



# **Guía** para la investigación de **conductas de abuso del poder de mercado**

Intendencia Nacional de Abuso del Poder de  
Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas

2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas

Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado

Derechos Reservados. Agosto 2021

Versión 1.0.

## CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN	4
2.	OBJETIVO DE LA GUÍA	4
3.	GENERALIDADES	5
	I. ¿QUÉ ES PODER DE MERCADO?	5
	II. ¿QUÉ ES ABUSO DEL PODER DE MERCADO?	6
	III. ¿DE QUÉ FORMA SE PUEDE IDENTIFICAR SI UN OPERADOR ECONÓMICO PODRÍA TENER PODER DE MERCADO?	6
	IV. ¿QUÉ CONDUCTAS PUEDEN SER CONSIDERADAS COMO ABUSO DEL PODER DE MERCADO?	6
	V. ¿PODER DE MERCADO O POSICIÓN DE DOMINIO?	7
	VI. ¿CUÁL ES LA RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS QUE OSTENTAN PODER DE MERCADO?	7
4.	FACTORES A CONSIDERAR PREVIO AL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACIÓN POR ABUSO DEL PODER DE MERCADO	8
	4.1. ANÁLISIS DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL DAÑO.	8
	4.2. ELEMENTOS RELEVANTES PARA LA APERTURA DE UN CASO DE INVESTIGACIÓN	9
	I. PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO O POR SOLICITUD DE OTRO ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.-	9
	II. PROCEDIMIENTOS INICIADOS POR DENUNCIA.-	9
	4.3. ANÁLISIS DEL SECTOR	11
5.	ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA (ESTRUCTURAL)	11
	5.1. MERCADO RELEVANTE	11
	5.1.1. NATURALEZA Y PROPÓSITO DE LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE	11
	5.1.2. DEFINICIÓN DE MERCADO DEL PRODUCTO O SERVICIO	12
	5.1.3. DEFINICIÓN DE MERCADO GEOGRÁFICO	17
	5.2. PODER DE MERCADO	18
6.	CONDUCTAS DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO (ELEMENTO CONDUCTUAL)	24
	6.1 TIPOS DE CONDUCTAS	24
	6.2 CONDUCTAS EXCLUSORIAS O EXPLOTATIVAS EN GENERAL	24
	6.2.1 Conductas exclusorias	26
	6.2.2 Conductas explotativas	37
7.	BIBLIOGRAFÍA	41

## 1. INTRODUCCIÓN

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado es la autoridad de defensa de la libre competencia en Ecuador, cuyo ejercicio busca la eficiencia de los mercados, el bienestar general, de los consumidores, usuarios y el comercio justo.

La legislación de competencia nacional contempla, al igual que otras legislaciones internacionales, la prohibición del ejercicio abusivo del poder de mercado, también conocido como abuso de posición dominante, a través de la prohibición de conductas que tienden a reducir o eliminar la competencia en los mercados.

Como consecuencia de la realización de estas conductas se podría perjudicar, por un lado, a competidores actuales o potenciales, a los que la conducta abusiva tiende a desplazar, dificultar su entrada o expansión; y, por otro lado, la falta de competencia en los mercados, puede también afectar a consumidores y proveedores. Estas conductas pueden fortalecer la posición del operador en el mercado, facilitando el comportamiento abusivo con respecto a otros actores. La falta de competencia puede generar un aumento en los precios de venta y una reducción en la variedad o calidad de los bienes o servicios ofertados.

El legislador, al tipificar la infracción de abuso del poder de mercado, pretende proteger a la competencia, el bienestar general y la eficiencia económica. Dicha protección beneficia a los distintos actores de los diversos mercados que pueden directa o indirectamente verse afectados por estas conductas.

A fin de incrementar la efectividad y calidad de las investigaciones de abuso de poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) busca desarrollar herramientas que coadyuven al fortalecimiento del ejercicio de las facultades administrativas e investigativas para este tipo de conductas.

## 2. OBJETIVO DE LA GUÍA

El presente documento tiene como objetivo ser una herramienta didáctica que contribuya a la comprensión del desarrollo de investigaciones de conductas relativas al abuso del poder de mercado tipificado en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM).

Esta contribución permitirá profundizar el conocimiento de los elementos que exige la tipicidad del abuso del poder de mercado como son: la determinación del poder de mercado y la cualificación de los hechos como infracción a la norma; elementos que, conforme se explicará en la presente guía, requieren de la delimitación del mercado relevante en cada caso.

La presente Guía, principalmente, tendrá como fundamento a la LORCPM, el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM) y, demás normativa expedida por la SCPM o por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y

Control del Poder de Mercado (Junta de Regulación). Así también, se apoyará en normas de carácter accesorio y en fuentes doctrinarias y jurisprudenciales de experiencia internacional.

Sin perjuicio de las fuentes utilizadas, los lineamientos de esta herramienta no constituyen opinión respecto de casos específicos, adelantamiento de criterio por parte de la autoridad y bajo ninguna circunstancia sustituye la aplicación del ordenamiento jurídico nacional.

### 3. GENERALIDADES

Para investigar conductas relativas al abuso del poder de mercado se requiere considerar algunas respuestas a las preguntas que a continuación se exponen:

#### i. ¿Qué es poder de mercado?

Existen mercados en los cuales ciertos operadores económicos pueden fijar condiciones de transacción, prescindiendo de su competencia o consumidores, debido, entre otras circunstancias, a la elevada cuota de participación que tienen en dichos mercados; esto se podría considerar muy sucintamente como ostentar poder de mercado. Ahora, en cuanto a nuestra Ley de Competencia, el artículo 7 de la LORCPM define lo que para efectos de aplicación de la Ley se considera como poder de mercado. Este artículo define al poder de mercado como: “(...) *la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado.*”

Esta capacidad, según la norma, permite actuar a dichos operadores económicos de modo independiente con prescindencia de los demás sujetos que participen en el mercado, tales como: competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores, entre otros.

Adicionalmente, determina que la obtención o el reforzamiento de esta capacidad no atenta en sí mismo contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general; dicho de otra forma, no afecta a los bienes jurídicos protegidos por la LORCPM con respecto al abuso del poder de mercado, establecidos en el artículo 9 de la Ley.

Por el contrario, si esta capacidad se ha obtenido o se refuerza impidiendo, restringiendo, falseando o distorsionando la competencia, es decir, si se atenta contra la eficiencia económica, el bienestar general o el derecho de los consumidores o usuarios, en ese supuesto sí se constituiría una conducta sujeta a control; por tanto, sancionable a nivel administrativo por la autoridad de competencia.

En otras palabras, el poder de mercado no es ilegal o sancionable *per se*, su sanción dependerá de que se abuse de este, como se explicará a continuación.

## ii. ¿Qué es abuso del poder de mercado?

La prohibición de abuso del poder de mercado está compuesta por dos elementos: i) la existencia del poder de mercado de uno o más operadores económicos; y, ii) la existencia de una conducta anticompetitiva.

Por tanto, es fundamental para la evaluación de una conducta de esta naturaleza entender lo siguiente:

- a) La existencia del poder de mercado no es en sí misma sancionable, sino su abuso y,
- b) Para abusar del poder de mercado se requiere tenerlo u ostentarlo.<sup>12</sup>

## iii. ¿De qué forma se puede identificar si un operador económico podría tener poder de mercado?

La LORCPM, en el artículo 8, establece los parámetros que la autoridad puede tomar en consideración para determinar que un operador económico tiene poder de mercado. Dependiendo de las circunstancias concretas, el órgano de investigación analizará uno o más de estos parámetros, siendo algunos de ellos: la participación del operador en el mercado, la existencia de barreras a la entrada, la disputabilidad en el mercado, entre otros, circunstancias que serán analizados en la presente guía.

## iv. ¿Qué conductas pueden ser consideradas como abuso del poder de mercado?

La norma de competencia ecuatoriana ha establecido una prohibición general a las conductas de abuso del poder de mercado como infracción a la LORCPM, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.

El citado artículo recoge una lista no taxativa de 23 conductas que pueden considerarse como una forma de abuso del poder de mercado. Esta lista recoge ejemplos de conductas, que a nivel internacional han sido consideradas como abuso del poder de mercado.

En abuso del poder de mercado existen tanto conductas exclusorias como explotativas, las cuales serán abordadas en la Sección de Conductas dentro de la presente Guía.

La norma ecuatoriana prohíbe todo tipo de conductas de operadores económicos con poder de mercado que: i) impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia; ii) afecten negativamente la eficiencia económica; o, iii) afecten negativamente al bienestar general.

<sup>1</sup> Velandía y Universidad Externado de Colombia, *Derecho de la competencia y del consumo competencia desleal ; abuso de la posición de dominio ; carteles restrictivos ; actos restrictivos ; integraciones económicas y protección al consumidor*, 195.

<sup>2</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct.-2011, artículo 7.

v. ¿Poder de mercado o posición de dominio?

El poder de mercado, en términos económicos, puede entenderse como la capacidad de una empresa de incrementar los precios por encima del nivel competitivo de forma rentable por un periodo de tiempo sostenido.<sup>3</sup> O, la habilidad de uno o varios operadores para incrementar precios, a través de la restricción de la producción, sobre el nivel que hubiese prevalecido en condiciones competitivas, obteniendo mayores ganancias derivadas de dicha acción.

En un mercado perfectamente competitivo las empresas no tienen influencia para afectar el precio, por lo que se convierten en tomadores de precios, comercializando sus bienes y servicios a un precio dado por las condiciones de mercado. La competencia perfecta, sin embargo, es un escenario irreal que no está presente en los mercados. Por tanto, en la realidad, es común que una o más empresas puedan incrementar los precios por encima del valor competitivo otorgándoles cierto grado de poder de mercado. Esto no quiere decir que todas estas empresas puedan ser sancionables por una conducta de abuso del poder de mercado; para esto, el operador tiene que ser considerado como dominante y su conducta determinada como ilegal.

Como hemos visto, la posición de dominio, al igual que el poder de mercado, se caracteriza por poder incrementar precios por encima del nivel competitivo por un periodo de tiempo sostenido.<sup>4</sup> En el contexto de la prohibición de abuso del poder de mercado se las debe considerar como términos equivalentes o sinónimos. Cuando la LORCPM cita al poder de mercado hace referencia a la posición dominante. Esto es evidente en el artículo 7, donde el legislador se refiere al poder de mercado y a la posición de dominio de forma equivalente.<sup>5</sup> Además, la forma en la que nuestra legislación define al poder de mercado tiene las mismas características a lo que en otras legislaciones se conoce como posición dominante, principalmente la legislación de la Unión Europea.<sup>6</sup>

Por tanto, debe concluirse que para efecto de la aplicación del artículo 9, el presunto implicado debe tener poder de mercado para ser calificado como un operador con posición dominante o con poder de mercado.

vi. ¿Cuál es la responsabilidad de los operadores económicos que ostentan poder de mercado?

Como se ha analizado, el ostentar poder de mercado no es sancionable, lo que se sanciona es su abuso. Por tanto, los operadores económicos dominantes tienen una responsabilidad especial ya que sus políticas comerciales o actuaciones podrían afectar la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general de manera positiva o negativa. El término “responsabilidad especial” es uno muy

<sup>3</sup> International Competition Network (ICN) Unilateral Conduct Work Group (UCWG). ASSESSMENT OF DOMINANCE. párrafos 5 y 6.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Las palabras utilizadas por el legislador son “Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio [...]”

