar la existencia de posición de dominio o poder de mercado; para ello, la evaluación de la elasticidad de oferta, sea en el estamento correspondiente a la definición de mercado de producto y/o en el de análisis de existencia de competencia potencial resulta necesaria. Por el contrario, el no considerar la elasticidad de oferta en ninguno de los dos estamentos mencionados denotaría un defecto en el análisis de existencia de posición de dominio o poder de mercado.

De acuerdo a lo descrito y en consonancia con la jurisprudencia internacional, en el Perú se analiza en primer término la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda a efectos de definir los mercados relevantes de producto, aunque existe la posibilidad de incorporar la evaluación de la sustituibilidad de oferta en ese estamento del análisis de manera extraordinaria y si las condiciones particulares del mercado lo requieren.

3.1.2.- Mercado geográfico relevante

El mercado geográfico relevante estará definido en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores. Para definir el mercado geográfico relevante es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.

El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar cuál es la oferta que satisface las necesidades de los consumidores del producto relevante.

De acuerdo a las *Merger Guidelines*, a efectos de definir el mercado geográfico relevante, la autoridad de competencia se preguntará a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirán los consumidores de imponérseles un incremento de precios “pequeño pero significativo y no transitorio” del producto relevante en la zona donde lo venían consumiendo. Aquella zona en donde un “hipotético monopolista” pueda imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio sin perder un número significativo de consumidores tal que haga no rentable su conducta será el área geográfica relevante. En términos de las *Merger Guidelines*, deberá preguntarse: “¿qué tan lejos irían los consumidores para ahorrar cinco por ciento?”.

Por otro lado la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que el mercado geográfico se define como:

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

En sentido similar a las *Merger Guidelines*, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* señala que:

... si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia [otras] ... zonas hasta que el conjunto de ... zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos³⁸.
(El subrayado es nuestro).

En el caso peruano, el Tribunal ha señalado que analizar el mercado relevante implica:

... determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo³⁹.
(El subrayado es nuestro).

En similar sentido, el mismo Tribunal ha señalado que:

... para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuales son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor⁴⁰.
(El subrayado es nuestro).

Como se aprecia, delimitar geográficamente un mercado implica establecer cuál es el área geográfica donde se encuentra la oferta real y potencial que satisface la demanda que los consumidores locales realizan del producto relevante.

En particular, el criterio de homogeneidad de condiciones de competencia utilizado por la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* da cuenta de que en

³⁸ Párrafo 17.

³⁹ Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI de 5 de marzo de 1999, antes citada.

⁴⁰ Ver: Resolución N° 117-97-TDC de 5 de mayo de 1997, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. contra la empresa Minsur S.A. (Expediente N° 007-97-CLC).

un mercado geográfico relevante, donde interactúan oferentes y demandantes de un mismo producto, todos ellos enfrentarán condiciones de competencia similares y, de existir zonas aledañas con diferentes condiciones de mercado, probablemente dichas zonas deberán ser excluidas de la delimitación de mercado relevante.

Al respecto, un instrumento adecuado para verificar la existencia de zonas geográficas contiguas que por presentar condiciones similares podrían ser parte de un mismo mercado relevante, resulta ser el análisis de correlaciones de precios entre distintas zonas. De similar forma que para la delimitación del mercado de producto, una alta correlación de precios del producto relevante en dos zonas distantes podría señalar que ambas zonas participan de un único mercado geográfico relevante.

La delimitación del mercado geográfico implica verificar la posibilidad de abastecerse del producto relevante desde otra zona geográfica; para ello se deberá analizar la factibilidad de realizar operaciones de importación desde dicha área. Por lo tanto, si se desea averiguar si el mercado geográfico relevante excede las fronteras de un país se deberá analizar la posibilidad de realizar importaciones del producto relevante desde terceros países. En dicho análisis deberá considerarse la existencia de restricciones al ingreso del producto relevante al país en donde se encuentran los consumidores supuestamente afectados por una práctica abusiva. En particular, deberán tomarse en cuenta las barreras legales al comercio existentes, tales como aranceles, para-aranceles, cuotas de importación, entre otros⁴¹. En materia de comercio internacional se deberá tomar en cuenta tanto la existencia de barreras legales al comercio, como el costo del seguro y los fletes del traslado.

Sobre esto último, tanto si se analiza la posibilidad de trasladar el producto relevante desde otros países como si el análisis se refiere al traslado desde una región al interior del propio país, se deberá tener en cuenta los costos de transporte. En efecto, si es el caso que, cuando se produce un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio a nivel local, por los altos costos de transporte desde otras zonas los consumidores no tienen alternativa a pagar dicho incremento de precios, el mercado geográfico relevante no incluirá a dichas zonas diferentes a la local.

Los costos de transporte juegan un rol preponderante en el análisis del mercado geográfico relevante en la medida que, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto, desde la zona de origen a la de destino, las posibilidades para el consumidor de abastecerse de un proveedor distinto se ven limitadas o incluso se anulan. Los costos de transporte estarán asociados positivamente a la distancia entre el proveedor y el consumidor, el peso del producto y su grado de perecibilidad, entre otros.