<sup>6</sup> En ese sentido recomendamos ver los párrafos 38 y 39 de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ex T) párrafos 38 y 39; respecto a la posición de dominio, señala el Tribunal que este poder confiere a la empresa “[...]la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores [...] coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta”.

usado al analizar casos de abuso del poder de mercado<sup>7</sup> y el mismo fue acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Michelin I, en este, el Tribunal expresó:

*“[...] En efecto, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo 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 común.”*<sup>8</sup> (Énfasis añadido).

La responsabilidad especial que tienen los operadores económicos dominantes se ve reflejada a lo largo de las conductas enumeradas en el artículo 9 de la LORCPM, conductas que son sancionables para operadores económicos que ostenten poder de mercado.

## 4. FACTORES A CONSIDERAR PREVIO AL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACIÓN POR ABUSO DEL PODER DE MERCADO

En el desarrollo de una investigación por conductas de abuso del poder de mercado, el equipo técnico de la SCPM debe considerar varios factores:

### 4.1. Análisis de los hechos relevantes del caso y planteamiento de la teoría del daño.

En una investigación por abuso del poder de mercado existen versiones controvertidas respecto a la existencia de determinados hechos que podrían constituir una infracción de abuso del poder de mercado.

Es importante que el equipo investigador discierna en cada caso, cuáles son los hechos relevantes, por ejemplo: el contexto económico y legal del sector, los bienes o servicios relacionados con el caso, los operadores económicos involucrados, el área geográfica presuntamente afectada, la probabilidad de la existencia de un operador económico dominante, el tiempo en el que se produjeron los hechos y, la afectación producida y/o que pueda generar esta conducta.

Este ejercicio permite al equipo técnico analizar si los presuntos hechos que ha conocido son asuntos cuyo conocimiento compete a la SCPM y al órgano de investigación asignado. Para este efecto, cuando corresponda, contando con la colaboración de organismos públicos y operadores económicos privados podrán realizarse las actuaciones correspondientes a fin de corroborar la existencia de los elementos relevantes anunciados.

En este primer hito del ejercicio investigativo, el equipo técnico deberá cumplir con el debido proceso, considerar los tiempos procesales, evitar la prescripción de la investigación, garantizar el deber de

<sup>7</sup> Vid: Caso T-228/97, Irish Sugar plc v Commission [1999]; Caso T-201/4, Microsoft [2007]; Caso-202/07 P, Francia Telecom [2009].

<sup>8</sup> Caso 322/81, Michelin v Commission [1983], párrafo: 57.

secreto y reserva, observar la normativa aplicable al caso y, planificar la estrategia de la investigación, entre los factores principales.

## 4.2. Elementos relevantes para la apertura de un caso de investigación

La LORCPM determina tres mecanismos para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por abuso del poder de mercado, a saber: i) procedimientos iniciados de oficio, ii) a solicitud de otro órgano de la Administración Pública; o, iii) por denuncia presentada por una persona natural o jurídica que demuestre interés legítimo.

Estos procedimientos muestran algunas diferencias entre sí, las cuales deben ser consideradas por el equipo de investigación:

### i. Procedimientos iniciados de oficio o por solicitud de otro órgano de la Administración Pública

Este tipo de procedimientos permiten a la SCPM actuar directamente en uso de sus facultades oficiosas, para el efecto, los órganos internos de la SCPM deberán, en los casos de un procedimiento de oficio, informar a la Intendencia General Técnica la existencia de indicios razonables de una presunta conducta anticompetitiva contraria a la libre competencia, eficiencia económica o al bienestar general, en el marco de la disposición inserta en el artículo 9 de la LORCPM; o, en el caso de una solicitud de otro órgano de la Administración Pública, verificar que la misma cumpla con los requisitos establecidos en el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM<sup>9</sup>, artículo 21 e iniciar el procedimiento administrativo descrito en los artículos 55 y 56 del RLORCPM.

Estos indicios deben señalar la existencia de elementos estructurales y conductuales relativos a la configuración del abuso del poder de mercado. En otras palabras, el equipo técnico debe identificar una hipótesis posible de la existencia del poder de mercado dentro de un mercado relevante, e identificar hechos que podrían calificarse como un abuso, o ser la consecuencia de una conducta de esta naturaleza.

### ii. Procedimientos iniciados por denuncia

El artículo 54 de la LORCPM recoge los requisitos para la presentación de una denuncia. Para calificar una denuncia y correr traslado al o los denunciados, debe observarse que cumpla con lo señalado en los numerales del artículo citado.

Para resolver el inicio de una investigación, la autoridad debe identificar que existan suficientes indicios de la existencia de una conducta de abuso del poder de mercado. Por tanto, teniendo en cuenta los elementos de la tipicidad de esta infracción, al momento de resolver, deberá realizar una

---

<sup>9</sup> Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Instructivo de Gestión Procesal Administrativa. Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017. Publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 998 de 07 de abril de 2017. Reformada mediante Resoluciones No. SCPM-DS-2019-64 de 03 de diciembre de 2019; No. SCPM-DS-2020-018 de 20 de abril de 2020; No. SCPM-DS-2020-020 de 04 de mayo de 2020; No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020 y No. SCPM-DS-2021-01 de 04 de enero de 2021.

aproximación al mercado relevante, que le sirva para identificar la posible existencia de un operador dominante y el presunto abuso que este ha realizado.

Por tal razón, los siguientes análisis son recomendables al momento de verificar si la denuncia cumple con los requisitos legales.

Respecto al literal c) del artículo 54, por el que se dispone al denunciante que señale *“Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia.”*, el equipo técnico observará que la denuncia contenga lo siguiente:

- Una descripción detallada de las razones por las que considera que el denunciado es un operador que tiene poder de mercado.
- Una descripción detallada de la conducta que considera que puede ser calificada como abusiva, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 9 de la LORCPM, respecto a este tipo de conductas y su afectación.
- Cuando la denuncia haga referencia a varios numerales del artículo 9 de la LORCPM, el denunciante deberá describir cuáles son los hechos por los que considera que las conductas se adecúan a los numerales señalados o infracciones identificadas, esto se debe hacer por cada numeral denunciado; o, de ser el caso indicar qué hechos considera se adecúan en varios incisos del artículo 9.

Respecto al requisito contenido en el literal d) del artículo 54 de la LORCPM, *“La relación de los involucrados con la conducta denunciada”*, el órgano de investigación debe asegurarse que la denuncia identifique de manera clara quién es el operador económico denunciado y qué conducta se le atribuye.

Finalmente, el equipo técnico analizará que la denuncia cumpla con lo dispuesto en el literal f) del artículo 54 de la LORCPM, *“Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados”*. Pues, las características servirán para identificar posibles sustitutos y, así, realizar una aproximación al mercado relevante.

Entrever anticipadamente estos elementos fortalece el ejercicio investigativo y asegura el cumplimiento de la formalidad exigida por el artículo 54 de la LORCPM que debe ser rigurosamente observada por las personas naturales o jurídicas al momento de presentar una denuncia. El análisis del cumplimiento de estos requisitos servirá para poder resolver con más elementos el inicio o archivo de la investigación.

Conforme el procedimiento previsto en la LORCPM, en caso de que la denuncia no cumpla con los requisitos, el órgano de investigación notificará al operador económico, para que en el término de tres (3) días complete y/o aclare la misma, conforme el análisis efectuado.

### 4.3. Análisis del sector

El conocimiento del sector en donde, presuntamente, se está llevando a cabo una conducta de abuso del poder de mercado permite a la autoridad conocer de forma general la estructura y entender preliminarmente dónde está comprendido el mercado relevante que deberá ser determinado.

En este ejercicio se deben identificar las principales características de este sector y su regulación. El análisis servirá para comprender la dinámica y el comportamiento de los operadores económicos que participan en el sector bajo análisis. Esto permitirá un entendimiento de las posibles restricciones competitivas que deberán ser verificadas con respecto a los operadores relacionados con el caso. También permite identificar a los principales actores públicos y privados relacionados. Finalmente, se puede deducir posibles escenarios del mercado relevante, teniendo en cuenta las características específicas.

Para tal efecto, la unidad de investigación realizará un mapeo general del sector, identificando cada uno de los eslabones que lo conforman, sus actores, área geográfica de influencia y demás particularidades que pueden interactuar directa o indirectamente con la dinámica competitiva del producto o servicio bajo investigación. De igual manera, debe identificar, cuando corresponda, las principales fuentes de regulación sectorial que afectan el comportamiento en este mercado.

## 5. ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA (ESTRUCTURAL)

### 5.1. Mercado relevante

#### 5.1.1. Naturaleza y propósito de la delimitación del mercado relevante

La determinación del mercado relevante constituye el primer paso en la evaluación del poder de mercado. Para este fin, el equipo de investigación analizará el mercado de producto o servicio, mercado geográfico<sup>10</sup> y, el marco temporal para el caso bajo estudio. En determinadas ocasiones deberá identificarse las principales características de la demanda y la oferta.<sup>1112</sup>

---

<sup>10</sup> En concordancia con el Art. 5 de la LORCPM en donde se señala “[...] A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado”.

<sup>11</sup> En determinados casos, para un mismo producto pueden existir distintos mercados por grupos de consumidores. Por ejemplo, en los casos en los que existe discriminación de precios hacia un grupo y no sea posible el intercambio con otros, o el arbitraje por parte de terceros. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

<sup>12</sup> Competition Bureau Canada - Merger Enforcement Guidelines’ (2011, 13).

En un mismo caso podría ser pertinente considerar más de un mercado. No obstante, para determinar la posición dominante deberá primeramente evaluarse el mercado donde el operador investigado o denunciado presuntamente tiene poder de mercado.

Esta determinación permite a la autoridad lo siguiente:

- Identificar el contexto en donde se está llevando a cabo la conducta anticompetitiva analizada, tanto en un ámbito del producto y zonas geográficas, permitiéndole tomar una decisión informada; y,
- Determinar los operadores que integran el mercado, su participación y el grado de competencia existente en un periodo determinado de tiempo.

Un operador económico que controle el 100% de las ventas en un mercado relevante será considerado como un monopolista. El debate se va a dar cuando la cuota de mercado no sea tan alta, por ejemplo, cuando ésta oscile entre el 40-50%. En el famoso caso de British Airways, la Comisión Europea determinó que era dominante pese a tener una cuota de participación menor al 40%, en el caso en específico el operador económico tenía una cuota de 39.7%.<sup>13</sup> En este tipo de casos se tendrá que analizar incluso con mayor detalle las presiones competitivas existentes en el mercado.

Por lo mismo, la determinación del mercado relevante es, ante todo, una herramienta para demostrar o descartar la existencia del poder de mercado y, posteriormente, si existe, existió o no una conducta anticompetitiva y cuáles fueron sus efectos. En el caso de las investigaciones de abuso del poder de mercado, esta herramienta es un requisito *sine qua non* para evaluar si existen operadores dominantes y las posibles repercusiones de una conducta en el mercado.

#### 5.1.2. Definición de mercado del producto o servicio

El mercado de producto o servicio constituye el conjunto de todos aquellos bienes o servicios que en función de sus características, usos y precios, son considerados como sustitutos por parte de los consumidores. De este modo, para su definición, se considerará, principalmente, el análisis de la sustitución de la demanda, dado que representa la forma más eficaz de limitar el comportamiento de los operadores económicos con respecto a sus consumidores o clientes.<sup>14</sup> La misma se la realiza, principalmente, a través del análisis de los productos que se consideran sustitutos y sus precios, con respecto a un determinado producto o servicio<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Véase: Caso T-219/99, British Airways Plc [2003].

<sup>14</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión Europea, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), 1997 apartado 7.

<sup>15</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), 1997, apartados 13-18.

Adicionalmente, el órgano de investigación analizará, dependiendo el caso, la sustitución de la oferta y competencia potencial. Estas, si bien, generalmente no representan presiones competitivas inmediatas, pero, bajo ciertas condiciones, la competencia potencial y sustitución de la oferta, podrían afectar la delimitación del mercado.

#### 5.1.2.1. Sostituibilidad de la demanda

La sustituibilidad de la demanda consiste en determinar el grado en que los consumidores están dispuestos a sustituir un bien o servicio por otro. Para ello, como inicio, el equipo de investigación generalmente partirá del producto(s) o servicio(s) objeto de investigación, para posteriormente ir ampliando dicho mercado en el caso de establecerse la existencia de productos o servicios sustitutos.

Generalmente, este análisis se evaluará tanto desde un punto de vista cualitativo<sup>16</sup> como cuantitativo.

Desde el punto de vista cualitativo, se podrá iniciar el análisis identificando las características y usos del producto o servicio bajo análisis, esto permitirá tener una visión general de los posibles candidatos sustitutos, con similares características y usos<sup>17</sup>. Del mismo modo, se podrá tomar en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- ❖ Estudios sobre preferencias del consumidor o documentos afines.
- ❖ Encuestas sobre el consumo de los productos o servicio bajo análisis.
- ❖ Costos de sustitución.
- ❖ Evidencia histórica de cambio de producto por parte de los consumidores, ante el aumento de precios, por ejemplo: implementación de un nuevo impuesto que afecte al producto o servicio bajo análisis, etc.

En relación a la evaluación cuantitativa, la unidad de investigación utilizará, entre otros criterios, los expuestos en la Resolución 011 de la Junta de Regulación, la utilización de uno u otro método se basará en las características propias del mercado.

Muchos de los métodos señalados en esta Resolución utilizan como insumo a la información de los precios adoptados por los participantes del mercado. A fin de que los métodos cuantitativos para

---

<sup>16</sup> Davis y Garcés, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, 166. en donde se señala: "[...] la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida de cualquier definición de mercado, por ejemplo, probablemente no sea necesario hacer ningún análisis de mercado formal para llegar a la conclusión de que el precio del helado no será sensible al precio de los martillos. De hecho, si tales evaluaciones cualitativas no fueran posibles, sería necesario hacer una gran cantidad de trabajo en cada investigación para verificar cada posibilidad, una imposibilidad en los niveles de recursos actuales en la mayoría de las autoridades. En la práctica, podemos reducir el conjunto de posibilidades a aquellas que sean plausibles y también sustantivas [...]" (traducción propia)

<sup>17</sup> Si bien, las características de los productos o servicios y sus posibles candidatos con similares características y usos puede representar una importante evidencia de sustituibilidad, se debe analizar cuidadosamente dado que incluso productos con usos y características similares pueden no ser considerado sustitutos por parte de los consumidores tomando en cuenta ciertos factores como Costos de cambio, calidad, lealtad de marca, etc. Además se debe tomar en cuenta que incluso productos con distintas características físicas pueden ser considerados productos sustitutos por parte del consumidor si desde su punto de vista tienen usos similares.

analizar sustitución permitan obtener resultados idóneos, el equipo investigativo deberá analizar la evolución de los precios.

Tratándose de casos de abuso del poder de mercado es posible que los precios que la Autoridad observe ya reflejen el precio de un (cuasi) monopolista. En tales casos, la sustitución ocasionada como consecuencia del aumento del precio no sería un indicador adecuado para incluir a un nuevo bien o servicio en el mercado relevante.

Esto pues, el precio anterior ya reflejaba el ejercicio del poder de mercado. De tal manera, al incorporar a estos nuevos bienes o servicios y sus proveedores al mercado relevante, esta herramienta pierde su utilidad, debido a que reflejaría una falsa impresión del estado de la competencia, pues, señalaría como competidores a quienes probablemente no compiten con el operador en cuestión.

Al incluir indebidamente a bienes y servicios, bajo estas circunstancias, la Autoridad investigativa incurriría en una falacia conocida como la “falacia del celofán”<sup>18</sup>.

Asimismo, es necesario considerar el tipo de industria bajo análisis, en ciertas circunstancias los operadores no compiten necesariamente en precios (pueden competir en calidad, tecnología, privacidad, entre otros). En ciertos mercados, como en las plataformas digitales, algunos servicios no tienen un valor monetario. En tales casos, el análisis de sustitución no puede realizarse con base en los precios, por lo que, el equipo investigativo deberá utilizar metodologías alternativas con otro tipo de variables.

A continuación, se explican los principales métodos cuantitativos que podrían utilizarse en las investigaciones:

#### ❖ Prueba del Monopolista Hipotético

El objetivo de esta prueba es determinar si un monopolista hipotético puede aumentar de manera rentable los precios por encima del nivel competitivo, dicho aumento debe ser lo suficientemente grande como para que los consumidores tengan una respuesta razonable, pero no tanto como para que el aumento de los precios conlleve inevitablemente a un cambio sustancial de la demanda<sup>19</sup>. Tanto la doctrina como lo establecido en la práctica, consideran que un incremento del 5 al 10% de los precios puede ser un indicador aceptable.

Por monopolista hipotético se entiende a un operador ficticio que controla la totalidad de los bienes o servicios que presuntamente conforman al mercado relevante. Como se indicó, el equipo de investigación debe empezar por los mercados más estrechos.

<sup>18</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, «Market Definition»; para una revisión más amplia *vid*: OCDE, «POLICE ROUNDTABLES: Market Definition», p. 40.

<sup>19</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, «Market Definition»; para una revisión más amplia *vid*: OCDE, «POLICE ROUNDTABLES: Market Definition», p. 40.

De este modo, el equipo de investigación buscará dar respuesta a la pregunta: ¿resulta rentable para el monopolista hipotético un incremento del 5 al 10% en el precio del producto bajo investigación (producto A)?, si la respuesta es positiva el producto o servicio bajo análisis (producto A) constituirán un mercado relevante propio.

En cambio, si la respuesta es negativa y una parte significativa de los consumidores optan por adquirir un producto sustituto (producto B), no sería rentable el incremento del precio del producto A, pudiéndose concluir que A y B forman parte del mismo mercado relevante.

#### ❖ Elasticidad precio de la demanda o elasticidad propia

La elasticidad precio de la demanda mide la variación porcentual de la cantidad demandada de un producto cuando su precio sube o baja. Esta medida ayuda a conocer la sensibilidad que tienen los consumidores ante los cambios en los precios.

En otras palabras, a través de esta metodología el equipo puede identificar cuál podría ser o ha sido la reacción de los consumidores ante un incremento en el precio por parte del oferente. Mientras más elástica es la demanda, menos poder de mercado tendría el oferente y es más probable que tenga sustitutos.

Si la elasticidad propia es mayor que 1 (en términos absolutos) implicaría una demanda *elástica*, en ese caso, ante una variación de los precios, el cambio porcentual de la cantidad demandada de dicho bien sería mayor, por lo que los ingresos del productor tienden a disminuir.

Por el contrario, si la elasticidad es menor que 1 (en términos absolutos) significaría una demanda *inelástica*, en donde la cantidad demandada no variará significativamente ante una variación de los precios, permitiéndole al productor aumentar los precios y por ende los ingresos (bajo el supuesto *ceteris paribus*).

#### ❖ Elasticidad precio cruzado de la demanda

La elasticidad precio cruzado de la demanda permite medir la tasa a la cual los compradores sustituyen el bien A por el bien B, en respuesta a un cambio de precio del bien A. Es decir, mide la variación porcentual de la cantidad demandada de un producto (producto B), cuando el precio de otro producto (producto A), aumenta o disminuye.

Si la elasticidad cruzada es positiva indica que presuntamente son bienes sustitutos; en tal caso, el equipo de investigación podrá suponer que ante el incremento del precio de un bien o servicio, los consumidores responderán adquiriendo otro, por lo que podrían ser considerados como sustitutos.

Por el contrario, si la elasticidad cruzada es negativa significa que son bienes o servicios complementarios; es decir, al aumentar el precio de un bien, disminuye la cantidad demandada del otro y viceversa.

#### ❖ Correlación de precios

La correlación de precios es un método que parte de la premisa que tratándose de bienes o servicios que forman parte del mismo mercado relevante los precios van a tener una evolución similar. En principio, si el precio de un bien o servicio incrementa, es probable que un grupo de consumidores lo cambie por un sustituto, ocasionando un incremento en el precio de este segundo bien o servicio. De tal manera, esta correlación en los precios podría indicar sustitución. De este modo, dicho análisis involucra comparar series de tiempo, en donde mientras mayor sea su coeficiente de correlación (en valores positivos) mayor será la probabilidad de que los productos estén en el mismo mercado.

Si bien no existe un valor límite en el coeficiente de correlación, con un valor estadísticamente igual o superior a 0.8 se tiene indicios de que pueden ser sustitutos, dado que los incrementos observados en el precio del bien “A” se ven acompañados de incrementos en el precio del bien “B”.

La unidad de investigación analizará cuidadosamente la implementación de este método. Además de la sustitución, existen otros factores que pueden influir en la correlación (inflación, impuestos, etc.), generando como resultado un falso positivo (correlación espuria). Por tal razón, los resultados de esta prueba deberán ser tomados con precaución.

#### 5.1.2.2. Sustituibilidad de la oferta

El análisis de sustitución de la oferta evalúa la probabilidad de que ante un incremento en el precio del bien o servicio relevante, nuevos operadores en mercados cercanos trasladarán su oferta de manera inmediata o al corto plazo a la producción o prestación del producto o servicio materia de la investigación. Este grupo de operadores deben tener la capacidad y el incentivo para trasladar su oferta de la manera indicada. Por tanto, debe tenerse en cuenta las características y la capacidad económica de los operadores que pueden ser considerados como sustitutos desde la oferta.

Existe sustitución desde la oferta cuando es razonablemente probable que su impacto, en términos de eficiencia y respuesta inmediata, sea equivalente al efecto de la sustitución de la demanda<sup>20</sup>, pueden ser consideradas dentro del mercado relevante.

Para analizar si la sustituibilidad de la oferta tiene relevancia en la definición de mercados relevantes, la unidad de investigación evaluará si dicha sustitución: i) Puede ejecutarse en un periodo de tiempo relativamente corto, dependiendo de las características específicas de la industria; ii) Se ejecutará a

<sup>20</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), 1997.

una escala suficientemente grande que permita afectar al precio del producto en el mercado; y, iii) No implique incurrir en costos y riesgos significativamente altos y que dicha entrada sea rentable para el operador económico ofertante, considerando el posible desarrollo del mercado.