Cuando se trata de bienes de escaso precio en relación a su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto,

⁴¹ Ruíz (2000, p. 302).

delimitándose por lo general mercados geográficos de ámbito más restringido. Por el contrario, cuando se trata de mercancías de alto precio por unidad de volumen, los mercados geográficos tienden a ser más amplios. Generalmente se asume que, si el precio del producto en un mercado distante al local más los costos de transporte (de llevar el producto desde el área distante hasta el área local) exceden significativamente al precio del producto en el mercado local, entonces el área distante no debe ser incluida como parte del mercado geográfico relevante.

Adicionalmente a la baja incidencia de los costos de transporte con respecto a bienes de alto valor, se considera que los consumidores al momento de gastar sus recursos monetarios en bienes de alto valor estarán dispuestos a buscar e identificar dónde realizar su mejor compra entre distintas áreas geográficas, por lo tanto el mercado geográfico en dichos casos tenderá a ser más amplio.

Un aspecto importante en la delimitación de mercados geográficos se refiere al análisis del patrón de comportamiento de los flujos comerciales interregionales. Si bien éste es un indicador estático que no muestra cuál podría ser el patrón de comportamiento del flujo futuro de comercio, resulta útil por cuanto permite apreciar la presencia de productos de otras zonas geográficas que develen, de ser significativa dicha presencia, la existencia de competencia proveniente de otras áreas geográficas.

Para la medición del patrón comercial basta con considerar al menos dos zonas. Si existe un amplio tráfico comercial entre ambas zonas, entonces dichas zonas deben ser consideradas parte de un mismo mercado geográfico. En este sentido, el origen de las importaciones y el destino de las exportaciones puede ser un indicador útil que delimite el territorio al momento de definir el mercado geográfico relevante.

Un *test* de medición del patrón de comportamiento de los flujos comerciales ha sido desarrollado por Elzinga y Hogarty⁴² mediante el uso de dos índices: LIFO (*little in from outside*) y LOFI (*little out from inside*). Según el *test*, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Esto es, no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma.

De no cumplirse estas condiciones, el mercado geográfico debe ampliarse a otras áreas hasta que se obtenga un área en la que la demanda sea satisfecha en un alto porcentaje con producción local y, a la vez, esta última sea consumida en un alto porcentaje en dicha área.

Pese a constituir una referencia útil, el *test* de Elzinga-Hogarty omite indagar la posible reacción de los consumidores ante un aumento en el precio. Por eso se le ha criticado que:

⁴² Elzinga y Hogarty (1973, p. 45).

*De la ausencia de comercio entre dos regiones, es erróneo deducir la existencia de dos mercados geográficos. Aun cuando en un lapso prolongado de tiempo, no haya existido comercio entre dichas regiones, es posible que las elasticidades cruzadas entre productos provenientes de éstas sea alta, y que ante aumentos pequeños en precios en alguna de las regiones, el comercio se produzca.*⁴³

De acuerdo a lo anterior y como se ha señalado previamente, el mercado geográfico relevante deberá incluir aquellas zonas en donde se encuentren proveedores alternativos a los cuales sea factible recurrir ante un incremento de precios, a pesar de que en el pasado no hayan realizado ventas en el área local.

Por otro lado, la asignación gubernamental de territorios exclusivos o el hecho de que sea una práctica común en determinada industria la segmentación de territorios exclusivos (por ejemplo: en el mercado de bebidas gaseosas, la asignación de distribuidores exclusivos), podría condicionar la definición de mercados geográficos relevantes limitando el área relevante a aquélla donde se superponen diversos territorios otorgados en exclusividad, tanto de manera gubernamental como privada.

Adicionalmente, factores tales como las preferencias de los consumidores, la disponibilidad de infraestructura de transporte, la necesidad de inversión en publicidad, costos de cambio (*switching costs*), autorizaciones municipales o regionales, entre otros podrían influir en la delimitación del mercado geográfico relevante.

3.2.- Cálculo de las cuotas de mercado

Una vez definido el mercado relevante tanto en su ámbito de producto como en el ámbito geográfico, a efectos de estimar una posible posición de dominio o tenencia de poder de mercado por parte de una empresa partícipe del mercado relevante definido, se deberá analizar la cuota (o participación) de mercado de dicha empresa⁴⁴. Las cuotas o participaciones de mercado pueden medirse tanto en función de la capacidad productiva de la empresa, como de sus volúmenes de producción, volúmenes de ventas o el valor de estas últimas. En cada caso, para determinar de qué información se vale para medir la cuota de mercado, la agencia de competencia deberá atender no sólo a la información disponible sino también a las condiciones especiales de cada mercado.

⁴³ Ruíz, (2000, p. 302).