El análisis de la sustituibilidad de la oferta tendrá especial importancia en mercados en los que las empresas comercialicen varios tipos o calidades de un mismo producto que no sean intercambiables por la demanda, pero que sean producidos y comercializados de manera similar.

Para este análisis, la unidad de investigación podrá utilizar entre otras herramientas: Prueba de sustitución de la oferta o SSS y Pruebas de Sustitución Casi Universal o NUS.

Finalmente, el mercado de producto comprenderá todos los bienes o servicios sustituibles por el lado de la demanda y oferta.<sup>21</sup>

### 5.1.3. Definición de mercado geográfico

El mercado geográfico de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM *“[...] comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante [...]”*.

De este modo, la unidad de investigación enfocará sus esfuerzos en determinar las zonas geográficas en donde los operadores económicos provean el bien o servicio bajo análisis y cuyas condiciones de competencia sean homogéneas, así como también aquellas zonas geográficas sustitutas, las cuales pueden representar restricciones competitivas al ejercicio del poder de mercado.

Para la determinación del mercado geográfico desde un enfoque de la demanda, el ejercicio constituirá en determinar la sensibilidad de los consumidores de una determinada zona geográfica con respecto a otra, ante una variación de los precios del producto o servicio materia de análisis. Para esto se puede considerar el análisis de la movilidad de acuerdo al tipo de consumidor (no es lo mismo la disponibilidad de movilizarse de una zona a otra por parte de los consumidores finales que para quienes lo integran en su proceso productivo), las preferencias culturales, etc.

Por otra parte, desde un enfoque de la oferta, se deberá analizar la posible respuesta de operadores económicos ubicados en otras zonas geográficas ante un incremento en el precio. Para esto, entre otros factores, se pueden considerar los costos de transporte, flujos comerciales<sup>22</sup>, durabilidad del producto, prohibiciones comerciales, barreras legales, etc.

<sup>21</sup> Véase lo señalado por: la COMISIÓN EUROPEA; OFFICE OF FAIR TRADING, «Market Definition»; COMPETITION AUTHORITY OF KENYA, «COMPETITION AUTHORITY OF KENYA REVISED GUIDELINES ON RELEVANT MARKET DEFINITION».

<sup>22</sup> Véase: ECUADOR, Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, Resolución 011, 2016.

## 5.2. Poder de mercado

El poder de mercado es una cuestión de hecho con implicaciones legales. Bajo el régimen normativo ecuatoriano, el o los operadores dominantes o con poder de mercado están impedidos de realizar determinadas conductas que afecten negativamente a la competencia, el bienestar general o la eficiencia económica. Por ende, esta capacidad exige “mayor responsabilidad” de quien la ostenta, en relación con los demás operadores del mercado.<sup>23</sup>

La determinación del poder de mercado considerará, principalmente, los criterios contenidos en el artículo 8 de la LORCPM aclarando que esta disposición no es exhaustiva.<sup>24</sup> Los parámetros establecidos en el artículo señalado tienen como objetivo inferir el poder de mercado.

Los equipos de investigación podrán también tomar en cuenta, de forma referencial, a la experiencia internacional, estudios y doctrina que sean aplicables al caso y mercado en concreto que se investiga. Tratándose de una cuestión de hecho, los equipos considerarán los elementos y metodología más relevantes para el mercado que se investiga.

La determinación de la existencia o no de un operador dominante está íntimamente vinculada con la definición de mercado relevante. Pues, a partir de esta definición, los equipos analizarán e interpretarán los elementos estructurales del mercado. Además, de acuerdo a lo señalado *ut supra*, el mercado relevante permite identificar el estado de la competencia en cierto mercado.

Conviene que estos elementos sean analizados en conjunto dado que otorgan contundencia a la definición del poder de mercado a la que puede arribar el equipo de investigación respecto de un operador económico. De esta forma, a continuación, se resumen los principales ejes del análisis.

- Presiones competitivas actuales: competidores y cuotas de participación

Bajo este criterio de tipo estructural, la cantidad de operadores económicos que participan en un mercado es sustancial, así como también el alcance de su participación. El equipo de investigación identificará a los proveedores de bienes o servicios dentro del mercado relevante y sus respectivas cuotas de participación.

Para esto, debe primero haberse definido al mercado relevante de forma precisa. Solamente cuando se define correctamente al mercado relevante, las cuotas asignadas a cada uno sirven para identificar el estado actual de la competencia. Las cuotas de mercado son la base que permite inferir la presión competitiva que ejercen sobre un determinado operador sus competidores.

---

<sup>23</sup> Véase: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia *Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Comisión de las Comunidades Europeas*.

<sup>24</sup> Los elementos enunciados en el artículo 8, tienen como base los principales puntos que deben identificarse según la doctrina. Véase: Velandia y Universidad Externado de Colombia, *Derecho de la competencia y del consumo competencia desleal; abuso de la posición de dominio ; carteles restrictivos ; actos restrictivos ; integraciones económicas y protección al consumidor*, 172

Estas cuotas se calculan, por lo general, sobre la base de los ingresos que tengan los operadores en un determinado mercado, pero también puede ser relevante la cantidad de productos o servicios vendidos, entre otras variables dependiendo del mercado en análisis.

Las cuotas de mercado deben ser evaluadas en su contexto y no de forma aislada.<sup>25</sup> Para realizar un análisis concluyente, el equipo de investigación considerará también la cuota de los demás operadores, particularmente de los competidores más cercanos. Asimismo, deberá considerar otros factores, como los que se señalan más adelante en esta guía.

Mientras menor sea el porcentaje de participación, más importante será tener en cuenta a los demás factores. Mientras más alta es la cuota de mercado, más improbable es que sus competidores puedan representar una amenaza al ejercicio del poder de mercado.

La determinación del poder de mercado debe hacerse caso por caso. Si bien no existe un porcentaje exacto, la SCPM tomará como referencia las determinaciones realizadas por agencias pares, doctrina y teoría económica. Por ejemplo, la SCPM considerará como improbable que un operador que tenga una cuota de mercado inferior a 40% sea dominante<sup>26</sup>. Por el contrario, es muy probable que sea dominante un operador con una cuota de mercado superior al 70%.

Asimismo, deberá también tenerse en cuenta la disputabilidad del mercado. Existen mercados en los que incluso con la existencia de una cuota casi monopólica no implica la existencia de un operador dominante, como es el caso de ciertos mercados de subasta.

Este primer factor se encuentra expresado como un criterio para determinar el poder de mercado de un operador económico en los literales a), c) y f) del artículo 8 de la LORCPM, a saber:

*“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: (...)*

*a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, [...]*

*c. La existencia de competidores, [...] y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.*

*f. La disputabilidad del mercado. [...]*”

– La existencia de barreras de entrada, permanencia o salida

Según la definición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) las barreras en derecho de competencia son:

<sup>25</sup> También debe tomarse en cuenta factores tales como el acceso a insumo, la existencia de una red de comercialización Ver Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ‘Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas’, No. Asunto 85/76 (n.d.).

<sup>26</sup> Comisión Europea (2013). Competition: Antitrust procedures in abuse of dominance Article 102 TFEU cases. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/procedures/article-102-investigations\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/procedures/article-102-investigations_en)

*“[...] los elementos que obstaculizan la entrada de nuevas empresas al mercado relevante. Evaluar la magnitud de las barreras a la entrada es importante, pues proporciona una perspectiva del grado de competencia potencial que pueden enfrentar las empresas que ya participan en el mercado.”<sup>27</sup>*

Dicho de otro modo, la identificación y evaluación de barreras es primordial para identificar presiones competitivas exógenas. Este ejercicio permite al equipo de investigación determinar la existencia de condiciones que favorecen la creación o reforzamiento de la posición dominante, dada la dificultad concurrente para permear un determinado mercado.

Existen algunas circunstancias que pueden considerarse como barreras y deben ser analizadas por el equipo de investigación de la SCPM, por ejemplo: barreras naturales (son inherentes al mercado investigado), barreras relacionadas con los costos hundidos, barreras creadas por la conducta de la(s) empresa(s) participante(s) en el mercado, barreras generadas por las regulaciones, barreras de entrada estructurales, legales o estratégicas<sup>28</sup>, etc.<sup>29</sup>

La existencia de barreras altas, retrasa y dificulta la entrada o expansión de operadores, facilitando el ejercicio del poder de mercado. Pues, él o los operadores dominantes, conscientes de la existencia de barreras altas, podrían incrementar el precio sin la amenaza de la entrada de competidores.

Por el contrario, ante la existencia de barreras bajas o irrelevantes, la competencia potencial es probable, lo que podría dificultar el ejercicio del poder de mercado. Ante el incremento del precio, es posible que ingresen nuevos operadores, haciendo que no sea rentable este incremento.

La SCPM identificará y evaluará el impacto de las barreras que se presenten en cada mercado. Por ejemplo, debido a economías de escala o externalidades de red que caracterizan a la provisión de un determinado bien o servicio, la entrada de nuevos operadores puede ser costosa y lenta, permitiendo a los operadores ya establecidos en el mercado a corto plazo actuar en ejercicio de su poder de mercado. Como resultado de esta situación, los operadores ya establecidos pueden adquirir ventajas económicas, por ejemplo: haber alcanzado economías de escala o alcance, tener acceso a insumos, el control de una facilidad esencial, una red de distribución, disfrutar de externalidades de red, la reputación de la marca, entre otras.

El análisis de barreras debe considerar la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada de nuevos operadores:

- Entrada Probable

El término "probable" refleja el hecho de que el análisis de entrada es, en cierta medida, inevitablemente especulativo dado que se refiere a la evolución futura del mercado (cualquier

<sup>27</sup> OCDE, 'Herramientas Para La Evaluación de La Competencia' II: 22. <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>.

<sup>28</sup> Jorge Tarzuján y Ricardo Paredes, "Organización Industrial para la estrategia empresarial". 3ra ed., Chile.

<sup>29</sup> Ibid., 25.

evidencia de casos pasados de entrada, o la ausencia del mismo, agregaría mayores elementos a dicho análisis prospectivo).

El establecimiento de precios supra competitivos puede atraer a nuevos competidores o a su vez incentivar a otros operadores ampliar su producción. Sin embargo, la probabilidad que la entrada se produzca depende principalmente de la rentabilidad que los posibles entrantes puedan obtener, según el análisis prospectivo que realicen. Por tanto, el equipo de investigación podrá tomar particularmente en cuenta los costos hundidos que debe asumir el entrante y los riesgos que su entrada puede ocasionar. Se considerará más probable que la entrada ocurra cuando los costos hundidos y los riesgos de la entrada sean bajos.<sup>30</sup>

De este modo, al evaluar la probabilidad de que un operador económico ingrese en un mercado, es necesario analizar tanto la evidencia histórica, como las condiciones estructurales del mercado con relación a la existencia de barreras y el tipo de barreras. La evidencia histórica no constituye por sí misma evidencia suficiente de la probabilidad de la entrada, pero es un indicio importante.

- Entrada oportuna

Para que la entrada sea considerada oportuna debe ocurrir en un periodo de tiempo suficientemente corto, capaz de disuadir o suprimir los efectos anticompetitivos producto del ejercicio del poder de mercado. Esto dependerá de las características y dinámica del mercado, así como las capacidades específicas de los competidores potenciales.<sup>31</sup> En este sentido, si bien se debe evaluar caso por caso, se considera que en un periodo menor a dos años puede, normalmente, considerarse como una entrada oportuna.

- Entrada suficiente

Una entrada es considerada suficiente si es realmente capaz de contrarrestar o disuadir los efectos anticompetitivos, es decir, la entrada debe ser suficiente para atraer a los consumidores y acaparar cierta proporción de las ventas del mercado, hasta el punto de disuadir a las empresas establecidas de cualquier intento de aumento de precios anticompetitivos. Por otro lado, la entrada no puede ser suficiente si la magnitud del negocio que el nuevo participante o participantes ingrese al mercado es tan pequeña o tan aislada que las empresas establecidas aún podrían elevar los precios de manera rentable a una porción significativa del mercado.<sup>32</sup>

En relación a lo expuesto, el artículo 8 de la LORCPM integra este criterio a fin de que sea analizado para determinar si un operador económico goza del poder de mercado, a saber:

---

<sup>30</sup> ICN.

<sup>31</sup> Comisión Europea, 2004

<sup>32</sup> Garza, Ortiz, Joergens, Caleiro, 2004

*“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: (...)*

*b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.”*

- El comportamiento reciente, la capacidad de fijar precios unilateralmente y la restricción de abastecimiento de mercado

Sin perjuicio de los elementos estructurales que permiten inferir la existencia de la posición de dominio, los equipos de investigación podrán tener en cuenta también elementos conductuales. Un indicio de la existencia del poder de mercado puede ser la evidencia del ejercicio de esta capacidad.

El poder de mercado está asociado a la capacidad que tiene un operador económico para fijar precios unilateralmente. Si en un determinado mercado relevante la competencia es escasa, ante la falta de opciones el operador puede incrementar los precios de forma rentable y constante. De forma análoga, un operador dominante en la compra puede imponer a sus proveedores la fijación de precios excesivamente bajos, ante la falta de compradores.

Con el ejercicio del poder de mercado, debido a la imposición de precios elevados, existen menos consumidores que acceden al bien o servicio; por lo mismo, el precio y la cantidad se encuentran correlacionadas positiva o negativamente dependiendo de la elasticidad de la demanda. Para ello, los equipos de investigación podrían tomar en cuenta los márgenes de ganancias.

Para este efecto, el órgano de investigación puede analizar entre otros elementos, los márgenes de ganancia, capacidad de otorgar un trato discriminatorio a clientes o proveedores, precios altos y sostenidos, así como otros indicadores que podrían permitir identificar el ejercicio del poder de mercado y, consecuentemente, la existencia de este poder.

Estos criterios se encuentran considerados en el art. 8 de la LORCPM, a saber:

*“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:*

*a. [...] su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.*

*e. Su comportamiento reciente.”*

- Otros factores relevantes: Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. La respectiva capacidad de clientes o proveedores de ejercer poder de mercado

Además de los elementos señalados, existen circunstancias particulares que también pueden ser tomadas en consideración para la determinación del poder de mercado, como las que se explican a continuación:

En determinados mercados, el acceso a un determinado insumo puede ser fundamental. Esto dependerá de la oferta de insumos necesarios para ofertar los bienes o servicios objeto de la investigación. En tales casos, si un competidor directa o indirectamente controla la totalidad o una parte sustancial de estos insumos tendría una importante ventaja con respecto a sus competidores.

Asimismo, el establecimiento de una red de distribución o comercialización, puede también suponer una importante ventaja en determinados mercados, por ejemplo, donde los clientes o puntos de venta son múltiples y están dispersos.

En determinados casos, el control sobre los insumos y medios de comercialización, puede otorgar al operador en cuestión apalancamiento frente a sus competidores que necesitan de los mismos. Pudiendo también existir la capacidad para generar un cierre anticompetitivo del mercado.

Por estas razones, la integración vertical de un operador es un elemento que debe tomarse en cuenta, a fin de identificar si la misma le confiere una ventaja que le permite tener poder de mercado. De igual manera, es también importante el acceso preferencial que puedan tener los operadores económicos de un determinado insumo.

En determinadas ocasiones, la existencia de un operador dominante en el mercado de insumos o entre los clientes, puede también ser relevante. Cuando la existencia de un proveedor o cliente dominante en su mercado, debido a su poder de negociación, impide el ejercicio del poder de mercado del operador bajo análisis, esta circunstancia podría permitir descartar la existencia de dominancia.

No obstante, para esta determinación, tal circunstancia debe también impedir que ejerza poder de mercado respecto a los demás proveedores y clientes del mercado.

Estas circunstancias están previstas en el artículo 8 de la LORCPM:

*“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: [...]*

*c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.*

d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.”

## 6. CONDUCTAS DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO (ELEMENTO CONDUCTUAL)

### 6.1 Tipos de conductas

La LORCPM en su artículo 9 recoge y expone una lista ejemplificativa no taxativa de qué conductas “en particular” constituyen abuso del poder de mercado. Realizando un análisis de los 23 numerales descritos en el artículo 9, podemos concluir que existen conductas explotativas y exclusorias<sup>33</sup>, las cuales pueden ser consideradas como las “infracciones macro” del abuso del poder de mercado.

Previo a entrar en materia, se debe comprender que, dentro de esta lista ejemplificativa, debido a la redacción utilizada por el legislador, existen varias conductas que pueden constituir dos o más conductas exclusorias o explotativas a la vez, como lo son las descritas en los numerales: 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, las cuales podrían ser consideradas como un tipo de cláusulas generales prohibitivas.

De igual manera, dentro de las conductas exclusorias, en específico, también encontramos numerales que pueden constituir dos o más infracciones a la vez como las descritas en los numerales: 1, 4, 6, 11, 15, 19 y 22. Por su parte, en las conductas explotativas también se da este fenómeno en los numerales: 1, 4, 6, 15 y 22.

Por lo cual, una conducta puede constituir varios tipos de abuso del poder del mercado, ya sea por conductas explotativas o exclusorias, descritas en diversos numerales del artículo 9 de la LORCPM.

Para un mejor entendimiento procederemos a analizar qué se considera como una conducta explotativa o exclusoria, sus principales tipos, y, posteriormente, explicaremos los numerales del artículo 9 que corresponda a este tipo de conductas, con su “*landmark case*” que haya tratado el caso en específico.

### 6.2 Conductas exclusorias o explotativas en general

Como fue expuesto, *ut supra*, existen ejemplos prescritos en los numerales del artículo 9 de la LORCPM que pueden constituir varias conductas de abuso del poder de mercado a la vez y se pueden considerar como cláusulas generales prohibitivas. En el presente apartado, por efectos prácticos,

---

<sup>33</sup> La doctrina también trata a las conductas discriminatorias ya que las mismas serían recogidas en el artículo 102 (c) del TFUE. Asimismo, en la LORCPM se encontrarían ejemplificadas en los numerales 6 y 7 del artículo 9. Sin embargo, este tipo de conductas se las considera como parte de la exclusión en general.

simultáneamente se analizarán los numerales que corresponden a conductas que pueden ser consideradas como explotativas o exclusorias. Se debe tener en cuenta que en la práctica un abuso del poder de mercado se puede dar o por conductas explotativas o por conductas exclusorias.

Dentro de las conductas exclusorias o explotativas en general como cláusulas generales prohibitivas encontramos a los numerales 1, 15 y 22. Estos numerales prescriben:

*“[...] 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.*

*“[...] 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.”*

*“[...] 22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”*

El legislador al haber utilizado, como técnica legislativa, un pronombre demostrativo abierto como “aquellas” o, un artículo determinado plural como “las” dio paso a que cualquier conducta pueda ser considerada como un abuso del poder de mercado; es decir, implementó una cláusula general prohibitiva que sería parte del desarrollo de listas ejemplificativas.

Esto tiene un claro antecedente histórico, por tanto, qué mejor forma de comenzar nuestro análisis haciendo referencia al caso que dio inicio en el derecho de competencia a las cláusulas generales prohibitivas o listas ejemplificativas no taxativas en abuso del poder de mercado: *Continental Can*.

❖ **Europemballage Corp and Continental Co Inc V Commission**

Continental Can era una compañía que manufacturaba empaques de metal, la cual adquirió un porcentaje mayoritario de acciones de otra compañía que también fabricaba latas o empaques de metal, formando, en la práctica, una única empresa: Europemballage, empresa que a su vez adquirió a otra manufacturera conocida como TDV. La Comisión Europea declaró que esta fusión constituía un abuso del poder de mercado conforme lo prescrito en el artículo 86, (ahora artículo 102 del TFUE). Ya que Continental Can ostentaba posición de dominio en el mercado de embalaje ligero de distintos productos y, que a través de Europemballage con la adquisición de TDV, Continental Can había abusado de su posición de dominio al prácticamente eliminar toda la competencia. El caso llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde dictaminó lo siguiente:

*“[...] Considerando que el requisito impuesto por el artículo 86, según el cual la explotación de una posición dominante ha de haberse ejercido de manera abusiva para estar prohibida, debe interpretarse a la luz de estas consideraciones; que esta disposición enumera determinadas prácticas abusivas que prohíbe; que se trata de una enumeración a título de ejemplo que no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado; que, por otra parte, según las letras c) y d) del apartado 2, esta disposición no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio*

*inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva, como la que menciona la letra f) del artículo 3 del Tratado; que por lo tanto puede constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce dicha posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia, es decir, deje subsistir únicamente a las empresas cuyo comportamiento dependa de la empresa dominante.”<sup>34</sup> (Énfasis añadido).*

La importancia del caso radica en que a partir de este precedente quedó establecido en la Unión Europea que el artículo 86 (actual artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFEU por sus siglas en inglés) contiene una lista ejemplificativa no taxativa de conductas consideradas como abuso del poder de mercado y se pudo sancionar a una fusión, pese a que esta conducta no estuvo prescrita como una forma de abuso en el artículo 86. Análisis y legados históricos que llegaron a nuestra legislación a través de los numerales 1 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

Por tanto, la SCPM, gracias a la cláusula general del artículo 9, así como, a los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, una vez que lleve a cabo su análisis respectivo y corrobore que existen los elementos estructurales para considerar la existencia del poder de mercado, procederá a analizar los elementos conductuales y, una vez que la falta de una justificación objetiva, los efectos adversos a la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, sean demostrados, podrá determinar con base en una lista no taxativa la existencia de una conducta exclusoria o explotativa como abuso del poder de mercado.

Una vez que se ha realizado la puntualización de las conductas exclusorias y explotativas en general se procederá a determinar lo que se considera como conductas exclusorias.

### 6.2.1 Conductas exclusorias

Lo que se entiende como conductas exclusorias fue definido en el célebre caso *Hoffmann-Laroche*<sup>35</sup> en 1979, en donde el entonces Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó:

*“[...]que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos,*

<sup>34</sup> Caso 6/72, Europemballage Corp and Continental Co Inc V Commission [1973] ECR 215, párrafo 26.

<sup>35</sup> Si bien “Continental Can Co Inc” fue el primer caso en tratar abuso de poder de mercado, el caso de Hoffmann-La Roche es de excepcional importancia por la definición que dio a las conductas exclusorias y por ser el punto de partida del desarrollo de dichas conductas en la jurisprudencia de la Unión Europea; este caso ha sido tomado como referencias en varias ocasiones a lo largo de las décadas. *Vid:* Caso C-62/86, AKZO Chemie BV v Commission [1991]; Caso C-202/07 P, France Télécom v Commission [2009]; Caso C-280/08 P, Deutsche Telekom [2010]; Caso C-52/09, TeliaSonera [2011]; Caso C-549/10P, Tomra Systems ASA v European Commission [2012].