⁴⁴ La Comunicación sobre Mercado de Referencia recoge en sus párrafos 53 a 55 el método para calcular cuotas de mercado.

La primera aproximación a la determinación de la existencia o no de una posición dominante debe provenir de la evaluación de las cuotas de mercado dentro del mercado relevante. Resulta más probable que, por ejemplo, una empresa con 80% del mercado pueda comportarse de manera independiente de competidores, proveedores y consumidores a que dicho comportamiento lo realice una empresa con 20% del mercado. En un mercado con una empresa con 80% de cuota de mercado y dos más pequeñas con 10% cada una, si la primera de ellas implementa prácticas en perjuicio de sus clientes, éstos no tendrán alternativa de virar sus compras a otro proveedor, caso contrario sería si la que implementa dichas prácticas es una de las empresas con sólo 10% del mercado⁴⁵.

Sin embargo, no hay unanimidad en la literatura económica acerca de una cuota de mercado que permita concluir que una empresa es dominante en el mercado⁴⁶. Una cuota que *a priori* parecería conceder poder de mercado (digamos, 90%) puede no ser determinante si el mercado, por ejemplo, presenta una alta sustituibilidad de oferta o tiene barreras de entrada relativamente bajas. De otro lado, una empresa con una cuota de mercado baja (digamos, 30%) podría tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad o si el mercado presenta altas barreras a la entrada.

La evaluación de cuotas de mercado resulta de mayor importancia en mercados con barreras a la entrada y/o condiciones de oferta inflexibles que determinan la imposibilidad del ingreso de nuevos ofertantes y/o el incremento de la producción y ventas de los agentes ya establecidos. Asimismo, mientras mayor sea la participación de mercado de una empresa mayor será la confianza en este indicador como evidencia de la existencia de una posición dominante.

Las participaciones de mercado, dependiendo de la disponibilidad de la información estadística necesaria y de las características propias de cada mercado, podrán medirse en función de la capacidad productiva de la empresa, el volumen de producción, el volumen de ventas o el valor de estas últimas.

Como se ha señalado, la cuota de mercado, aunque importante, no es el único factor determinante de la posición de dominio de una empresa. En efecto, concluir la existencia de poder de mercado en base únicamente a la cuota de mercado puede ser engañoso⁴⁷.

⁴⁵ La jurisprudencia internacional ha utilizado el análisis de las participaciones de mercado de los otros competidores y el número de ellos para reforzar la utilización de las participaciones de mercado en la determinación de la existencia de posiciones dominantes. Para mayor detalle, ver los ejemplos citados en el tratamiento de participaciones de mercado en la jurisprudencia europea y americana en: Conrath, Op. Cit., Sección 5, págs. 4 a 6.

⁴⁶ Landes y Posner (2003, p. 141); Sullivan y Harrison (2000, p. 28).

⁴⁷ Landes y Posner (2003, p. 143). En la misma línea de pensamiento, Sullivan y Harrison (2000) sostienen que “la cuota de mercado es sólo uno de los factores del poder de mercado”.

A nivel europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, el TJCE) en la sentencia *Hoffmann – La Roche*⁴⁸ afirmó que la existencia de una posición de dominio puede derivar de varios factores que tomados por separado no son necesariamente determinativos, pero entre tales factores uno que es de gran importancia es la existencia de altas cuotas de mercado.

En la misma sentencia afirmó que “aunque la importancia de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, se puede legítimamente considerar que las cuotas de mercado muy altas, son en sí mismas, y salvo en circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante”; añadiendo que una empresa que tiene una cuota de mercado alta y la mantiene por un tiempo, está en virtud a dicha cuota en una posición de fuerza. En tal caso se consideró que *Hoffmann-La Roche* tenía una posición de dominio al tener unas cuotas de mercado que iban desde el 75% al 87%.

Con tal razonamiento se quiere remarcar que (i) en determinadas circunstancias excepcionales la existencia de altas cuotas de mercado no implica la existencia de una posición de dominio y (ii) la necesidad de estabilidad temporal de estas cuotas.

En la sentencia del caso *AKZO v. Comisión*⁴⁹ se consideró que una cuota de mercado del 50% podía ser considerada como muy alta, y por lo tanto, que en ausencia de circunstancias excepcionales, podía ser considerada como dominante, correspondiendo a la empresa la carga de la prueba de que no es dominante. Asimismo, la CE en su informe anual de 1980, afirma que una posición dominante puede existir alrededor de 40 – 45%, sin poderse excluir posiciones dominantes en el rango 20 - 40%. No obstante, se ha considerado que una cuota del 10% es un hecho revelador de la ausencia de posición dominante⁵⁰.

Como se ha dicho, es necesario tener en cuenta el factor tiempo, es decir, que las cuotas hayan sido estables durante un determinado plazo de tiempo. La extensión de este plazo de tiempo depende en particular de cada mercado y de las barreras de entrada. En tal sentido, la existencia de altas cuotas de mercado en un mercado que se encuentra en primera fase de desarrollo y con pocas barreras a la entrada, no puede considerarse como prueba suficiente de una posición dominante⁵¹.