*el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.”<sup>36</sup>*

Podemos analizar que una conducta exclusoria se puede materializar con los siguientes elementos: i) sea ejercitada por un operador con posición de dominio, ii) a través de cualquier actividad, iii) que pueda influir en el mercado y, iv) obstaculice por medios diferentes a la competencia en los méritos el desarrollo de la competencia.

Es decir, aplicando a nuestra realidad, una conducta exclusoria puede ser definida como: cualquier conducta, ajena a la competitividad o eficiencia, realizada por un operador económico que ostente poder de mercado que, efectiva o potencialmente<sup>37</sup>, afecte a la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general; ya sea, impidiendo la entrada, dificultando la permanencia de competidores o eliminando su competencia en un mercado relevante determinado.

Una vez que ha quedado claro lo que se considera como conductas exclusorias, analizando los numerales del artículo 9 encontramos que existen varias modalidades de exclusión, entre las principales: i) exclusión con base en la concentración de los medios de producción o comercialización, ii) condiciones discriminatorias, iii) venta condicionada o atada injustificadas, iv) restricciones verticales, v) negativas injustificadas, vi) condiciones de exclusividad, vii) negativa de acceso a facilidades esenciales, viii) descuentos condicionados, ix) subsidios cruzados, x) influencia en terceros a limitar, impedir la compra, venta o entrega de bienes o servicios y xi) abuso de derecho.

En este punto es menester recordar que en abuso del poder de mercado no existen conductas anticompetitivas por su objeto, por tanto, es obligación de la SCPM comprobar los efectos nocivos o la potencial afectación de dichas conductas ya sea a la competencia, eficiencia económica o bienestar general.

En la presente guía, brevemente, se abordarán las más representativas.

- Exclusión con base a la concentración de los medios de producción

Esta modalidad de exclusión está prescrita en los numerales: 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, en específico, esta establece:

*“[...] 3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.”*

<sup>36</sup> Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461, párrafo 91.

<sup>37</sup> La potencialidad de las conductas de abuso del poder de mercado pueden ser apreciadas tanto en el artículo 1 de la LORCPM, cuando este hace referencia a la “prevención” como un objetivo de la LORCPM; así como, en el numeral 1) del artículo 9, en donde expresamente se hace referencia a los potenciales detrimentos que pueden tener las conductas de abuso del poder del mercado.

La diferencia clave para no considerar a esta una forma “general” de abuso del poder de mercado exclusorio como sí ocurre con los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, es que este tipo de exclusión ocurre con base “en la concentración de los medios de producción o comercialización”, condiciones que no se tienen en todos los mercados. La conducta descrita en este numeral no ha sido recogida en otras legislaciones de competencia como la española, colombiana o peruana.

La concentración de un mercado es determinada por indicadores objetivos como el Índice Herfindahl-Hirschman<sup>38</sup>, en donde si luego de un análisis de cuotas de participación de los operadores económicos participantes en el mercado relevante, da como resultado un valor superior a los 2500 puntos nos encontraríamos ante un mercado “muy concentrado” donde, consecuentemente, podría presumirse la concentración de factores necesarios destinados a intervenir en procesos productivos (medios de producción) o de comercialización. Este tipo de concentraciones se da en mercados donde no existen muchos actores como son los casos de: monopolios, duopolios u oligopolios, es decir, donde pocos operadores económicos “concentran” los medios de producción o comercialización.

Uno de los casos más representativos en el que se analizó exclusión en un mercado altamente concentrado fue el caso Tetra Pak II<sup>39</sup>, en donde, se analizaron distintas formas de exclusión como precios predatorios, ventas atadas, cláusulas de exclusividad. Se determinó que el operador económico era dominante y que este ostentaba de una cuota de participación de hasta el 90% en uno de los mercados relevantes donde había incurrido en las conductas exclusorias;<sup>40</sup> es decir, un mercado, a toda luz, concentrado.

– Condiciones discriminatorias<sup>41</sup>

La modalidad de exclusión a través de discriminación de precios está prescrita en los numerales: 1, 4, 6, 7, 15 y 22 del artículo 9, en donde, en específico, se expone:

*“[...] 4.- La fijación de precios predatorios o explotativos.”*

*“[...] 6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.”*

*“[...] 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.”*

El numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM está basado directamente en el literal c) del artículo 102 del TFEU. La aplicación en relaciones comerciales de “condiciones desiguales para prestaciones

<sup>38</sup> Otros indicadores que pueden ser usados para determinar la concentración de un mercado son: El Índice de Dominancia de Stenbacka, Índice de Linda, Índice de Hovarth, Índice de Hart y Prais, entre otros.

<sup>39</sup> Otros casos en los que se han analizado mercados altamente concentrados son: Caso C-395 Compagnie Maritime Belge Transportation Sa V Commission [2000]. Caso T-201/04 Microsoft [2007].

<sup>40</sup> Vid: Caso C-333/94 P, Tetra Pak II [1996], párrafo 28.

<sup>41</sup> Si bien doctrinariamente autores como Wish, Bailey, Lianos, Leslie, Vahessian y Mesa, entre otros, tratan a las condiciones discriminatorias como un tipo de conducta propio y distinto a las conductas explotativas o exclusorias, para efectos didácticos en esta Guía se las tratará como conductas exclusorias o explotativas, dado que su fin último es excluir del mercado o explotar a un cliente/consumidor.

*equivalentes*” es uno de los puntos complejos que hay dentro del Derecho de Competencia, ya que los operadores económicos, normalmente, discriminan, entre sus clientes y consumidores, y por regla general si la discriminación es objetiva y justificada no es una conducta anticompetitiva que pueda llevar a la exclusión.

La jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado un set de cinco asuntos que deben ser resueltos para determinar si existe o no abuso del poder de mercado en estos casos, los mismos son:

- Determinar si el investigado tiene o no poder de mercado.
- Determinar si el dominante ha realizado o no transacciones equivalentes con otras partes.
- Determinar si el dominante es culpable o no de aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.
- Determinar si dicha discriminación puede o no colocar a competidores en una desventaja.
- Determinar si existe una justificación objetiva para la discriminación.<sup>42</sup>

Dentro del numeral 7, al aplicar *“condiciones desiguales para prestaciones equivalentes”* podemos encontrar a la discriminación de precios y, dentro de ésta, como una modalidad en específico a los descuentos condicionados, ventas atadas e incluso precios predatorios, ya que todos estos tienen cierto grado de discriminación o *“condiciones desiguales para prestaciones equivalentes”*. Sin embargo, para efectos prácticos en la presente guía en este apartado se analizará a precios predatorios, mientras que al resto de conductas en las secciones de cláusulas de exclusividad y venta condicionada.

Dentro de nuestra legislación la conducta de abuso del poder de mercado por exclusión, modalidad de discriminación de precios, tendría dos ejemplos en concreto: la fijación de precios predatorios y la discriminación injustificada de precios.

Los precios predatorios es uno de los puntos más analizados dentro del Derecho de Competencia. La teoría tras esta forma de exclusión es aparentemente sencilla: un operador dominante fija los precios de sus productos “tan bajos” que, como resultado, competidores, igualmente eficientes, no pueden competir con dichos precios y son excluidos del mercado, una vez que el operador es excluido, el incumbente elevaría los precios a niveles supra competitivos recuperando las pérdidas incurridas momentáneamente. Asimismo, este tipo de conducta crearía una barrera de entrada artificial para operadores económicos que quieran ingresar al mercado, dependiendo de la estructura del mismo, ya que no podrían recuperar sus costos hundidos. Sin embargo, qué se entiende por precios “bajos” o “tan bajos” la respuesta dependerá del test que se use para resolver esta interrogante.

---

<sup>42</sup> Vid: Caso 27/76 United Brands v Commission [1978]; Caso T-228/97 Irish Sugar plc V Commission [1999]; Caso T-301/04 Clearstream Banking Ag Commission [2009]; Caso 85/76 Hoffmann La Roche v Commission [1979]; Caso C-163/99 Portugal v Commission [2001].

Existen diferentes test para determinar si un precio puede o no ser predatorio, los más relevantes son los basados en los costos, dentro de estos tenemos al primer test desarrollado: el *Areeda-Turner Test*<sup>43</sup> en el cual se presume que los precios son predatorios, si estos están por debajo del costo marginal. Dicho test fue usado por la Comisión Europea en el caso Akzo<sup>44</sup>. Sin embargo, el dictamen de la Comisión fue apelado y al momento de decidir, la Corte de Justicia, dictaminó:

*“71 Los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte al menos de los costes variables correspondientes a la unidad producida.*

*72 Por otra parte, los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir de la competencia que se les hace.”<sup>45</sup>*

De esta manera, se creó el *Test Akzo* que determina: i) si un precio está por debajo del costo promedio variable es evidencia de precios predatorios, ii) si un precio está por encima del costo promedio variable pero por debajo del costo promedio total, existe una presunción de precios predatorios y, iii) si los precios son superiores al costo variable total no existen precios predatorios. Posteriormente, la Comisión Europea<sup>46</sup> añadió el “test del sacrificio”<sup>47</sup> que también puede ser utilizado para determinar la existencia o no de precios predatorios.

Con estos test lo que se ha buscado es realizar un análisis más apegado a evidencia empírica y poder determinar objetivamente si esta conducta puede o no ser exclusiva.

---

<sup>43</sup> Para más información sobre este test *vid*: Areeda, P., & Turner, D. (1975). Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. Harvard Law Review, 88(4), 697-733. doi:10.2307/1340237

<sup>44</sup> Vid: ECS/AKZO [1985] OJ L374/1

<sup>45</sup> Caso C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991], párrafos: 71 y 72.

<sup>46</sup> Vid: Comisión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea C 45/7 [2009].

<sup>47</sup> Vid párrafo 64: La Comisión considerará que conducta entraña un sacrificio si la empresa dominante, al aplicar un precio más bajo a toda o a una determinada parte de su producción durante el período de referencia o al aumentar su producción durante el período de referencia, incurrió o está incurriendo en pérdidas que podrían haberse evitado. La Comisión tomará el AAC como punto de partida apropiado para evaluar si la empresa dominante incurre o incurrió en pérdidas evitables.

- Venta condicionada o atada, injustificadas

Por su parte, esta forma de exclusión ha sido recogida en los numerales: 1, 8, 15 y 22 del artículo 9, señalando en concreto:

*“[...] 8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.”*

La venta condicionada como una modalidad de abuso del poder de mercado se da cuando un operador, que ostenta poder de mercado en un mercado relevante A, suministra dicho producto o servicio A con la condición de que se adquiriera un producto o servicio B, en el que no es dominante; o, el operador económico solo suministre el producto o servicio A y B juntos, siendo imposible la adquisición de uno por separado.<sup>48</sup>

La objeción principal a este tipo de conducta radica en el apalancamiento del poder de mercado que pueda realizar el operador dominante de un mercado al otro. Ya que, el operador dominante en el mercado relevante A puede usar su poder de mercado con el fin de apalancarse en el mercado B, mercado en el que no tenía poder de mercado previamente, excluyendo a rivales.

Los casos por excelencia sobre este tipo de conductas son los de la saga Microsoft en la Unión Europea. Lo más relevante de esta saga fue lo desarrollado por la Comisión Europea y sostenido por la Corte.

La Comisión determinó que para la existencia de una conducta por abuso del poder de mercado por venta atada deben concurrir los siguientes elementos de manera cumulativa: i) el que se atenen dos productos diferentes, ii) que el operador que ata dichos productos sea dominante en el producto al que se está atando, iii) el operador económico no está dando una alternativa a sus clientes para obtener el producto sin el producto atado, iv) que restrinja la competencia; y, v) que no exista una justificación objetiva de la conducta en el fallo.<sup>49</sup>

- Restricciones verticales

Las restricciones verticales pueden considerarse como limitaciones de un operador económico que opera en las diferentes etapas de la producción de un producto o de su cadena de valor. Para que dicha restricción sea considerada como abuso del poder de mercado, la misma debe ser realizada por un operador económico que ostente dicha posición y que la limitación sea una conducta que efectiva o potencialmente tenga efectos exclusorios, condiciones que deben ser corroboradas por la autoridad de competencia.

Dentro de las restricciones verticales, generalmente, encontramos a negativas injustificadas, cláusulas de exclusividad, facilidades esenciales, descuentos condicionales, entre otros. Sin embargo, por

---

<sup>48</sup> Para mayor información sobre lo que es la venta atada o condicionada *vid:* Comisión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea C 45/7 [2009], párrafos: 48-62.

<sup>49</sup> Vid: Comisión de la Unión Europea, Decisión Microsoft COM/P37.792, párrafo 794. Caso T201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601.

efectos prácticos, y dada su importancia individual, cada una de esas modalidades de abuso del poder del mercado será analizada por separado.

- o Negativa injustificada

La presente modalidad de exclusión ha sido abordada en la LORCPM en los numerales: 1, 9, 15 y 22 del artículo 9, señalando en específico:

*“[...] 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.”*

Este numeral ha sido tomado del literal c) del artículo 2.2. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España.

De manera general, la negativa injustificada como abuso del poder de mercado se da cuando el operador económico dominante se reserva productos o servicios para sí (para su filial) o para un tercero (distribuidor autorizado) negándose, injustificadamente, a comercializar con otros operadores económicos y de esta manera impidiendo, restringiendo o falseando la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general.

En estos casos se debe tener en consideración que la negativa sea injustificada y que la misma se dé sobre un producto o servicio que sea esencial para que la empresa competidora pueda prestar el servicio en cuestión.

- o Condiciones de exclusividad

Las condiciones de exclusividad tal vez sea una de las modalidades de exclusión más dinámicas y cambiantes que existen y en nuestra legislación han sido recogidas en los numerales: 1, 11, 15, 19 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, la cual, refiriéndose a los casos en concreto, prescribe:

*“[...] 11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.”*

*“[...] 19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.”*

Una condición de exclusividad puede ser definida como un arreglo entre operadores económicos mediante el cual uno de estos deberá obtener todo o gran parte de su stock de un proveedor con poder de mercado en específico.<sup>50</sup> Asimismo, una condición de exclusividad también se puede dar de

---

<sup>50</sup> Para mayor información sobre lo que son cláusulas de exclusividad vid: Comisión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea C 45/7 [2009], párrafos: 33-36.

*facto*<sup>51</sup> y estas son analizadas aplicando el principio de primacía de la realidad, prescrito en el artículo 3 de la LORCPM.

El problema de las cláusulas de exclusividad, establecidas por operadores económicos dominantes, es el siguiente: una cláusula de exclusividad, ya sea explícita o *de facto*, impide que los clientes del dominante obtengan productos de competidores de este, por tanto, la competencia del dominante, a la larga, va a ser excluida del mercado.

Tal vez el caso más emblemático, sobre exclusividad, y sobre el cual se ha desarrollado la teoría, fue *Hoffmann La Roche*, en este el Tribunal de Justicia dictaminó:

*“Considerando que, para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores —aunque sea a instancia de estos— mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más, como si es la contrapartida de la concesión de descuentos; que lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos por fidelidad, es decir, de bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades —cualquiera que sea el importe, grande o pequeño, de sus compras— exclusivamente en la empresa que está en posición dominante;”<sup>52</sup> (Énfasis añadido).*

En este párrafo podemos observar lo que para el Tribunal de Justicia son las cláusulas de exclusividad explícitas, así como, las *de facto*. Para que una cláusula de exclusividad sea considerada como abuso del poder de mercado, la autoridad de competencia deberá, al igual que con todas las otras conductas, corroborar los efectos exclusorios ocurridos en el mercado relevante determinado.

- Negativa a acceso de facilidades esenciales

Esta modalidad de exclusión fue recogida en los numerales: 1, 14, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM

*“[...] 14.- La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.”*

La negativa de acceso a una facilidad esencial es un concepto desarrollado por la jurisprudencia estadounidense y de la Unión Europea. Este concepto ha sido tipificado directamente por nuestra legislación.

<sup>51</sup> Una exclusividad *de facto* se da cuando no hay una estipulación expresa sobre exclusividad entre las partes pero sus resultados o efectos económicos son los mismos de las cláusulas de exclusividad.

<sup>52</sup> Caso 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission* [1979] ECR 461, párrafo 89.

Este tipo de restricción vertical se da cuando un operador económico dominante, que está aguas arriba y puede o no estar integrado verticalmente, niega el acceso a un producto o servicio esencial para un operador económico aguas abajo, producto o servicio sin el cual no podría competir o replicarla sea en extremo onerosa. Para que se configure el elemento conductual de esta forma de exclusión el producto o servicio denegado debe ser esencial. Qué se entiende como esencial ha sido desarrollado por la Comisión Europea y vastamente discutido en sus cortes.

Por un lado la Comisión Considera que:

*“[...] si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado. [...] Se considerará más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación.”<sup>53</sup>*

Por su parte, la Corte de Justicia de la Unión Europea en el Caso *Oscar Bronner* estableció una serie de factores que deben concurrir para que la denegación sea considerada como abusiva, a saber:

- Es probable que la negativa elimine toda la competencia en el mercado descendente.
- La negativa no tiene una justificación objetiva.
- El acceso al producto negado debe ser indispensable para el ejercicio de la actividad.
- No debe existir actuales o potenciales sustitutos al producto negado.<sup>54</sup>

El que el producto o servicio sea considerado como esencial es de mucha importancia, ya que la autoridad de competencia al dirimir en este tipo de casos requerirá al infractor que termine con la negativa de acceso, lo cual, es una limitante al principio de libre contratación que tiene todo operador económico.

- o Descuentos condicionados

También conocidos como rebates, esta forma de exclusión está prescrita en los numerales: 1, 15, 16 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, la cual haciendo referencia específica a los mismos ha establecido:

*“[...] 16.- Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.”*

<sup>53</sup> Comisión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea C 45/7 [2009], párrafo: 84.

<sup>54</sup> Caso C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint* [1998] ECR I-7791, párrafo 41: “Por ello, aun suponiendo que esta jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sea aplicable al ejercicio de un derecho de propiedad de otro tipo, para que la sentencia Magill pueda ser invocada con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de este, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio.” (Énfasis añadido).

Por regla general, los descuentos son pro-competitivos y beneficiosos para los consumidores, quienes se beneficiarán de precios más bajos. Sin embargo, esto cambia al momento que dichos descuentos son utilizados por operadores económicos con poder de mercado para excluir a competidores igualmente eficientes. Los descuentos condicionados son descuentos o reembolsos entregados, retroactivamente o no, cuando ciertas condiciones son cumplidas. Estas condiciones pueden variar y entre las principales, generalmente, destacan: compras mínimas o mantener un porcentaje de visibilidad en percha entre otros.

*Pero, ¿cómo podría un operador económico con poder de mercado excluir a sus competidores a través de la entrega de descuentos? Pues, la respuesta dependerá del tipo<sup>55</sup> de descuento aplicado, la duración y los efectos que estos hayan tenido en sus distribuidores. Mientras más alto sea el descuento, más alto el umbral a ser alcanzado para adquirirlo, más alto va a ser el incentivo o presión del distribuidor en cumplir cierto umbral de compra para obtener el descuento. La presión por obtener dicho descuento es lo que condiciona al distribuidor a que adquiera un producto solo del operador dominante y no de su competencia, lo cual pudiese configurar una exclusividad *de facto*.*

Al momento de analizar si los descuentos efectivamente fueron o no exclusorios es importante tener en cuenta si estos están bajo los costos de producción o si podían o no ser replicados o aplicados por competidores igualmente eficientes, estos análisis se los hace analizando información de los costos de los operadores económicos que se desenvuelven en el mercado relevante determinado.

#### – Abuso de derecho

Dentro del artículo 9 de la LORCPM se tipifican dos modalidades de abuso de derecho: i) el abuso de derecho de propiedad intelectual y ii) la implementación injustificada de acciones legales injustificadas. En la presente se analizará la implementación injustificada de acciones legales en conjunto con el abuso de derecho de propiedad intelectual.

Esta modalidad de exclusión está prescrita en nuestra legislación en los numerales: 1, 15, 17, 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, señalando:

*“[...] 17.- El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.*

*[...] 18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.”*

El derecho de acción o petición es una máxima que tienen todas las personas naturales y jurídicas en los Estados de Derecho. Este derecho está garantizado en la Constitución de la República del Ecuador

---

<sup>55</sup> Entre los principales tipos de descuentos encontramos: de cantidad; fidelidad, lealtad o exclusividad; de objetivo, retroactivos; por volumen; selectivos, entre otros.

en su artículo 66 numeral 23 y artículo 75, siendo parte constitutiva de la Tutela Judicial Efectiva; y, asimismo, es una garantía jurisdiccional conforme el artículo 86 de la Constitución. Sin embargo, el derecho de acción no es absoluto<sup>56</sup> y operadores económicos, con poder de mercado, que abusen de este pueden incurrir en una conducta exclusoria.

Uno de los casos más importantes al respecto es el *ITT Promedia*, y que fue analizado por esta Intendencia en la Resolución SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2019<sup>57</sup>, en este el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó:

*“30 [...] el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que una empresa que tiene posición dominante ejercite acciones judiciales i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, sólo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia.*

*60. Antes de emprender el examen de los motivos es preciso llamar la atención sobre tres elementos. En primer lugar, debe subrayarse, como lo ha hecho con acierto la Comisión, que la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales [...] Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.*

*61. A continuación debe señalarse que, al constituir una excepción al principio general de tutela judicial que garantiza el respeto del Derecho, los dos criterios acumulativos deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general [...].”<sup>58</sup>*

De esta manera, se establecieron los criterios cumulativos que deben encontrarse en este tipo de casos para que el abuso de derecho sea considerado como una modalidad de exclusión.