⁴⁸ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, dictada en el caso 85/76, *Hoffmann La Roche c. Comisión* (Rec. 1979, pág. 461).

⁴⁹ Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, dictada en el caso 62/86, *AKZO c. Comisión* (Rec.1991, pág. I-3359).

⁵⁰ Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1986, dictada en el caso 75/84, *Metro c. Comisión* (Rec.1986, pág. 3021).

⁵¹ Decisión de la Comisión, de 9 de noviembre de 1994, relativa a un procedimiento incoado en virtud del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M.469 - MSG Media Service) DO n° L 364 de 31/12/1994 pág. 1 – 0020.

Por último, en caso de que existieran elevadas cuotas de mercado pero que no son de tal magnitud que permitan concluir la existencia de una posición dominante es necesario examinar las cuotas de los competidores más cercanos. Cuanto mayor sea la diferencia mayores probabilidades de considerar a la empresa investigada como dominante.

En el ámbito español, el TDC, tras la entrada en vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) en 1991, ha evolucionado sus criterios respecto a la determinación de la posición de dominio. En este sentido, y a la luz de la definición incluida en la antigua Ley de Represión de Practicas Restrictivas de la Competencia de 1963, el TDC español consideraba que la cuota de mercado era un elemento esencial y definitorio⁵². Con la nueva Ley, dicho tribunal ha ido separándose de esta línea doctrinal, acercándose a la jurisprudencia del TJCE. En la Resolución del Expediente *Bacardi* (R 362/99) del 30 de septiembre de 1999, se afirma:

Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante.

Para el TDC español, una cuota de mercado elevada (en tal expediente, Ron Bacardi ostentaba en el mercado español una cuota del 70%), “*llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más*”.

En la Resolución de 6 de abril de 2005, en el expediente 577/04, Cervezas de Canarias, el TDC español dio gran importancia a la evolución de las cuotas de mercado en el tiempo⁵³:

En cuanto a la existencia de posición de dominio por parte de CERCASA, el Servicio, tras recoger las cuotas que señala Cervezas Anaga en la denuncia —70% del total del mercado, según datos de la publicación Alimarket y 90% del segmento de la cerveza de barril— afirma tan sólo que es evidente dicha posición de dominio, sin hacer comprobación ni valoración alguna, y que ello no ha sido cuestionado por la denunciada (...)
Pero lo más relevante es que en los últimos 10 años, Cercasa ha registrado un descenso de casi 14 puntos en su cuota en el Mercado horeca, todavía

⁵² Sentencia del caso *Cervezas* de 23 de enero de 1974, donde se afirma que para que existiera una posición de dominio era necesario que la empresa en consideración fuera la única oferente en el mercado o que sin serlo no estuviera sometida a una competencia sustancial.

⁵³ Considerando 2 de los Fundamentos de Derecho.

más acusado en el segmento de cerveza de barril, con una diferencia en la actualidad de entre 30 y 40 puntos, respecto de la cuota del 90% asumida por el Servicio.

Este continuo e importante descenso de la cuota de Cercasa pone de manifiesto que Cercasa no dispone de un poder de mercado que le permita actuar independientemente de sus competidores y clientes. Por ello, no cabe sostener que Cercasa tenga posición de dominio en el mercado.

Pues bien, constatadas estas alegaciones de la mercantil imputada, el Tribunal llega a la conclusión de que no puede analizarse la existencia de posición dominadora por parte de CERCASA por no haberse abordado su determinación por el Servicio con la mínima fundamentación que para ello resulta necesaria.

3.3.- Evaluación de la cuota de mercado a la luz de otros indicadores

Luego de obtenida la cuota de mercado de la supuesta empresa dominante, dicha cuota deberá ser contrastada con la existencia de competencia real o potencial que discipline el ejercicio de un posible poder de mercado. Entre tales indicadores puede tenerse en cuenta los incluidos en el artículo 4 del DL 701, para extraer conclusiones acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada. Los factores incluidos son las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Como se ha dicho, de acuerdo con lo afirmado por el TJCE en la sentencia del caso *Hoffmann La Roche*⁵⁴, una posición de dominio puede derivar de varios factores que tomados por separado no son necesariamente determinativos, pero entre ellos es importante la cuota de mercado. Asimismo, en la sentencia del caso *United Brands*⁵⁵, afirmó que el hecho de que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo, lo que habrá que apreciar en todo caso a la luz de otros factores. Esta sentencia añade que la investigación sobre la cuestión de saber si una empresa está en posición de dominio debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y la situación competencial existente. Por lo que se refiere a los factores de estructura de la empresa, considera como tales: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y, en lo relativo a los factores de situación

⁵⁴ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, dictada en el caso 85/76, *Hoffmann La Roche c. Comisión* (Rec. 1979, pág. 461).

⁵⁵ Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, dictada en el caso 27/76, *United Brands c. Comisión*, (Rec.1978, pág. 207).

competencial en el mercado, señala que hay que tener en cuenta los siguientes: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

3.3.1.- Clases de presiones competitivas

La autoridad de competencia deberá evaluar la cuota de mercado de la supuesta empresa dominante a la luz de la posibilidad de que su comportamiento sea disciplinado competitivamente por terceras empresas, ya sea (i) aquellas que representan el segmento competitivo⁵⁶, (ii) aquellas que virarían su producción hacia el producto relevante (sustituibilidad por el lado de la oferta) u (iii) otras que decidan ingresar al mercado.

Respecto de la contrastación de las cuotas de mercado con otros factores, Landes y Posner⁵⁷ proponen la “corrección” de las cuotas de mercado encontradas mediante la incorporación de criterios que considerasen en el cálculo de aquéllas la sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta. En el Cuadro N° 1 que se muestra a continuación se presentan algunas de dichas propuestas:

CUADRO 1
ALGUNAS “CORRECCIONES” A LA ESTIMACIÓN DE CUOTA DE MERCADO

Condiciones de mercado	Existen sustitutos cercanos	Existen empresas que sin participar del mercado podrían hacerlo a muy bajo costo	Existen empresas competidoras que pueden fácilmente incrementar sus niveles de producción	Existe la posibilidad de ingreso de nuevos competidores
Carácter económico	Alta elasticidad de demanda	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta
“Corrección”	Incluir a esos sustitutos como parte del mercado relevante	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción de las empresas que podrían participar del mercado	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la capacidad de las empresas del segmento competitivo	No es fácil de ajustar. Se podría buscar evidencia de ingreso reciente y significativo

Fuente: Landes y Posner (2003).

A continuación se desarrolla cada uno de los supuestos mencionados:

i.- Competencia del segmento competitivo

Nos explicamos. Si las empresas partícipes del mercado que tienen una cuota de mercado reducida poseen, al mismo tiempo, una alta capacidad instalada ociosa,

⁵⁶ Landes y Posner (2003, p. 141). Utilizamos el término “segmento competitivo” para referirnos al conjunto de empresas que, sin tener poder de mercado significativo, compiten contra una o más empresas con mayor poder de mercado.

⁵⁷ Landes y Posner (2003).

estarán en capacidad de responder competitivamente a incrementos de precios de la supuesta empresa dominante. Por lo tanto, esta última no podrá elevar su precio, puesto que si lo hiciese las empresas del segmento competitivo podrán hacer uso de su capacidad instalada y captar a aquellos consumidores que no estén dispuestos a pagar el incremento de precios de la supuesta dominante, con lo que ésta no ostentaría poder de mercado. Lo anterior reflejaría la existencia de una alta elasticidad de oferta del segmento competitivo que, a su vez, determinaría una alta elasticidad de demanda de la empresa y, por lo tanto, un bajo o nulo poder de mercado.

Si los competidores de la empresa denunciada son capaces de expandir su producción como respuesta a un precio alto, podrán satisfacer la demanda de los consumidores que opten por cambiarse de proveedor y, en consecuencia, el poder de mercado de la supuesta dominante será menor al que su cuota de mercado pueda aparentar⁵⁸.

ii.- Sustituibilidad por el lado de la oferta

En efecto, un factor que debe tomarse en cuenta al momento de interpretar la cuota de mercado de una empresa, a efectos de determinar si ostenta posición de dominio, es la presencia de competencia potencial. De acuerdo a la CE, se considera como competencia potencial a aquellas empresas que ante un aumento pequeño y permanente de los precios serían capaces y posiblemente realizarían las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para entrar al mercado relevante.

La competencia potencial está representada tanto por agentes económicos que, ante un aumento en el precio, se ven incentivados a entrar al mercado (“potenciales entrantes”), como por aquellas empresas que, estando en mercados relacionados, pueden cambiarse a producir el producto relevante a bajo costo (sustituibilidad en la producción).⁵⁹

La existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del producto relevante con una baja inversión y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo, resultará también una fuente disciplinadora del poder de mercado de una empresa con una alta cuota de mercado.

⁵⁸ Landes y Posner (2003, p.144).

⁵⁹ La diferencia entre ambos tipos de empresas sería que en el segundo de los casos, las empresas ya no tendrían que asumir los “costos hundidos” en los que debe incurrirse para entrar en un mercado. El concepto de costo hundido alude a un costo que, por definición, es irrecuperable. Una tecnología muy particular, por ejemplo, puede ser irrecuperable ya que no puede utilizarse en otra industria. En cambio, un terreno puede ser de utilidad para otros propósitos, de manera que la pérdida, en caso la incursión en un mercado sea fallida, no resultará igual al total del costo en el que originalmente se incurrió.

iii.- Entrada de un nuevo competidor

Como se ha señalado antes, la competencia potencial está representada tanto por la sustituibilidad en la producción, como por las entradas de nuevos competidores.

Si la entrada de un nuevo competidor al mercado es relativamente fácil, una alta cuota de mercado por parte de una empresa presuntamente dominante no resultará determinante para concluir la tenencia de posición de dominio por parte de ella. En efecto, si dicha empresa dispone la elevación de sus precios, producirá inmediatamente el ingreso de nuevas empresas al mercado. En este caso una alta cuota de mercado será un pobre indicador de la tenencia de posición de dominio.

Al respecto, la “teoría de los mercados contestables”⁶⁰ señala que en un mercado donde no existen ni barreras a la entrada ni a la salida sustanciales, las empresas establecidas no incrementarán significativamente sus precios, ya que la existencia de competencia potencial limitará su poder de mercado. De acuerdo a la mencionada teoría, cualquier aumento del precio sobre el costo marginal es una “irresistible oportunidad de entrada” al mercado. Aquellas empresas que ante un aumento en el precio por parte de una firma supuestamente dominante son capaces y están dispuestas a entrar en el mercado en cuestión son las denominadas “potenciales entrantes”, éstas deben ser tomadas en cuenta al analizar la posición de dominio de la empresa investigada.

iv.- Otros factores

Por otro lado, la concentración del mercado también podría ser tomada en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio. La concentración del mercado es una función del número de empresas en el mercado, relacionada a sus respectivas cuotas de mercado. A efectos de calcular la concentración del mercado, las *Merger Guidelines* utilizan el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado⁶¹. En general, dependiendo del grado de concentración, los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) o altamente concentrados ($1800 < HHI$)⁶². A mayor concentración del mercado se incrementa la probabilidad de tener una o más empresas con poder de mercado.

Asimismo, cabe señalar que factores tales como ventajas competitivas que puedan tener las empresas por razones de *know how*, tecnología, respaldos financieros (*deep pocket*), la existencia de externalidades de red en el mercado o

⁶⁰ Baumol (1982, p. 4-5).

⁶¹ Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$).

⁶² *Merger Guidelines*, numeral 1.5.

la concentración de éste deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

Finalmente, en determinadas circunstancias, la presencia de compradores con gran poder es un factor a tener en cuenta. En el ámbito europeo⁶³ a la existencia de poder de compra se le da gran valor en el ámbito del control de concentraciones empresariales (control de fusiones), y los mismos argumentos son extrapolables al ámbito de la sanción del abuso de posición de dominio. Así, en la sentencia del caso *Vidrio Plano Italiano*⁶⁴ se criticó a la CE porque “*ni siquiera ha intentado reunir los elementos de hecho necesarios para sopesar, por una parte, el poder económico de los tres productores y, por otra, el de Fiat, que podrían contrarrestarse entre sí*”.

3.3.2.- Barreras de ingreso al mercado

Un elemento importante a analizar como parte de la evaluación de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa, es la presencia o ausencia de barreras a la entrada para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Las barreras a la entrada⁶⁵ son factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan el ingreso de empresas nuevas a un determinado mercado.

En cualquier caso las barreras a la entrada deben ser evaluadas en términos del costo y del tiempo relativo que tomará a las empresas el entrar al mercado, y en función a la probabilidad de que las firmas estén dispuestas a correr con el costo y riesgo que ello implica.

En el caso que el mercado en cuestión sea uno con barreras de entrada relativamente bajas, incluso una empresa con una alta cuota de mercado podría no gozar de un poder de mercado sustancial. Esto porque ante un aumento del precio, sería fácil que nuevos competidores ingresen al mercado. Viceversa, aun una empresa con una relativa baja cuota de mercado podría gozar de un sustancial poder de mercado si las barreras de ingreso son muy altas.

⁶³ Bellamy, y Child (2001).

⁶⁴ Sentencia del TPI de 10 de marzo de 1992, SIV y otros c. Comisión, en los casos acumulados **T-68/89, T-77/89 Y T-78/89** (Rec.1992, pág. II-1403). Considerando 366.

⁶⁵ Se suele utilizar el término “barrera a la entrada” para denominar a cualquier obstáculo que debe enfrentar un entrante para lograr ingresar al mercado. Stigler nos ofrece una definición más precisa al señalar que una barrera de entrada es “*una condición que impone a los entrantes costos de producción de largo plazo más altos que los soportados por las empresas que ya están en el mercado*”. Así, las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y las entrantes. Ver: STIGLER, George J. *Barriers to entry, economies of scale and firm size*. Citado por: Posner (2001, p. 74).

Las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas; las barreras estructurales no dependen de la acción directa de la empresa establecida, mientras que las barreras estratégicas sí.

i.- Barreras estructurales

Las barreras a la entrada estructurales, pueden ser a su vez económicas o legales.

Las barreras económicas se relacionan a las ventajas absolutas en costos, la presencia de economías de escala y de ámbito significativas, las características de la tecnología requerida, la existencia de facilidades esenciales y los costos hundidos o irre recuperables en que debe incurrir una empresa para ingresar a una industria.

Las barreras legales y/o administrativas se refieren a las políticas públicas y las regulaciones estatales que interfieren de manera directa en la entrada o permanencia de los agentes participantes en el mercado.

ii.- Barreras estratégicas o de conducta

Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas a entrar en la industria. Para ello resulta necesario convencer al posible entrante de que los beneficios producto de su incursión en el mercado serán menores que los esperados, nulos o negativos.

La teoría económica caracteriza a la empresa como un agente maximizador de beneficios económicos⁶⁶. Dicha maximización se da en función al aprovechamiento que haga la empresa de las ventajas que posee o que el entorno le ofrece, y en función a que elimine, disminuya o atenúe las desventajas que posee o que el entorno le impone, tanto las actuales como las futuras. Este actuar de la empresa derivado de ponderar sus ventajas y desventajas, presentes y futuras, es conocido como comportamiento estratégico.

El comportamiento estratégico tiene como fin maximizar el beneficio económico presente y futuro, ponderando las pérdidas y ganancias de un período respecto de las pérdidas y ganancias de otros; además, orienta las acciones de la empresa para intentar influir el entorno del mercado en el cual se desempeña.

El comportamiento estratégico de la empresa respecto de sus competidores se puede dar de forma cooperativa o no cooperativa. La determinación del tipo de relación con sus competidores (cooperativa o no cooperativa) guarda relación directa con los beneficios esperados, presentes y futuros. Así pues, una relación cooperativa se desprende del hecho de que la cooperación acarrea mayores beneficios que el enfrentamiento, y una relación no cooperativa se deriva del hecho de que la competencia disminuye los beneficios descontados (presentes y futuros).

⁶⁶ El beneficio económico es entendido como la diferencia entre el ingreso económico que recibe la empresa y todos los costos en que incurre. Varian (1992, p. 29).

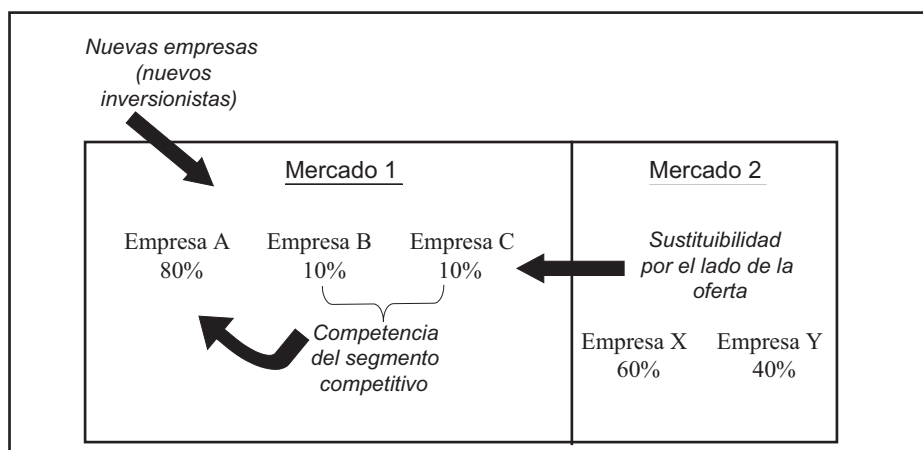
Si la mejor opción resulta ser una relación no cooperativa con sus competidores, la empresa realizará acciones que le permitan competir en mejores términos o condiciones, lo que en el caso específico de potenciales competidores, la llevará a realizar acciones para prevenir la competencia en su mercado. Una de las formas de prevenir la competencia es el establecimiento de barreras estratégicas a la entrada.

Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del entrante o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante o a elevar los costos de entrada u operación en el mercado. Son ejemplos de barreras estratégicas: precios límite, sobre-inversión en capacidad, diferenciación de productos, subsidios cruzados, integración y restricciones verticales, incremento de los costos de los rivales, precios predatorios, etc.

De acuerdo a lo visto anteriormente, los factores que podrían disciplinar el comportamiento de posibles empresas dominantes y, dependiendo de su relevancia, descartar la hipótesis de existencia de una posición de dominio son los que se exponen en el gráfico siguiente. Como ejemplo, supongamos que estamos frente al mercado relevante 1 donde participan las empresas A, B, C. Las cuotas de mercado son 80%, 10% y 10%, respectivamente. Se podría especular con la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa A por su alta cuota de mercado. Sin embargo, la autoridad de competencia debería contrastar dicha cuota de mercado con la posibilidad de que empresas ubicadas en otro mercado (mercado 2) puedan rápidamente y a bajo costo adecuar su capacidad productiva para participar del mercado relevante (sustituibilidad por el lado de la oferta), sea cual sea la estructura de dicho mercado⁶⁷. Por otro lado, nuevos inversionistas también podrían representar competencia potencial y decidir su ingreso al mercado relevante considerando los niveles de barreras a la entrada existentes. Finalmente, el resto de empresas partícipes del Mercado 1 podrían disciplinar el comportamiento de la empresa A si es que poseen la capacidad productiva para responder a la conducta de la supuesta dominante (competencia del segmento competitivo).

⁶⁷ En el ejemplo se considera que en el mercado 2 participan dos empresas, con cuotas de mercado de 60% y 40%.

GRÁFICO 1
FACTORES QUE DISCIPLINAN COMPORTAMIENTOS
DE SUPUESTA DOMINANTE



Elaboración propia.

4.- A manera de conclusión

El presente artículo ha presentado diversos aspectos metodológicos para definir el mercado relevante y determinar la existencia de una posición de dominio en casos de libre competencia. Ciertamente, el análisis no ha agotado todos los factores que pueden llegar a analizarse en casos particulares (por ejemplo, la duración del producto en cuestión, la capacidad financiera de las empresas involucradas, la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros). Pese a ello, el presente artículo puede constituir un buen punto de partida para aproximarse a la materia, sobre todo para aquellos lectores que recién se inician en la disciplina de la libre competencia.

La metodología presentada es útil para cualquier tipo de mercados de producto y de servicio, más allá de los elementos particulares que en determinadas industrias se deberá tener en cuenta.

A manera de conclusión, puede afirmarse que los principales pasos a seguir a efectos de definir el mercado relevante y determinar la existencia de una posición de dominio en casos de libre competencia, son los siguientes:

- i.- En primer lugar, la autoridad de competencia debe preguntarse en qué mercado la empresa en cuestión desarrolla sus actividades. Así, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio por parte de una o más empresas una vez resuelta la cuestión relativa a cuál es el mercado relevante en el que dicha empresa se desempeña. El mercado relevante, a su vez, está constituido por

- (i) el mercado de producto o servicio relevante y (ii) el mercado geográfico relevante.
- ii.- Una vez definido el mercado relevante, deberá hallarse la cuota de mercado de la empresa investigada. Las participaciones de mercado, dependiendo de la disponibilidad de la información estadística necesaria y de las características propias de cada mercado, podrán medirse en función de la capacidad productiva de la empresa, el volumen de producción, el volumen de ventas o el valor de estas últimas.
- iii.- Finalmente, la información sobre la cuota de mercado deberá contrastarse a la luz de la existencia de competencia real o potencial que discipline el ejercicio del posible poder de mercado. La existencia de competencia real o potencial se deduce del análisis de factores tales como la presencia o no de barreras de ingreso al mercado, la concentración del mercado, la capacidad de los competidores, entre otros.

Referencias:

- BAUMOL, W. J. (1982). Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure, *American Economic Review*. Vol. 72, N° 1, marzo.
- BELLAMY, C. y CHILD, G. (2001). *European Community law of competition*. Quinta edición. Sweet & Maxwell.
- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia* (1997). Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. N° C372 del 9 de setiembre de 1997, págs. 0005-0013.
- CONRATH, W, C. (1995). *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, World Bank, Washington.
- DÍEZ, F. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. Disponible en: <http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/archivos/articulos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>. (Visitada el 24 de marzo de 2003).
- ELZINGA, K. G. y T. F. HOGARTY (1973). The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits, *Antitrust Bulletin* N° 18.
- FERNÁNDEZ-BACA, J. (2000). *Microeconomía: teoría y aplicaciones*, Tomo I. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima.
- HOVENKAMP, H. (1999). *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*, Segunda edición, West Group, Minnesota.
- KRESALJA, B. (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. *Ius et Veritas*, Año XI, N° 22, Lima, julio.

- LANDES, W. M. y R. A. POSNER (2003). *El poder de mercado en los casos de Libre Competencia*. *Ius et Veritas*, Año XIII, N° 26.
- LERNER, A. (1934). The concept of monopoly and the measurement of monopoly power, *Review of Economic Studies*. N° 1, junio.
- POSNER, R. A. (2001). *Antitrust Law*. Segunda edición, The University of Chicago Press, Chicago.
- RUIZ, G. (2000). Definición de mercado relevante y políticas de competencia. *Thémis – Revista de Derecho*, Segunda Época, Año 17, N° 41. Lima, diciembre.
- SULLIVAN, T. E. y J. L. HARRISON (2000). *Understanding antitrust and its economic implications*. Tercera edición. Matthew Bender & Co., New York.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMISION (1992). *Horizontal Merger Guidelines* (con revisiones a la Sección 4 –Eficiencias– al 8 de abril de 1997). Ver: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm> (Visitada el 26 de agosto de 2005).
- VARIAN, H. (1992). *Análisis Microeconómico*, Barcelona.
- VISCUSI, K.; J. VERNON y J. HARRINGTON (1997). *Economics of regulation and antitrust*. MIT Press, Londres.
- WHISH, R. (2003). *Competition law*. Quinta edición, Lexis Nexis, Londres.