En el Ecuador, al momento, el único caso en el que se ha sancionado el abuso de derecho, modalidad abuso de derecho de propiedad intelectual, ocurrió en la Resolución No. MIPRO-001-2011 el 06 de abril de 2011, previo a la vigencia de la LORCPM. Asimismo, el Tribunal de la Comunidad Andina de Justicia, en su Interpretación Prejudicial en el Proceso 02-IP-2019, describió a esta modalidad como litigación predatoria siendo este *“un mecanismo eficaz utilizado para lograr la exclusión de los competidores del*

<sup>56</sup> Corte Constitucional. Sentencia N.° 036-15-SEP-CC CASO N.° 0508-13-EP. “Sin embargo, es preciso puntualizar que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley. En este sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también por la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en pronunciamientos anteriores.” (Énfasis añadido).

<sup>57</sup> Disponible en: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/resoluciones-de-archivo-dnicapm-2020/>

<sup>58</sup> Caso T-111/96, *ITT Promedia v EC Commission* [1998], párrafo 30, 60 y 61.

*mercado, o para retardar su entrada a él, a través del uso indebido de procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios.”<sup>59</sup>*

*¿Cómo se puede dar la exclusión de un competidor a través del uso abusivo de acciones legales injustificadas? Pues, con la concurrencia de los criterios recogidos y, ya que, a través de esta forma de exclusión, generalmente, ocurre un alza, para el operador económico, en los costos, producto de la defensa de dichas acciones.<sup>60</sup>*

## 6.2.2 Conductas explotativas

Las conductas explotativas como una modalidad de abuso del poder de mercado, han sido principalmente desarrolladas en la jurisprudencia de la Comunidad Europea, en el *landmark case United Brands* la Corte de Justicia declaró:

*“250 que en el presente caso se ha calificado de abuso el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada;*

*251 que la exageración en el precio podría apreciarse objetivamente si fuera posible medirla comparando el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio pero que no llevó a cabo sin embargo la Comisión, que no analizó la estructura de costes de UBC;*

*252 que se trataría entonces, de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido y, en caso afirmativo, examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con los productos competidores<sup>61</sup>;*”

En estos pocos párrafos, la Corte de Justicia sentó lo que, hasta ahora, sería la discusión sobre qué es el abuso del poder de mercado por conductas explotativas, así como, el análisis económico que debe realizarse para poder determinar dicha explotación.<sup>62</sup>

Pese a que las conductas explotativas han sido ampliamente debatidas y analizadas en la Unión Europea, lo propio no ocurre en los Estados Unidos. En la jurisdicción de este país no existe un abuso por conductas explotativas o precios excesivos ya que la *Sherman Antitrust Act* en su apartado segundo sanciona el monopolizar o el intento de monopolizar el comercio entre estados y no a la implementación de conductas explotativas *per se*.

<sup>59</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial en el Proceso 02-IP-2019 [2019], página 27, párrafo 6.8.

<sup>60</sup> Ibid, página 30, párrafo, párrafo 6.1.6.

<sup>61</sup> Caso 27/76, *United Brands v Commission* [1978], párrafos 250-252.

<sup>62</sup> En *United Brands* se estableció que dicha prueba debía constituir de dos factores: i) precio excesivo y, ii) si el precio es “injusto” en sí mismo comparado con otros productos.

Ahora, volviendo a nuestra legislación las conductas explotativas, en general, como se expuso en apartados anteriores, han sido recogidas en los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM y a éstas se las puede entender como: cualquier conducta, ajena a la competencia o eficiencia, realizada por un operador que ostente poder de mercado, mediante la cual explote a sus clientes o consumidores. Dichas conductas se dan principalmente a través de precios excesivos.

Con el entendimiento de qué se considera como una conducta explotativa, podemos analizar que en el artículo 9 de la LORCPM encontramos algunas modalidades de estas, a saber: i) extracción injustificada del excedente del consumidor, ii) discriminación injustificada de precios y, iii) alteración injustificada de niveles de producción o comercialización.

Finalmente, es menester recordar que la carga de la prueba para determinar la existencia o no de “explotación” corresponderá a la autoridad de competencia. Procederemos a ejemplificar las conductas explotativas más representativas dentro del derecho de competencia.

– Extracción injustificada del excedente del consumidor

La extracción injustificada del excedente del consumidor, en teoría, podría recoger cualquier forma de explotación, ya que, a través de la imposición de precios explotativos también da como resultado la extracción del excedente de consumidores.

La modalidad de explotación, a través de la extracción injustificada de excedente del consumidor, está prescrita en los numerales: 1, 2, 15 y 22 del artículo 9, en donde, en específico, se expone:

*“[...] 2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.”*

El excedente del consumidor es el beneficio o utilidad que un consumidor obtiene de un bien y su precio. Si la valoración de un bien por parte del consumidor es mayor al precio que estos están pagando por el bien, entonces, reciben un beneficio. Por tanto, el excedente del consumidor será la diferencia entre lo que el consumidor está dispuesto a pagar y cuánto efectivamente paga por dicho bien.

La suma del excedente del consumidor con el excedente del productor<sup>63</sup> es lo que se conoce como el bienestar total, en términos económicos.

Esta diferencia entre lo que un consumidor pagó versus lo que hubiese pagado es lo que se tiene prohibido “extraer injustificadamente”, los operadores económicos dominantes, la modalidad más común de lograr dicha extracción es a través de la discriminación injustificada de precios.

---

<sup>63</sup> Se entiende por excedente del productor es el ingreso en exceso que recibe un productor de lo que necesitaría para suministrar una unidad de producción. *Vid:* Katz y Rosen [1998].

- Discriminación injustificada de precios

La modalidad de explotación a través de discriminación de precios está prescrita en los numerales: 1, 4, 6, 15 y 22 del artículo 9, donde, en específico, se expone:

*"[...] 4.- La fijación de precios predatorios o explotativos."*

Dentro de la discriminación de precios, se puede considerar como una modalidad en específico a los precios explotativos:

*"[...] 6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios."*

Como se analizó anteriormente, una forma de discriminación injustificada se da través de la fijación de precios explotativos. Ahora, ¿qué se entiende como precio explotativo? Este concepto ya fue analizado en la Unión Europea hace más de 40 años en el *landmark case United Brands*, en este caso la Corte de Justicia de la Unión Europea dictaminó:

*"[...] que en el presente caso se ha calificado de abuso el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada;*

*que la exageración en el precio podría apreciarse objetivamente si fuera posible medirla comparando el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio pero que no llevó a cabo sin embargo la Comisión, que no analizó la estructura de costes de UBC;*

*que se trataría entonces, de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido y, en caso afirmativo, examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con los productos competidores;"<sup>64</sup>*

Con este precedente, el Tribunal estableció un test con base en condiciones cumulativas, que al momento se sigue usando, el cual determina las condiciones únicas de cada caso en concreto, que nos encontraremos ante precios explotativos si:

- El precio es excesivo y,
- El precio es injusto en sí mismo o cuando se lo compara con productos equivalentes de competidores.

Finalmente, pese a que se ha establecido un test para eliminar la discrecionalidad al momento de analizar casos de precios explotativos estamos conscientes que es un tema controvertido en el derecho de competencia, en el cual la autoridad analizará caso por caso verificando los efectos acaecidos en el mercado y al bienestar general.

---

<sup>64</sup> Caso 27/76 *United Brands v Commission* [1978], párrafos: 250-252.

**PARA CONSULTAS O DUDAS SOBRE LA GUÍA DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, SE PUEDE CONTACTAR CON LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, A TRAVÉS DE LOS SIGUIENTES CANALES**



Ventanilla  
virtual

**Ventanilla virtual** de  
la Secretaría General  
de la SCPM



Página web institucional  
**scpm.gob.ec**



Solicitud (oficio) en  
la **ventanilla física**  
a nivel nacional

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Libros y publicaciones

Areeda, P., Turner, D. "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act". *Harvard Law Review*, 88(4), 1975.

Competition Bureau, Canadá. (2011) Merger Enforcement Guidelines.

Davis, P.; Garcés, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Nueva Jersey: Princeton University Press, 2009.

International Competition Network. ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup. Project on Merger Guidelines. "Report for the third ICN annual conference in Seoul", 2004. Recuperado de [https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/0dbf044c328147544d9dac3d9943064a.pdf/amg\\_chap1\\_overview.pdf](https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/0dbf044c328147544d9dac3d9943064a.pdf/amg_chap1_overview.pdf)

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). "Herramientas para la Evaluación de la Competencia" II, 2011. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). "Policy Roundtables. Market Definition", 2012. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

Tarziján, J.; Paredes, R. *Organización Industrial para la estrategia empresarial*, 3ra ed., México: PEARSON Educación, 2006.

International Competition Network (ICN). *Unilateral Conduct Work Group (UCWG). Assessment of Dominance*, 2001. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/uc-workbook-assessment-of-dominance/>

Velandia, M. *Derecho de la competencia y del consumo: competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

- Guías y documentación desarrollada por la Comisión Europea

Comisión Europea. (1997). Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

Comisión Europea. (2009). Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea C 45/7.

Comisión Europea. “Competition: Antitrust procedures in abuse of dominance Article 102 TFEU cases”, 2013. Recuperado de [https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/procedures/article-102-investigations\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/procedures/article-102-investigations_en)

- Normativa

Ecuador. (2016). Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, Resolución 011.

Ecuador. (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct.-2011.

Ecuador. (2017). Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Instructivo de Gestión Procesal Administrativa. Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017. Publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 998 de 07 de abril de 2017. Reformada mediante Resoluciones No. SCPM-DS-2019-64 de 03 de diciembre de 2019; No. SCPM-DS-2020-018 de 20 de abril de 2020; No. SCPM-DS-2020-020 de 04 de mayo de 2020; No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020 y No. SCPM-DS-2021-01 de 04 de enero de 2021.

Ecuador. (2019). Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado. Resolución SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2019. Disponible en: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/resoluciones-de-archivo-dnicapm-2020/>

- Jurisprudencia y Resoluciones

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia N.º 036-15-SEP-CC CASO N.º 0508-13-EP.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2019). 02-IP-2019.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1973). Caso 6/72, Europemballage Corp and Continental Co Inc V Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1978). Caso 27/76 United Brands v Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1979) Caso 85/76 Hoffmann La Roche v Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1983). Caso 322/81, Michelin v Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1991). Caso C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1996). Caso C-333/94 P, Tetra Pak II.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1998). Caso T-111/96, ITT Promedia v EC Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1998). Caso C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v  
Mediaprint.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1999) Caso T-228/97 Irish Sugar plc V Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2000) Caso C-395 Compagnie Maritime Belge  
Transportation Sa V Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2001). Caso C-163/99 Portugal v Commission.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2003). Caso T-219/99, Bristish Airways Plc.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2007). Caso T-201/4, Microsoft.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2009). Caso-202/07 P, Francia Telecom.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2009) Caso T-301/04 Clearstream Banking Ag Commission.

Comisión Europea. (1985). IV/30.698 - ECS/AKZO. Diario Oficial L 374, 31/12/1985 P. 0001 – 0027.

## Aprobado:

Danilo Sylva Pazmiño  
Superintendente de Control del Poder de Mercado

Ricardo Freire Granja  
Intendente General Técnico

## Revisado:

María Alejandra Egüez Vásquez  
Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas

## Elaborado:

Carlos Trujillo Viteri  
Director Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado

Guido Tandazo Ramírez  
Verónica Martínez Ortiz  
Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado

## Aportes:

Michelle Jiménez Paredes  
Cristina Tamayo Jaramillo  
Oscar Cruz Pineda  
Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado

Patricio Pozo Vintimilla  
Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas