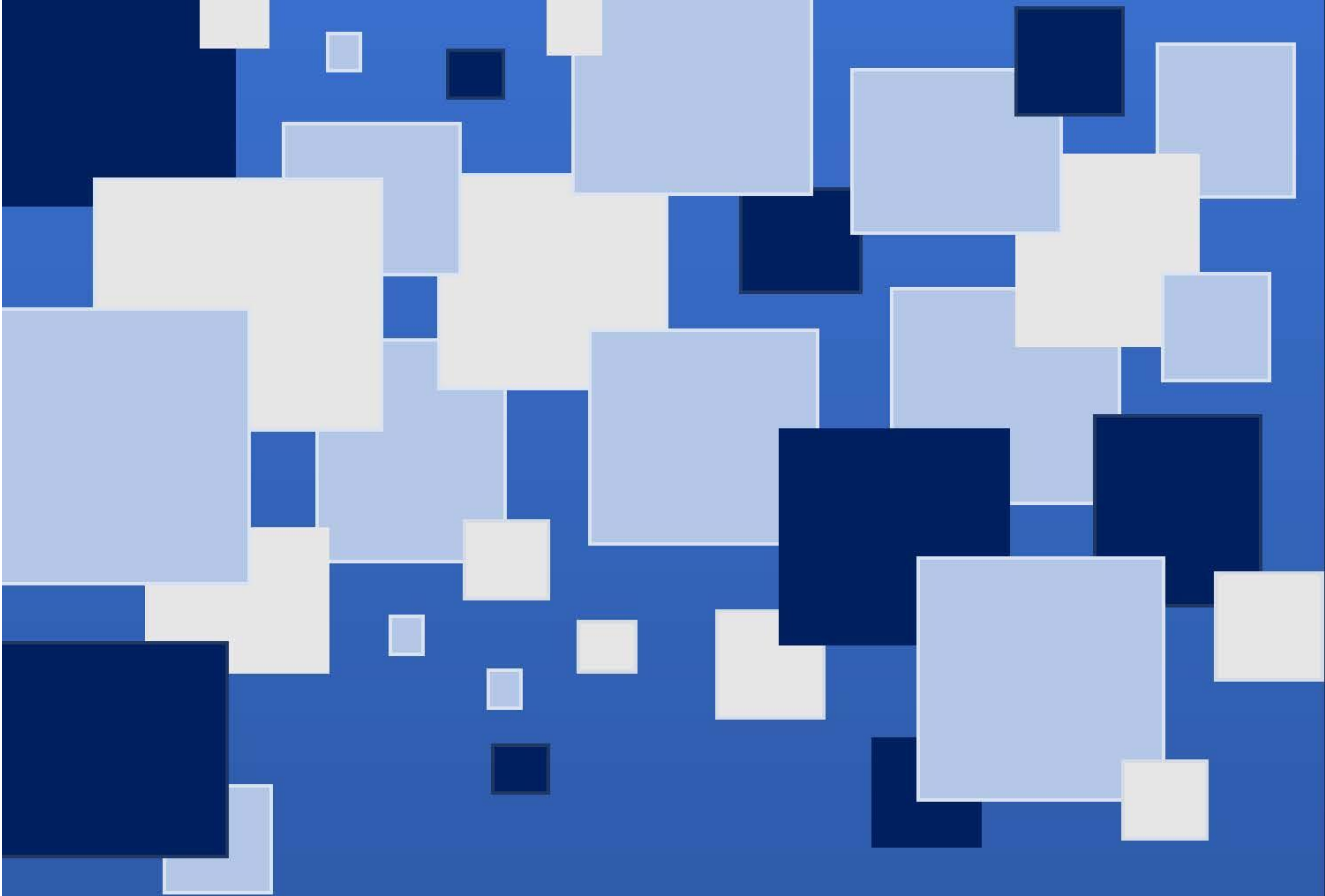




GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS

Es un placer presentarles la Guía para el Análisis de Prácticas Monopolísticas Relativas elaborada por la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), que tiene como objetivo proporcionar a diversas partes interesadas, incluyendo empresas y sus consultores, abogados, consumidores y otros grupos interesados.

La esencia de esta guía radica en ilustrar a los agentes económicos y al público en general acerca de los elementos de análisis empleados por COPROCOM para evaluar las Prácticas Monopolísticas Relativas. Es crucial entender que este documento no constituye un dictamen vinculante, sino más bien un marco de referencia. Las determinaciones específicas dependerán del análisis del caso particular y el marco jurídico aplicable.

La guía se nutre de las mejores prácticas internacionales y se enriquece con las experiencias acumuladas a nivel local. Queremos expresar nuestra profunda gratitud al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por su colaboración invaluable en la elaboración de este proyecto; así como a la consultora Elisa V. Mariscal, Ph.D., su apoyo ha sido esencial para llevar a cabo esta iniciativa que, sin duda, redundará en beneficio tanto de la comunidad empresarial como del público en general.

Esta guía no solo beneficiará a los agentes económicos, sino que también contribuirá a fomentar la competencia y la libre concurrencia en el mercado.

Costa Rica, Enero de 2024



Guillermo Rojas Guzmán
Presidente
Órgano Superior de la
Comisión para Promover la Competencia

Tabla de Contenidos

Glosario de Términos	5
Introducción	6
1 Marco Normativo en Costa Rica	8
1.1 Objetivo de la Ley	8
1.2 Las Prácticas Monopolísticas Relativas (PMR) y sus elementos de análisis	8
2 Evaluación General de PMR	10
2.1 Planteamiento del Análisis: Razonabilidad vs. Per se	10
2.2 Un Enfoque del Análisis de PMR: Minimizar el costo de error	13
2.3 Evaluación de las PMR: El ' <i>Balancing Act</i> ' o la actuación equilibrada	16
3 Teoría de daño: Conductas, Incentivos y Eficiencias	18
3.1 Teoría de daño	20
A. Cómo inferir daño para distintos mecanismos de desplazamiento de mercado	23
B. Distinguiendo entre un "balancing act" y una defensa por eficiencias	25
3.2 Conductas consideradas en la ley	26
A. La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.	27
B. La imposición del precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.	29
C. La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible o sobre la reciprocidad.	30
D. La venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios comerciales, sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.	32
E. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.	33

F.	La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su costo medio por periodos prolongados y cuando existan indicadores de que las pérdidas pueden ser recuperadas mediante aumentos futuros de precios, salvo el caso de las promociones o la introducción de productos nuevos a precios especiales.....	34
G.	Rehusarse injustificadamente a vender bienes o servicios normalmente ofrecidos a terceros.....	36
H.	La imposición de diferentes precios o diferentes condiciones de compra o venta para compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones.....	37
I.	Las acciones injustificadas para incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo de algún competidor.....	38
J.	El condicionamiento, la imposición o cualquier acto tendiente a exigirle a un agente económico el cambio, la modificación o la sustitución de su marca comercial como requisito para comercializar sus bienes o servicios, así como exigirle la producción de bienes o servicios idénticos o similares a los ofrecidos por este con una marca impuesta distinta de la suya.....	40
K.	En general, todo acto deliberado que induzca la salida de competidores del mercado o evite su entrada.....	41
L.	El condicionamiento de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos;.....	41
M.	Imponer, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, condiciones de pago u otras condiciones de tipo comerciales no reconocidas en las costumbres comerciales.....	41
N.	El establecimiento de subsidios cruzados entre diferentes bienes o servicios ofrecidos por el agente económico.....	41
O.	La diferencia negativa o insuficiente entre el precio que un proveedor integrado verticalmente cobra a sus competidores por un insumo y el precio al que vende a sus clientes un bien o servicio para el cual dicho insumo sea esencial, de forma tal que impida a un competidor igualmente eficiente subsistir en el mercado o competir de forma efectiva.....	42
3.3	Defensas por eficiencias.....	43
A.	Criterios para la admisión de eficiencias.....	45
B.	Estándares de pruebas de eficiencias.....	46
3.4	Análisis económico para evaluar posibles conductas anticompetitivas: racionalidad y evidencia.....	47

A.	Evidencia para respaldar el daño anticompetitivo de las conductas	47
4	Sobre el Mercado Relevante y el Poder Sustancial de Mercado en PMR.....	48
4.1	El rol de la definición de Mercado Relevante y Mercados Relacionados en el Análisis de PMR	48
4.2	Mercado Relevante	49
A.	Mercado Relevante	50
B.	Enfoques para identificar o descartar restricciones competitivas para la definición de mercado relevante	51
4.3	El propósito de la determinación de Poder Sustancial de Mercado	60
A.	Poder ‘Sustancial’ de Mercado	61
B.	Elementos para analizar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante	62
5	Análisis Comparativo de PMR.....	66
5.1	América Latina	67
5.2	Unión Europea	69
5.3	Estados Unidos	70
6	Etapas del procedimiento especial para el análisis de PMR	72
6.1	Investigación preliminar	75
6.2	Etapa de instrucción.....	76
6.3	Etapa Decisoria.....	76
7	Bibliografía	79
8	Anexos.....	83
8.1	Métodos cuantitativos en el análisis de prácticas monopólicas relativas.....	83
A.	Experimentos naturales.....	83
B.	Técnicas econométricas	84
C.	Uso de modelos estructurales.....	84
D.	Uso de experimentos naturales	85
E.	Estudios de eventos bursátiles	86

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Término	Descripción
COPROCOM	Comisión para Promover la Competencia
DM	Doble Marginalización
Ley N.º7472	Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º7472
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PMR	Prácticas Monopolísticas Relativas

INTRODUCCIÓN

Esta Guía tiene dos objetivos principales. Por una parte, dar una guía técnica al equipo de la COPROCOM sobre metodologías y mejores prácticas para el análisis de Prácticas Monopolísticas Relativas (PMR). Por la otra, presentar a diversas partes interesadas — empresas y sus consultores, consumidores y otros grupos participantes en el mercado— los principios económicos rectores para un análisis técnico de PMR. En ambos casos, estos principios se derivan de la teoría económica y las mejores prácticas internacionales.

La guía aborda siete cuestiones:

1. **¿Qué es una PMR en Costa Rica y qué elementos se analizan conforme a su marco normativo?** En los capítulos 1 y 2 definimos las PMR, con base en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º7472 (en adelante Ley o Ley N.º7472), así como cada uno de los elementos que se consideran para el análisis legal y económico de dichas prácticas.

Conforme a los conceptos económicos que se desarrollarán a lo largo de esta Guía, se desglosan los elementos relacionados con conductas, teoría de daño, mercado relevante, poder sustancial de mercado, eficiencias, *balancing act*, pruebas y procesos.

2. **¿Por qué es central la construcción de una teoría de daño en el análisis de PMR?** Dado que las PMR generalmente representan comportamientos legales por parte de agentes económicos y que el análisis de este tipo de conductas está sujeto a errores estadísticos —del tipo I y tipo II, que discutimos en mayor detalle en esta guía— es fundamental que en el análisis de este tipo de prácticas se considere si la conducta está causando un cierre de mercado o desplazamiento a otros agentes y si el agente económico que lo lleva a cabo tiene incentivos para continuar esta conducta.

La teoría de daño plantea una hipótesis sobre este mecanismo de desplazamiento, así como la lógica económica que lleva al agente económico a realizar este tipo de conductas. Cabe señalar que es mediante la validación o el rechazo de esta hipótesis como se puede construir un caso sólido y, al mismo tiempo, permitir a los agentes económicos tener elementos de defensa. La guía ahonda sobre las características del análisis que permiten construir una teoría de daño sólida. Adicionalmente, en el capítulo 3 se explican los conceptos de competencia en los méritos, eficiencias, el “*balancing test*” o ejercicio de equilibrar argumentos, los costos de error y los sesgos cognitivos.

3. **¿Cuáles son las conductas que bajo el marco normativo de Costa Rica pueden considerarse como PMR y cuáles son los elementos económicos para su análisis?** Una vez definidos los conceptos de teoría de daño, transcribimos las

conductas que pueden ser consideradas como PMR según el artículo 12 de la Ley N.º7472, junto con una explicación con base en la teoría económica que expone cuál es la lógica de negocios que subyace los incentivos de diferentes agentes económicos para llevarlas a cabo.

También incluimos en el capítulo 2 las explicaciones de situaciones que pudieran considerarse anticompetitivas, junto con referencias a algunos casos paradigmáticos que pudieran ilustrar de mejor manera cómo se han analizado estas conductas en el pasado. Cuando es posible hacemos referencia a casos recientes en mercados digitales que han estado revisando diversas agencias de competencia en el mundo.

4. **¿Cuál es el propósito y cómo se utiliza la definición de mercado relevante y poder sustancial de mercado para el análisis de una PMR?** Esta guía no busca explicar la determinación de mercado relevante y de poder sustancial de mercado. Sin embargo, estos dos son conceptos clave en el análisis de PMR. Por ello, en el capítulo 4 se explican estos elementos económicos que deben analizarse para la acreditación de PMR conforme los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N.º7472. Estos elementos se definen y contextualizan en su objeto para el análisis de PMR. También se describen algunas de las metodologías utilizadas a nivel internacional para su determinación y aplicación.
5. **¿Cómo se categorizan las conductas listadas como PMR en la normativa de Costa Rica en otras jurisdicciones y cuáles son los elementos económicos para su análisis?** En el capítulo 5 describimos, en términos generales, los elementos de análisis económico sobre conductas unilaterales o de abuso de dominancia a nivel internacional, para entender las convergencias y diferencias que existen con la aplicación de la Ley en Costa Rica. El análisis de la legislación comparada nos permite introducir conceptos teóricos y prácticos y contextualizarlos a las definiciones de la Ley N.º7472.
6. **¿Cuáles son los tipos de pruebas e información que se puede recopilar para acreditar la realización de una PMR?** En el capítulo 6 abordamos el tipo de evidencia directa e indirecta que se puede utilizar en la actualización de una PMR al cumplirse los elementos plasmados en una teoría de daño. Se explican algunas metodologías del uso del tipo de información cualitativa y cuantitativa para el desarrollo de una teoría de daño.
7. **¿Cuál es el proceso que sigue la COPROCOM para la investigación de una PMR y cuáles son las mejores prácticas internacionales en la tramitación de una investigación?** Por último, una vez explicados todos los elementos económicos, elaboramos sobre el proceso para la investigación de una PMR y las mejores prácticas en términos del uso de la información, la replicabilidad del análisis y posibles acciones complementarias durante una investigación.

1 MARCO NORMATIVO EN COSTA RICA

1.1 OBJETIVO DE LA LEY

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º7472 (Ley N.º7472), promulgada inicialmente en enero de 1995 y sus reformas, plasman como sus objetivos y fines el proteger efectivamente los derechos e intereses legítimos del consumidor, así como tutelar la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia al prevenir y prohibir monopolios y restricciones al funcionamiento eficiente del mercado, entre los que destaca las prácticas monopolísticas.¹

1.2 LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS (PMR) Y SUS ELEMENTOS DE ANÁLISIS

La misma Ley N.º7472 faculta a las Autoridades de Competencia de Costa Rica a prohibir y sancionar las prácticas monopolísticas “que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él” (artículo 10). La Ley define y caracteriza las prácticas monopolísticas en dos tipos: las absolutas y las relativas. Esta guía elabora sobre las prácticas monopolísticas relativas (PMR) que se transcriben y caracterizan siguiendo la teoría económica y considera los elementos que se requieren para su actualización legal.

Conforme el artículo 12 de la Ley N.º7472, sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, “(...) se consideran prácticas monopolísticas relativas los **actos**, los **contratos**, los **convenios**, los **arreglos** o las **combinaciones**” —es decir, la forma que toman este tipo de conductas— “cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el **desplazamiento indebido** de otros agentes del mercado, el **impedimento sustancial** de su acceso o el establecimiento de **ventajas exclusivas en favor de una o varias personas (...)**” —esto es, los resultados o efectos que estaríamos observando en el mercado de existir este tipo de conductas que principalmente son conductas de cierre de mercado, ya sea de manera *ex post* (desplazamiento) o de manera *ex ante* (impedimento) y de discriminación (ventajas exclusivas)—.

Respecto a la comprobación de lo señalado en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley, el artículo 13 señala dos elementos de análisis que pudieran considerarse como filtros para poder enfocar el análisis sobre el agente económico que realiza la conducta y sobre los bienes o servicios en donde ocurre la conducta, es decir:

¹ “Artículo 1º- Objetivo y fines.

El objetivo de la presente Ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.”

- a) *"el presunto responsable [debe tener] un **poder sustancial** sobre el mercado relevante y*
- b) *[que las conductas] se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el **mercado relevante** de que se trate."*

El artículo 14 de la Ley N.º 7472 lista los criterios necesarios para determinar un mercado relevante y el artículo 15 de la misma Ley aquellos para determinar el poder sustancial en el mercado relevante. Trataremos estos dos conceptos legales, cercanamente relacionados con teoría económica, en una sección posterior.

Por otro lado, el mismo artículo 12 señala que “para determinar si estas prácticas son sancionables, la Comisión deberá analizar y pronunciarse sobre **las pruebas que aporten las partes tendientes a demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado** derivada de sus acciones.” Es decir, la autoridad de competencia no solo considerará efectos procompetitivos contra los anticompetitivos —el denominado “*balancing test*” o ejercicio de equilibrar argumentos— sino que, además, la Ley prevé que las partes presenten una defensa por eficiencias. Se entiende que son las partes quienes tienen la carga de la prueba al presentar esta defensa

Finalmente, el artículo 12 describe **quince conductas** que, sujeto a que se cumplan los efectos y criterios de análisis que se describen anteriormente, **pudieran considerarse violatorias de la ley por ser prácticas monopolísticas relativas**.

De esta manera, en Costa Rica las conductas tipificadas en Ley no se consideran ilegales por sí mismas (*per se* ilegales) sino que deben analizarse con base en una razonabilidad, plasmada en una **regla de la razón estructurada** para determinar si estas conductas son violatorias o no de la Ley.²

El propósito de esta Guía es elaborar los elementos económicos que se requieren en el proceso de análisis de conductas que permita, tanto a la autoridad de competencia tener suficientes elementos para determinar el daño a la competencia que causan en el mercado, como a los agentes económicos comprender si sus conductas pudieran tener efectos anticompetitivos o presentar una defensa ante actuaciones de ley frente a la autoridad.

² La **regla de la razón estructurada** busca equilibrar los efectos anticompetitivos de una práctica con sus posibles beneficios y eficiencias económicas. En lugar de simplemente prohibir una práctica comercial como anticompetitiva, este enfoque busca evaluar si los efectos anticompetitivos son superados por las eficiencias económicas y los beneficios generados.

Bajo este enfoque, se lleva a cabo un análisis detallado de la estructura de mercado, los efectos económicos y las circunstancias específicas del caso en cuestión. Se consideran factores como la participación de mercado, las barreras a la entrada, las posibles eficiencias económicas, la innovación, los beneficios para los consumidores, entre otros.

La regla de la razón estructurada permite a los tribunales y autoridades de competencia tener en cuenta una amplia gama de factores y circunstancias antes de llegar a una conclusión sobre la legalidad de una práctica comercial. Esto ayuda a evitar que se prohíban prácticas que podrían tener beneficios económicos legítimos y fomenta un enfoque más equilibrado para garantizar la competencia efectiva en el mercado.

2 EVALUACIÓN GENERAL DE PMR

Como se expuso en la sección anterior, para determinar la ilegalidad de una práctica monopolística relativa —conocida en otras jurisdicciones como abuso de posición dominante o conductas unilaterales— se requiere seguir una **regla de la razón estructurada**. Esta regla contiene los elementos específicos que deben actualizarse de manera particular en distintas leyes —determinación de poder sustancial en un mercado relevante, comportamientos específicos, y efectos de estos comportamientos—, así como la afectación sobre el bien tutelado —es decir, el bienestar de los consumidores y el proceso de libre competencia—. Con estos elementos es factible plantear una metodología de análisis que pueden seguir las autoridades al analizar las prácticas.

Antes de desarrollar el análisis económico específico de cada conducta, en esta sección se plantea el contexto metodológico bajo el cual se evalúan las PMR y que se distingue de otro tipo de análisis como son las prácticas monopolísticas absolutas (PMA). Asimismo, se plantea el enfoque, en términos económicos y prácticos, con el que la autoridad de competencia podría analizar las PMR para determinar su ilegalidad.

En términos generales, solo los agentes que cuenten con poder sustancial de mercado en el mercado relevante pueden ser sancionados por la comisión de PMR. En ausencia de dicho poder, es improbable que las prácticas realizadas puedan afectar a otros agentes económicos y propiciar un daño a consumidores y a la competencia.

Para analizar si una conducta constituye una PMR es útil plantear una hipótesis que compruebe la factibilidad del daño anticompetitivo. Esta hipótesis se establece a través de una **teoría de daño** y que tratamos en mayor detalle en una siguiente sección. Adicionalmente, la autoridad también podría considerar posibles **ganancias en eficiencia** que pudieran presentar las partes investigadas como una defensa.

2.1 PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS: RAZONABILIDAD VS. PER SE

A menudo, las empresas ejecutan de manera unilateral ciertas prácticas comerciales que tienen el objetivo de aumentar sus ventas o sus beneficios —por ejemplo, otorgando descuentos en sus productos o establecer acuerdos de exclusividad—. En la teoría económica y la experiencia internacional ha existido un debate sobre cuáles prácticas deben considerarse legales o ilegales con relación a sus posibles efectos sobre la competencia y el daño que estas pueden causar en última instancia a los consumidores, asumiendo que quienes las efectúan tienen poder sustancial de mercado.

Antes de la década de 1950, el enfoque predominante para la determinación de la legalidad o la ilegalidad de algunas prácticas realizadas por agentes con poder de mercado no consideraba si estas pudieran perseguir objetivos procompetitivos legítimos, sino que basaba sus conclusiones en juicios preestablecidos —sin considerar

los posibles efectos sobre el mercado— que señalaban si una práctica era deseable o no (fase pre-Chicago).³

Algunas contribuciones importantes de la fase pre-Chicago fueron la llamada “doctrina del apalancamiento”, que condenaba ciertas prácticas realizadas por empresas con poder de mercado quienes utilizaban este poder para apalancar su posición en otros mercados —por ejemplo, expandiendo su poder a mercados de productos complementarios, adyacentes o relacionados, subsecuentes (*aftermarkets*) o mercados en otros niveles de la cadena de producción—. Otra de las contribuciones en esta fase pre-Chicago consideraba que las prácticas predatorias —el establecimiento de precios artificialmente bajos— pudieran utilizarse para expulsar a competidores del mercado.

Estas conductas sin embargo no se analizaban bajo una óptica de razonabilidad —por ejemplo, el análisis de la conducta de depredación no consideraba la factibilidad de poder recuperar las pérdidas en las que pudiera haber incurrido la empresa al depredar⁴—. Así, muchas de estas prácticas se consideraban contrarias a la competencia y se declaraban ilegales por sí mismas (*per se*). En otras palabras, era probable que la aplicación de la ley de competencia basada en estas doctrinas facilitara en penalizaciones a conductas que no pudiesen estar causando un daño al proceso de competencia —es decir, se estaría incurriendo en un error estadísticos tipo I⁵— y por tanto la aplicación de ley llevaría a la sobrerregulación.

Posterior a la fase pre-Chicago, surgió una corriente de pensamiento que criticaba la naturaleza *per se* de estas conductas, ya que en algunos casos no era cierta la presunción de daño, sino que había casos en los que ese daño no se daba y, en cambio, perseguían objetivos procompetitivos legítimos en términos de eficiencias. Esta fase estuvo influenciada por los trabajos de profesores de la Universidad de Chicago, por lo que es conocida como la fase de la Escuela de Chicago.

El pensamiento de la Escuela de Chicago se basaba principalmente en cuatro ideas fundamentales:⁶

- i. **La eliminación de la Doble Marginalización (*Double Marginalization Problem*).**
El problema de la doble marginalización (DM) surge cuando en una relación vertical, en la que tanto el productor como el distribuidor cuentan con poder de mercado en sus respectivos eslabones de la cadena vertical, toman sus decisiones de precios de manera separada, considerándose como monopolistas

³ Werden, Gregory (2020). *The Foundations of Antitrust*. Carolina Academic Press.

⁴ Véase Evans & Padilla (2005).

⁵ Este tipo de error ocurre cuando rechazamos incorrectamente la hipótesis nula. En otras palabras, cuando concluimos que hay una diferencia o un efecto cuando en realidad no lo hay. Esto es equivalente a un “falso positivo”. Si pensamos en términos de regulación, un error de tipo I se produciría si una entidad reguladora toma una acción punitiva o impone una regulación cuando en realidad no era necesario.

⁶ Véase Salinger y Elbittar (2013), Evans y Padilla (2005).

únicos en esa etapa de la cadena y cargan un margen de beneficios tal que genera un margen monopolístico doble que incrementa los precios a los consumidores finales por arriba de lo que se obtendría con un único margen monopolístico como en el caso de que estuvieran integrados. La integración y algunos acuerdos verticales entre productores y distribuidores ayudan a resolver el problema de la DM, reduciendo el precio y aumentando la cantidad que se produce en el mercado en beneficio del bienestar social.

- ii. **El principio del beneficio único del monopolio (*Single Monopoly Theorem*).** Este principio es contrario a la doctrina del apalancamiento y establece que una empresa que cuenta con un monopolio en un eslabón de la cadena de producción no tiene incentivos a monopolizar un eslabón adyacente de la cadena si no tiene una relación especial con ese eslabón. Esto se da cuando el resto de los eslabones de la cadena son competitivos. Es decir, existe un beneficio potencial al cual el monopolio puede acceder sin necesidad de monopolizar toda la cadena vertical.
- iii. **La reducción de los costos de transacción y organización.** Este enfoque establece que algunos acuerdos verticales entre productores y distribuidores pueden resultar eficientes porque reducen los costos de transacción asociados con la redacción y ejecución de contratos bilaterales incompletos entre diferentes agentes económicos.⁷ Las restricciones verticales, vistas desde esta óptica, permiten mantener relaciones de proximidad entre agentes independientes sin necesidad de una concentración vertical entre empresas.
- iv. **Resolver el problema de *free riding* (oportunismo o parasitismo).** Cuando un minorista que presta un buen servicio no puede apropiarse completamente de los beneficios de su buen servicio, este servicio puede convertirse en un bien que otros minoristas pueden aprovechar de manera oportunista ofreciendo el mismo bien o servicio a menor precio porque les implica un menor esfuerzo — también conocido como oportunismo entre minoristas o parasitismo entre minoristas—. Algunos acuerdos verticales —como el establecimiento de precios mínimos— puede evitar que los consumidores acudan a distribuidores que no prestan un alto nivel de servicio, y en cambio se aprovechan del esfuerzo de otros. De esta manera, los acuerdos verticales pueden eliminar el problema del parasitismo.

El enfoque de la Escuela de Chicago no sólo cambió la visión que decretaba la ilegalidad *per se* de ciertas conductas unilaterales realizadas por empresas que gozan de poder de mercado, sino que también introdujo la posibilidad de considerar los incentivos de las empresas que llevaban a cabo ciertas conductas que, a primera vista,

⁷ Un contrato completo es aquel que nunca necesitará ser revisado o cambiado y es ejecutable. Los costos asociados con negociar, alcanzar y hacer cumplir acuerdos se denominan costos de transacción; si los costos de transacción fueran cero, entonces todos los contratos estarían completos (Church y Ware 2000).

parecían anticompetitivas. Así, proporcionó argumentos de eficiencia que justificaban la legalidad de ciertas acciones.

Posteriormente, a partir de la década de 1980, algunos economistas desarrollaron modelos teóricos que desafiaron los resultados elaborados por la Escuela de Chicago (la fase post-Chicago). Como se mostrará más adelante, algunos autores demostraron que las conclusiones de la escuela de Chicago no son generales ni generalizables. Por ejemplo, es factible que una empresa que cuenta con suficiente poder de mercado y opera en un eslabón de una cadena vertical de producción puede llevar a cabo ciertas prácticas con el objetivo de proteger su monopolio o desplazar competidores en un mercado descendente si los incentivos económicos para que las haga existen. En el mismo sentido, otros autores mostraron que una empresa que cuenta con suficiente poder en un mercado puede ejecutar otra serie de prácticas con el objetivo de mantener su poder en dicho mercado o utilizarlo para aumentar su participación o poder en otros mercados relacionados.

Tanto los análisis desarrollados por la Escuela de Chicago como los desarrollados por los autores posteriores a ésta exigieron elaborar un análisis más profundo para determinar cuándo estas prácticas unilaterales de las empresas debían considerarse ilegales en términos de daño efectivo al proceso de competencia —es decir, cuándo no pueden tratarse como ilegales *per se* y que deben estar sujetas a un análisis de razonabilidad—. Actualmente existe ya un consenso entre las autoridades de competencia que para determinar la ilegalidad de dichas prácticas se requiere un análisis de razonabilidad.

En la práctica esto significa que para determinar si una práctica realizada por un agente con poder de mercado es anticompetitiva, se debe analizar si dicha práctica efectivamente genera un daño a la competencia y en última instancia a los consumidores, para que merezca ser sancionada. Tal análisis de razonabilidad e considerar el balance entre los costos y los beneficios en el mercado que pueden resultar de dicha práctica y los costos regulatorios que resultan de que una autoridad juzgue de manera equivocada la ilegalidad o no de una práctica. A continuación, se abunda en estos dos temas.

2.2 UN ENFOQUE DEL ANÁLISIS DE PMR: MINIMIZAR EL COSTO DE ERROR

Las autoridades de competencia puedan cometer errores al evaluar si alguna de las conductas que llevan a cabo una o varias empresas resultan o no anticompetitivas. Uno de estos errores resulta de un problema de falta de información y los costos asociados a la obtención de información. El otro problema resulta de la dificultad de identificar si

el efecto dañino que se observa en el mercado es causa de la conducta investigada o tiene otras causas. Este problema es común a los análisis empíricos de economía.⁸

Algunas de las razones que pueden ocasionar dificultad en identificar con una alto grado de probabilidad que se está llevando a cabo una PMR, resulta de la falta de información necesaria para determinar los efectos pasados de las conductas o la incertidumbre sobre posibles efectos en el futuro, de continuar la realización estas conductas.⁹ En ambos casos, el análisis económico está íntimamente relacionado con la probabilidad de incurrir en errores estadísticos, los cuales tienden a reducirse conforme se amplía y se enriquece la información que se analiza. Esto resulta difícil, particularmente cuando los procesos de investigación de las agencias de competencia están sujetos a restricciones presupuestarias y temporales. Es en este caso que una agencia debe ser consciente del sesgo en el tipo de error que está dispuesta a tolerar: sobre o sub-regular, considerando la probabilidad y tamaño del daño que estima enfrentar.

Este costo de error se clasifica en dos tipos:¹⁰

- I. Error tipo I (falso positivo), sobre-regular. Se determina la ilegalidad de una conducta que no causa daño anticompetitivo, por lo que se condena a una conducta que puede resultar procompetitiva.
- II. Error tipo II (falso negativo), sub-regular. A falta de información, no se puede demostrar el daño anticompetitivo de una conducta, por lo que se absuelve a una conducta que resulta perjudicial para la competencia.

⁸ Por ejemplo, en el análisis económico ocasionalmente confundimos la correlación entre dos eventos — que dos o más sucesos ocurran simultánea o sucesivamente— y la relación de causalidad —que un suceso cause otro—.

⁹ Existen otros factores que pueden influir en las decisiones de las autoridades de competencia relacionadas con el análisis de conductas unilaterales de agentes económicos: los sesgos cognitivos. Algunos sesgos cognitivos y la forma en la que estos pueden influenciar la toma de decisiones de las autoridades son:

- Efecto de contexto (*Framing effect*). Las autoridades responden de acuerdo con cómo se presenta la información.
- Efecto de manada (*Herding effect*). Las autoridades siguen los pasos o basan sus decisiones en lo que haya sido determinado por otras autoridades.
- Sesgo de confirmación (*Confirmation bias*). Las autoridades dan mayor consideración a información que apoya sus hipótesis.
- Ilusión de actualidad o sesgo de disponibilidad (*Recency illusion* o *availability bias*). Las autoridades dan mayor peso a la información más reciente o que le resulta más familiar.
- Estereotipo (*Stereotyping*). Las autoridades asumen que un agente de un grupo tiene los atributos típicos o se comporta de forma similar al grupo, sin realizar un análisis particular de dicho agente.
- Punto ciego (*Blind spot*). Las autoridades reconocen el sesgo de los agentes económicos, pero no el de sí mismas.

Que las autoridades de competencia reconozcan sus sesgos les permitirá un análisis más objetivo y neutral sobre las conductas que pudieran resultar procompetitivas o anticompetitivas.

¹⁰ Véase Evans y Padilla (2005).

Cuando una autoridad de competencia intenta minimizar la probabilidad de un tipo de error, aumenta la probabilidad de cometer el otro tipo de error. Por ejemplo, si una autoridad de competencia aplica un enfoque de análisis para el cual resulte más complejo que una conducta anticompetitiva sea absuelta —con el objetivo de minimizar el error tipo II—, aplicar dicho enfoque resultará también más complejo para las conductas que de hecho sean procompetitivas —aumentando con ello la probabilidad del error tipo I—. De forma similar, cuando una autoridad de competencia adopta un enfoque más laxo al evaluar conductas que pudieran resultar anticompetitivas —con el objetivo de minimizar el error tipo I—, al mismo tiempo provocará que más conductas anticompetitivas sean absueltas —aumentando con ello la probabilidad del error tipo II—.

Dado que las autoridades de competencia deben buscar minimizar el costo de error, el enfoque de análisis que adopten debe considerar las probabilidades de cada tipo de error y los costos asociados a cada uno de ellos. Si, por ejemplo, se presume que la mayoría de las prácticas analizadas son procompetitivas, es preferible adoptar enfoques que reduzcan las falsas condenas (minimizar el error tipo I). Así mismo, cuando las falsas condenas (error tipo I) resultan más costosas con relación al costo de las falsas absoluciones (el error tipo II), minimizar el costo de error implica adoptar un enfoque más estricto a la hora de determinar que una conducta es anticompetitiva.¹¹

Adicionalmente, la minimización del costo de error implica la aplicación de una serie de filtros que permitan centrarse sólo en aquellas conductas que puedan representar un peligro real para la competencia. Por ejemplo, es poco probable que una conducta resulte contraria a la competencia si quien la realiza es un agente que no cuenta con poder de mercado. En el mismo sentido, es poco probable que una conducta haya resultado perjudicial para la competencia si no existe un claro mecanismo de desplazamiento, la evidencia de tal desplazamiento u otro efecto negativo en el mercado.

Las autoridades de competencia pueden y deben hacer uso de la teoría económica y la evidencia disponible para hacer un análisis que les permita filtrar aquellas conductas que representan un riesgo real para la competencia, de las que no tienen efectos negativos o persiguen objetivos procompetitivos legítimos. Tal análisis se realiza mediante el establecimiento y comprobación de una teoría de daño que se elabora en la siguiente sección.

Finalmente, algunas prácticas efectuadas por empresas de manera unilateral pudieran acarrear beneficios en el mercado. Por lo tanto, se podría tener en cuenta tales

¹¹ Evans y Padilla (2005) señalan que, en las decisiones antimonopolio que implican prácticas unilaterales, es probable que el costo de las falsas condenas sea significativamente mayor con relación a los costos asociados a las falsas absoluciones. Al respecto, si por error se permite una práctica anticompetitiva, los beneficios derivados de esa práctica atraerán a la competencia, al menos a largo plazo; mientras que las fuerzas del mercado pueden desempeñar un papel poco significativo al momento de corregir los costos de la prohibición de prácticas procompetitivas.

beneficios —independientemente de que haya, además, eficiencias asociadas con la conducta que forma parte de una defensa por eficiencias que tendrían que ofrecer los agentes económicos. A continuación, se abunda en este tema.

2.3 EVALUACIÓN DE LAS PMR: EL ‘*BALANCING ACT*’ O LA ACTUACIÓN EQUILIBRADA

Existe consenso entre las autoridades de competencia con relación a que, para determinar si una conducta resulta anticompetitiva, debe realizarse un balance entre los costos y los beneficios de dicha conducta a través de un análisis de competencia en los méritos.

En términos generales, la expresión *competencia en los méritos* significa que una empresa dominante puede realizar legítimamente conductas que incluso tengan como efecto un desplazamiento de competidores en el mercado o se desincentive su entrada o expansión.¹² Pero estos efectos no cuentan con el adjetivo que caracteriza la ilegalidad en la Ley N.º7472: desplazamiento “indebido”, impedimento “sustancial”, ventajas exclusivas “en favor de una o varias personas”.

Existen diferencias entre las diversas jurisdicciones sobre qué conductas corresponden a una competencia en los méritos, por lo que cada jurisdicción ejecuta su propio análisis para determinar si una conducta resulta legítima o no en términos de competencia, de acuerdo con sus propios estándares de daño. Así, las autoridades de competencia han realizado una serie de pruebas para determinar la ilegalidad de las conductas unilaterales que realizan empresas dominantes.

Idealmente, la prueba que las autoridades utilizan debe cumplir con una serie de características, como son:¹³

- i. **Precisión.** La prueba debe basarse en principios económicos ampliamente aceptados y arrojar un mínimo de falsos positivos y negativos.
- ii. **Administrabilidad.** La prueba debe ser fácil de aplicar.
- iii. **Aplicabilidad.** La prueba será mejor en la medida en que su ámbito de aplicación sea mayor.
- iv. **Consistencia.** La prueba debe arrojar resultados predecibles.
- v. **Objetividad.** La prueba no debe dejar lugar a la subjetividad de las autoridades de competencia.
- vi. **Transparencia.** La prueba y sus objetivos deben entenderse.

¹² West, J. K. (2005). Competition on the Merits.

¹³ West (2005).

Algunas pruebas de competencia en los méritos que las autoridades de competencia han utilizado y el racional detrás de cada una de ellas son las siguientes:¹⁴

- i. **Prueba de sacrificio de beneficios (*Profit Sacrifice Test*, PS).** Esta prueba establece que una conducta debe ser anticompetitiva si implica una pérdida de beneficio económico, que sería irracional, salvo que la conducta tenga la intención de eliminar o restringir la competencia.
- ii. **Prueba de "Sin Sentido Económico" o "Salvo-For" (*No Economic Sense Test*, NES o "*But-For*").** Esta prueba establece que una conducta debe ser anticompetitiva si no tiene sentido económico, salvo que la conducta tenga la intención de eliminar o restringir la competencia.
- iii. **Prueba de la Empresa Igualmente Eficiente (*Equally Efficient Firm Test*, EEF).** Esta prueba establece que una conducta es anticompetitiva si existe la posibilidad de excluir a un rival igualmente eficiente a la empresa dominante o a algún estándar de eficiencia que haya determinado la autoridad de manera *ex ante*.
- iv. **Prueba de Bienestar del Consumidor (*Consumer Welfare Test*, CWT).** Esta prueba requiere, para determinar la ilegalidad de una conducta, ponderar los efectos positivos y negativos que la conducta tiene sobre el bienestar del consumidor.
- v. **Prueba de Eficiencia de Elhauge (*Elhauge Efficiency Test*, EET).** Esta prueba evalúa si los rivales están siendo excluidos porque la empresa dominante está aumentando su eficiencia o porque está perjudicando la eficiencia de los rivales. Si ambas situaciones se están presentando, puede seguir siendo permisible si al menos parte del efecto de exclusión es causado por la mejora en la eficiencia de la empresa dominante.¹⁵

La prueba de competencia en los méritos que se utilice dependerá de la conducta que se esté investigando. Por ejemplo, mientras una prueba de sacrificio de beneficios puede resultar adecuada cuando se analiza una depredación de precios, la prueba de la Empresa Igualmente Eficiente resulta más apropiada al analizar estrechamiento de márgenes o empaquetamiento.¹⁶

Estas pruebas, junto con los filtros, reducen las posibilidades de analizar conductas que difícilmente tendrán efectos dañinos sobre la competencia y forman parte de la metodología de análisis denominada Teoría de Daño que presentamos a continuación.

¹⁴ Véase West (2005) para mayores detalles.

¹⁵ Ver, por ejemplo, las discusiones en torno a la mesa redonda sobre competencia en los méritos de la OECD (2005), <https://www.oecd.org/daf/competition/35911017.pdf>.

¹⁶ Más adelante se abunda en los efectos procompetitivos y anticompetitivos de estas prácticas.

3 TEORÍA DE DAÑO: CONDUCTAS, INCENTIVOS Y EFICIENCIAS

Las autoridades de competencia buscan fundamentalmente garantizar un ambiente que incentive a las empresas a responder a las necesidades de los consumidores —en términos de precios, calidad y variedad de productos y servicios— y que opere como mecanismo de selección para que las empresas más eficientes sustituyan a las menos eficientes.

En general, las empresas realizan prácticas comerciales y productivas e innovaciones que les permiten captar la atención de los consumidores, destacándose sobre las empresas rivales. En tal sentido, algunas conductas efectuadas por *empresas con poder de mercado* no siempre resultan anticompetitivas aun cuando podrían desplazar a sus competidores del mercado.

Una conducta de una empresa con poder de mercado resultará *anticompetitiva* únicamente si la usa de manera ilegal para dañar el bienestar de los consumidores al afectar la capacidad de competir de sus rivales actuales o potenciales, es decir, solo si disminuye, impide o distorsiona la competencia de manera indebida o sustancial.¹⁷

En el análisis de competencia basado en efectos, el análisis económico de los incentivos es fundamental para evaluar si una empresa con posición dominante tiene los incentivos para proceder con determinadas prácticas con el objeto o efecto de desplazar a competidores reales o potenciales.

Las prácticas pueden estar dirigidas a desplazar competidores horizontales llevando a cabo conductas en el mercado donde compite de manera directa con sus rivales o en mercados relacionados o adyacentes que dificultan a sus rivales el acceso a insumos esenciales para la producción o a clientes que demanden sus productos.

Las prácticas pueden igualmente estar orientadas a desplazar a agentes económicos en mercados verticales o relacionados en presencia de incentivos que llevan a favorecer a socios comerciales frente a clientes independientes en mercados afines, pero en donde el apalancamiento de poder de mercado del agente que realiza la práctica es

¹⁷ Gual, J. et al. (2005) Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82. Accesible en https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf. Los autores en este artículo apoyan un enfoque de la política de competencia *basado en los efectos* y no *basada en la forma*. Dicho enfoque se centra en la presencia de efectos contrarios a la competencia que perjudican a los consumidores. La propuesta de análisis de competencia se basa en el examen de cada conducta concreta, sustentada en la teoría económica de incentivos y fundamentada en hechos.

Un trabajo complementario en el cual se explora de manera más amplia el análisis de competencia basado en efecto es el de *Ten Years of Effects-based Approach in EU Competition Law*, editado por Jacques Bourgeois y Denis Waelbroeck, Bruylant, 2012.

factible. Un ejemplo de este tipo de prácticas es el uso de franquicias para desplazar a comercializadores independientes aguas abajo en favor de franquiciatarios.¹⁸

El desplazamiento de los rivales puede darse porque *competidores actuales* hayan sido excluidos o porque *competidores potenciales* hayan sido disuadidos a entrar en el mercado. De igual manera, los mecanismos de desplazamiento a competidores pueden ocurrir tanto del *lado de la demanda* como del *lado de los costos*. En el primer caso, una empresa puede bloquear a sus rivales el acceso a nuevos clientes a través del incremento de los costos de traspaso (o *switching costs*), del empaquetamiento de productos, de la saturación de los canales comerciales, como es el caso de la proliferación de marcas. En el segundo caso, una empresa establecida puede disuadir la entrada de nuevos competidores, desplazar a los competidores actuales al elevarles los costos de operación mediante el aumento del precio de insumos necesarios para la producción —por ejemplo, a través de la negativa al acceso de insumos esenciales— o la realización de inversiones estratégicas que disuadan la entrada.¹⁹

Es importante destacar que aun cuando existen distintas conductas que tienen efectos de desplazamiento, las conductas investigadas por las autoridades de competencia proceden solamente para aquellas que estén tipificadas en la ley. Por ejemplo, la realización de conductas de precios límite (*limit pricing*) pudieran tener efectos negativos sobre el proceso de competencia, aun cuando no se encuentran usualmente tipificadas en la ley como ilegales.²⁰ En el caso de esta conducta, por ejemplo, la empresa que la realiza puede estar sacrificando ganancias a corto plazo para obligar a los competidores a abandonar un mercado o a disuadir su entrada. Existen, sin embargo, conductas con efectos similares—tal como la depredación de precios—que usualmente entran dentro del catálogo de conductas que permiten promover una investigación por prácticas monopólicas.

Es así como aquí comenzamos a integrar los efectos dañinos de conductas tipificadas en las leyes de competencia y a encuadrarlas con los estándares de las pruebas de competencia en los méritos que se mencionaron en la sección anterior.²¹

Para determinar si una práctica adopta una estrategia de desplazamiento, es crucial mostrar indicios de que:

¹⁸ Fumagalli, Motta & Calcagno (2018) *Exclusionary practices: The economics of monopolization and abuse of dominance*. Cambridge University Press.

¹⁹ Belleflamme & Peitz (2016) *Industrial Organization* (2nd ed.). Cambridge University Press. En este sentido, las prácticas pueden ser vistas como conductas que buscan desplazar a competidores actuales o como barreras que buscan disuadir a competidores potenciales.

²⁰ Milgrom, Paul, and John Roberts (1982) "Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis." *Econometrica* 50, no. 2 (1982): 443–59. <https://doi.org/10.2307/1912637>.

²¹ OECD (2011). *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*. Accesible en <https://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>.

- i. La empresa que realiza la práctica tiene la posibilidad de dañar el proceso de competencia mediante el abuso de su poder sustancial de mercado;
- ii. La empresa con poder de mercado que realiza la conducta tiene los incentivos para hacerlo, es decir, el desplazamiento de sus rivales resultará rentable, ya sea incrementando o manteniendo su poder;
- iii. La práctica induce un daño a la competencia y, por lo tanto, a los consumidores. Por ejemplo, el cierre de un mercado a sus rivales (*foreclosure*) puede terminar afectando negativamente a los consumidores, incrementando los precios o reduciendo la producción. Es decir, existe un mecanismo económico que puede sustentar que la realización de la práctica efectivamente pueda afectar negativamente al proceso de competencia y a los consumidores.

El análisis de la capacidad de dañar —existencia de poder de mercado— y los incentivos para realizar una práctica como una estrategia de desplazamiento depende de la conducta específica. Por esta razón se recomienda que el análisis se elabore caso por caso.

Sin embargo, en términos generales, analizar los incentivos que tiene el agente investigado para desplazar a competidores implica realizar un balance entre los costos y los beneficios de la empresa con y sin la conducta de desplazamiento. Tal balance puede incluir los costos y beneficios de la empresa en todos los mercados que se vean afectados por la conducta de desplazamiento, ya sea en el momento o en un futuro plausible.²²

Para fines prácticos y para el debido desahogo de los procedimientos de investigaciones por PMR, el análisis que efectúe la autoridad respecto a la ilegalidad de una conducta en particular debe estar guiado por una o varias teorías de daño del caso investigado. A continuación, abundamos sobre estas.

3.1 TEORÍA DE DAÑO

El proceso de competencia exige de las empresas esfuerzos por ganar la atención y las preferencias de los consumidores. Estos esfuerzos se materializan usualmente en el ofrecimiento de productos y servicios a precios atractivos, con niveles de calidad y

²² A modo de ejemplo, generalmente la depredación de precios afecta a un único mercado, por lo que analizar los incentivos de la empresa para realizarla como una estrategia de desplazamiento implica considerar si el aumento en los beneficios en el mercado de referencia que resultaría de incrementar los precios, una vez que los competidores hayan sido desplazados, superaría los costos de la estrategia, es decir, las pérdidas del periodo de depredación. Por su parte, una empresa verticalmente integrada podría querer monopolizar el mercado aguas abajo con el propósito de aumentar sus beneficios en este mercado, por ejemplo, mediante una estrategia de estrechamiento de márgenes sobre sus rivales. Sin embargo, monopolizar el mercado aguas abajo al mismo tiempo podría implicar reducir sus ventas y, muy probablemente, sus beneficios en el mercado aguas arriba. Analizar los incentivos que tiene la empresa para realizar el estrechamiento de márgenes como una estrategia de desplazamiento implicará comparar las potenciales ganancias en el mercado aguas abajo con las potenciales pérdidas de beneficios en el mercado aguas arriba derivadas de tal estrategia.

variedad que superen a los de sus rivales. Por lo general, las empresas menos eficientes en poder atraer los gustos y preferencias de los consumidores en el mercado terminan siendo desplazadas por las mismas fuerzas del mercado.

Existe igualmente la posibilidad que el desplazamiento de algunas de las empresas que operan en el mercado sea por efecto de la realización de conductas por parte de empresas con poder sustancial. En estos casos el desplazamiento de empresas rivales en el mercado —tan eficientes como el resto de las empresas en el mercado— es el resultado del abuso del poder sustancial que se expresa en la conducta realizada por la empresa que detenta ese poder.

De lo anterior se deriva la dificultad de distinguir entre el desplazamiento de empresas rivales producto de las fuerzas del mercado del desplazamiento producto de la realización de conductas anticompetitivas por parte de las empresas con poder sustancial en el mercado.

Esta dificultad de distinguir entre ambas fuentes de desplazamiento se conoce como el *problema de identificar* la causa efectiva del desplazamiento. La identificación de la causa exige el planteamiento de hipótesis de trabajo por parte de la autoridad investigadora que no sólo se sustente en la existencia de poder sustancial y la existencia de la conducta, sino igualmente la actualización del daño al proceso de competencia y al bienestar de los consumidores. Para resolver este problema de identificación se requiere el establecimiento de una **teoría de daño**.

Una teoría de daño es un conjunto de hipótesis de trabajo que permitan establecer de manera explícita los mecanismos legales, económicos y de incentivos a través de los cuales las conductas específicas por parte de una empresa con poder sustancial de mercado puedan afectar negativamente el bienestar de los consumidores producto del desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancialmente de su acceso al mercado o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos que le beneficie.

La comprobación o invalidación de los elementos que describe la teoría de daño debe realizarse mediante pruebas legales, económicas y de hechos. Es únicamente cuando se tiene suficiente evidencia que avala la hipótesis de existencia de daño económico cuando la conducta puede considerarse violatoria de la ley de competencia.

Plantear una teoría de daño permite a las autoridades tener un enfoque más claro sobre lo que se requiere investigar y probar y, al mismo tiempo, definir de manera clara los elementos que se requieren para contrastar dicha teoría. Es decir, la teoría de daño facilita la elaboración de un plan de trabajo claro y la determinación de los elementos teóricos y empíricos que deben recabarse relacionados con el caso particular o conducta que se investiga.

Por el lado del investigado, el hecho de que una autoridad plantee y siga una teoría de daño, le permite plantear posibles hipótesis sobre los hechos que hacen a la autoridad

presumir su probable responsabilidad y construir escenarios de defensa o encontrar posibles conductas que pudieran dañar la competencia. Así, una teoría de daño representa un mecanismo que incrementa la predictibilidad de un análisis económico de efectos al analizar una conducta y al hacerlo, contribuye a mejorar la certidumbre jurídica de todos los jugadores en una economía.

El enfoque de esta sección será la construcción de una teoría de daño por parte de una autoridad, pero eso no excluye que pueda construirla cualquier agente económico.

El planteamiento de una teoría de daño bien desarrollada constituye una herramienta eficaz para filtrar las prácticas que tienen el potencial real de causar un daño al mercado de aquellas que no lo tienen, así como de aquellas que podrían resultar procompetitivas. La teoría de daño debe satisfacer ciertos criterios básicos, como son:

²³

- i. La autoridad debe enfocarse en **identificar el daño** que le preocuparía pudiera surgir a partir de la práctica. De esta manera, debiera asegurarse que la narrativa económica, tanto el análisis como los hechos, sea consistente y verificable con el daño bajo investigación.²⁴
- ii. Debe articular cómo la competencia y, en última instancia, los consumidores se verán afectados con relación a un **contrafactual**.²⁵ Esto implica comparar el

²³ Véase (Zegner y Walker 2012).

²⁴ Gual, J. et.al. (2005) Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82. Accesible en https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf

²⁵ El contrafactual es el escenario alternativo que sería observado en ausencia o presencia de una práctica y sirve como punto de referencia para determinar si dicha práctica es deseable o no. Los contrafactuales pueden ser de dos tipos: *ex ante* y *ex post*. Un contrafactual *ex ante* se construye suponiendo que la práctica no ha ocurrido, por lo que se especula sobre un futuro alternativo, cuando la práctica ocurra. El análisis de concentraciones es un ejemplo en el que las autoridades de competencia utilizan un contrafactual *ex ante* para determinar si la concentración pudiera derivar en restricciones a la competencia. Un contrafactual *ex post* se construye suponiendo que la práctica ya ha ocurrido, por lo que se conjetura un pasado alternativo, si la práctica no hubiera ocurrido. Para el caso de análisis de prácticas monopólicas relativas, el contrafactual *ex post* lo constituye el hipotético resultado del mercado que hubiera sido observado si la conducta no hubiera ocurrido.

La construcción de un contrafactual *ex post* en el análisis de competencia requiere establecer cómo una empresa no dominante se comportaría en las mismas circunstancias que la empresa investigada con poder de mercado. Este análisis se utiliza para determinar si la empresa con poder de mercado está utilizando su posición para fines anticompetitivos. Este test implica la construcción de un escenario hipotético en el que una empresa no dominante se encuentra en la misma situación que la empresa investigada y se analiza cómo se comportaría en ese escenario.

La construcción de un contrafactual en antitrust debe incluir una evaluación de cómo una empresa no dominante se comportaría en las mismas circunstancias que la empresa investigada con poder de mercado. Según el documento, el contrafactual debe incluir una evaluación de los siguientes elementos:

- La estructura del mercado y la posición de la empresa investigada en ese mercado.
- La conducta de la empresa investigada y cómo afecta a la competencia.
- La conducta que se espera de una empresa no dominante en el mismo mercado.
- La respuesta de los competidores y los consumidores a la conducta de la empresa investigada y la empresa no dominante.

escenario que resultó de la práctica con aquel que se habría observado en ausencia de dicha práctica para determinar sus efectos en el mercado.

- iii. Debe ser **internamente consistente** desde el punto de vista lógico. Esto implica que los razonamientos que llevaron a la conclusión del daño anticompetitivo sean coherentes y no den como resultado contradicciones o ambigüedades al recabarse información a lo largo de la investigación.
- iv. Debe **considerar los incentivos** que las distintas partes enfrentan. Por ejemplo, una empresa verticalmente integrada no tendrá incentivos a desplazar competidores en un mercado competitivo descendente (en donde no puede influir en el precio), ya que, de hacerlo, lo más probable es que se reduzcan sus ventas y con ello sus beneficios. En consecuencia, es poco probable que una teoría de daño que plantee un desplazamiento anticompetitivo en el mercado descendente sobreviva a este criterio.
- v. Debe ser **coherente** con, o por lo menos no contradecir la evidencia empírica recabada. Por ejemplo, si se concluye que la práctica desplaza a competidores, tales conclusiones deberían ser respaldadas con datos o información que confirmen dichas conclusiones.

Cabe notar que, tal y como lo mencionan Gual *et al.* (2005), en contraste con un análisis que se enfoca en la forma que toma la conducta, el análisis plasmado en la teoría de daño acerca de los efectos que pudiera causar una conducta, pone menos énfasis en la verificación del poder sustancial de mercado. El resultado de encontrar daño a través de esta metodología es en sí mismo un elemento de prueba en establecer la existencia de poder sustancial de mercado. Esto no exime a la autoridad o a las partes de determinar el poder sustancial de mercado conforme a la Ley. Establecer y verificar una teoría de daño complementa este último ejercicio.

A. CÓMO INFERIR DAÑO PARA DISTINTOS MECANISMOS DE DESPLAZAMIENTO DE MERCADO

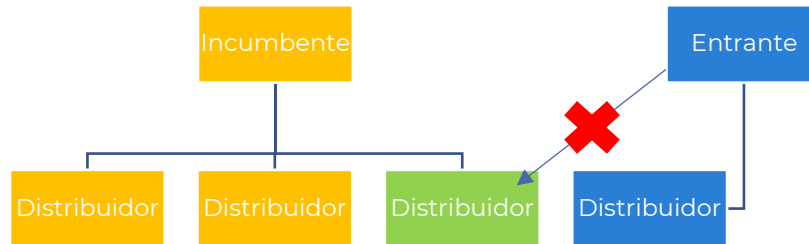
3.1.A.1 DESPLAZAMIENTO HORIZONTAL DE MERCADO

El desplazamiento horizontal de mercado ocurre cuando un operador incumbente — un operador histórico o establecido— establece una relación vertical con un distribuidor en agua abajo con el compromiso de éste de no comprar a proveedores alternativos durante un periodo de referencia determinado. La no existencia del compromiso de manera *ex ante* impediría que el operador establecido pudiera explotar los beneficios de iniciar la relación como un mecanismo para impedir la entrada de un competidor rival horizontal. Nótese que aun cuando la conducta se

-
- Los efectos a corto y largo plazo de la conducta de la empresa investigada y la empresa no dominante en el mercado.

El análisis contrafactual también puede incluir una evaluación de los costos y beneficios de la conducta de la empresa investigada y la empresa no dominante.

realiza de manera vertical entre la empresa incumbente y el distribuidor, su efecto es el desplazamiento de un competidor horizontal.



Existen distintos factores económicos que facilitan en este caso la exclusión del competidor horizontal. En primer lugar, para que una entrada (o expansión) de un nuevo operador sea exitosa se necesita contar con un número suficiente de compradores. La entrada implica considerables costos fijos de explotación (en relación con el tamaño total del mercado). Es decir, cuando existen importantes economías de escala desde el lado de la oferta, el nuevo operador necesita vender a un número suficiente de compradores para alcanzar la escala eficiente. Por lo tanto, es suficiente que se impida que la empresa entrante no pueda alcanzar el nivel de escala que le permita minimizar sus costos (escala mínima eficiente) y que, por tanto, le impida operar al menos como un operador igualmente eficiente en el mercado que el operador incumbente. En ocasiones, es incluso suficiente lograr crear la percepción de que el operador entrante no podrá alcanzar el nivel de escala mínima eficiente para que los distribuidores exclusivos no tengan incentivos para desviarse del acuerdo original. De igual manera, las economías de escala pueden verse del lado de la demanda cuando existen externalidades de redes y la empresa entrante necesita alcanzar un nivel mínimo de masa crítica de consumidores de sus productos y así captar la atención de éstos.

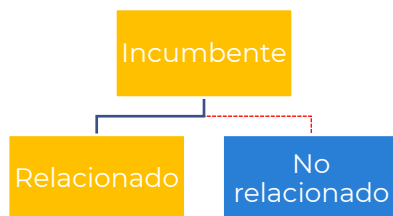
Existen diversos aspectos de las relaciones contractuales y el grado de asimetría entre los distribuidores que puede hacer más o menos grave el potencial de desplazamiento o cierre del canal a potenciales entrantes. Por ejemplo, la duración de los contratos de exclusividad. Mientras más larga sea la duración de los contratos de exclusividad, mayor es la dificultad de entrada de nuevos operadores o su expansión. Otro aspecto es el tamaño relativo de los distintos distribuidores. Las asimetrías en tamaño de los distribuidores permiten al operador establecido acercarse a los distribuidores de mayor tamaño y captar su atención de inicio, reduciendo la posibilidad de negociación de aquellos distribuidores de menor tamaño. Finalmente, a mayor grado de competencia entre distribuidores, más difícil es la capacidad del operador incumbente de poder impedir que los operadores entrantes puedan entrar y alcanzar su nivel de masa crítica o nivel de escala eficiente.

Los contratos de exclusividad tienen asimismo elementos de eficiencia, particularmente cuando involucran inversiones específicas a la relación y/o inversiones que no pueden incluirse específicamente en los contratos y que involucran esfuerzos no verificables. La posibilidad de establecer contratos de exclusividad da a las partes la posibilidad de atenuar los problemas de inconsistencia intertemporal que involucra que alguna de las partes se desvíe del compromiso e incumpla contractualmente el acuerdo. Este fenómeno trae consigo el problema de la suspensión de la inversión específica (*hold-up*) con los costos en eficiencia que involucra. Por ello, el análisis de este tipo de conductas podría considerar el estudio de potenciales eficiencias que pudieran derivar en beneficios para los consumidores o mejoras en los productos o servicios.

3.1.A.2 CIERRE VERTICAL DE MERCADO

Otro tipo de desplazamiento ocurre cuando el incumbente discrimina entre sus distintos distribuidores que participan en el canal vertical. En particular existen distribuidores que son parte relacionada o la relación con el incumbente es de mayor exclusividad que otros distribuidores. Dado que la distinción ocurre entre los distribuidores de una misma marca, este tipo de conductas se denominan problemas de competencia intramarca.

Por lo general, este tipo de conductas no tienen efectos graves de desplazamiento, particularmente porque los intereses de las empresas aguas abajo están usualmente alineados con los intereses del operador incumbente. Los problemas surgen cuando pueda haber un trato discriminatorio por tipo de distribuidor y el operador incumbente tiene un poder de mercado que impide a cualquiera de los distribuidores tener opciones de compra de otros proveedores.



B. DISTINGUIENDO ENTRE UN "BALANCING ACT" Y UNA DEFENSA POR EFICIENCIAS

El "balancing act" se refiere al proceso de equilibrar los efectos anticompetitivos de una conducta o práctica con sus posibles beneficios económicos o no económicos. En otras palabras, implica sopesar los efectos negativos en la competencia contra los beneficios que pueden derivarse de esa conducta. Este enfoque busca determinar si los beneficios superan los perjuicios y si, en última instancia, la conducta debe ser permitida o prohibida.

El "balancing act" es particularmente relevante en casos en los que la conducta anticompetitiva puede tener efectos negativos en la competencia, pero también

puede tener justificaciones legítimas o beneficios para la sociedad en general. Por ejemplo, en situaciones en las que ciertas restricciones o acuerdos pueden promover la innovación o la inversión, los tribunales o las autoridades de competencia deben sopesar cuidadosamente estos aspectos antes de tomar una decisión.

La defensa por eficiencia, por otro lado, se refiere a un argumento que se presenta para justificar una conducta anticompetitiva en función de los beneficios económicos que generan. Se argumenta que la conducta anticompetitiva tiene efectos procompetitivos o eficiencias económicas que superan los perjuicios para la competencia y los consumidores.

Este tipo de defensa por eficiencia se basa en la premisa de que ciertas prácticas anticompetitivas pueden generar beneficios económicos sustanciales, como eficiencias en la producción, innovación, inversiones o mejoras en la calidad del producto o servicio. Sin embargo, para que esta defensa sea aceptada, generalmente se requiere que los beneficios superen significativamente los perjuicios y que no haya alternativas menos restrictivas para lograr esos beneficios.

Es importante destacar que la defensa por eficiencia debe estar respaldada por evidencia sólida y argumentos persuasivos para ser considerada válida por los tribunales o las autoridades de competencia. Además, no todas las jurisdicciones aceptan esta defensa o aplican el mismo estándar para evaluarla.

La diferencia entre el "balancing act" y la defensa por eficiencia radica en que la defensa por eficiencia se refiere a la justificación de una conducta anticompetitiva en términos de su eficiencia económica, mientras que el "balancing act" implica sopesar los efectos anticompetitivos y procompetitivos de una conducta para determinar si es anticompetitiva en general. La defensa por eficiencia se utiliza para justificar una conducta que tiene efectos anticompetitivos, pero que también tiene efectos procompetitivos que superan a los efectos anticompetitivos. Por otro lado, el "balancing act" se utiliza para determinar si una conducta es anticompetitiva en general, incluso si tiene efectos procompetitivos, y requiere un análisis más detallado de los efectos de la conducta en el mercado.

3.2 CONDUCTAS CONSIDERADAS EN LA LEY

Una vez explicadas las características, enfoques y métodos de evaluación de posibles conductas anticompetitivas, en esta sección se desarrollan algunas de las hipótesis específicas que la autoridad podría evaluar para que, en caso de que se acrediten, pueda establecer que la conducta analizada puede tener el objeto o efecto de afectar las condiciones de competencia en los mercados analizados.

Las diversas prácticas enunciadas en el artículo 12 de la Ley N.º 7472 como posibles PMR pueden dividirse en dos categorías: acuerdos verticales (o restricciones verticales) y otras prácticas comerciales.

Martin (2010), define las restricciones verticales como acuerdos y disposiciones contractuales entre fabricantes y distribuidores que comprometen a ambas partes a realizar o evitar determinados tipos de conducta, y limitan las opciones de una o ambas partes en una relación de largo plazo.²⁶ Las restricciones verticales pueden clasificarse en: restricciones verticales relacionadas con el precio y restricciones verticales no relacionadas con el precio. Bajo ciertas condiciones, ambos tipos de restricciones verticales pueden constituir una PMR.

Algunos ejemplos de restricciones verticales son:

- Las exclusividades en sus distintas modalidades
- La imposición de precios de reventa
- El boicot colectivo
- Negativa de trato
- Elevación de costos de los rivales

A su vez, el artículo 12 de la Ley N.º7472 anuncia otra serie de prácticas comerciales que no necesariamente implica algún tipo de relación vertical entre el mercado relevante y los mercados adyacentes. Estas prácticas pueden darse solo en el mercado relevante o entre mercados complementarios. Algunos ejemplos de estas prácticas son:

- Las ventas atadas o empaquetamiento
- La imposición de precios predatorios

A continuación, para cada práctica enunciada en las fracciones del artículo 12 de la Ley N.º7472 se detalla cómo estas pueden afectar a la competencia mediante el desplazamiento o exclusión de competidores y se presentan algunas de las explicaciones de cómo estas prácticas buscan generar eficiencias y no necesariamente afectar el proceso de competencia.

A. LA FIJACIÓN, LA IMPOSICIÓN O EL ESTABLECIMIENTO DE LA COMPRA, VENTA O DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE BIENES O SERVICIOS, POR RAZÓN DEL SUJETO, LA SITUACIÓN GEOGRÁFICA O POR PERÍODOS DE TIEMPO DETERMINADOS, INCLUYENDO LA DIVISIÓN, LA DISTRIBUCIÓN O LA ASIGNACIÓN DE CLIENTES O PROVEEDORES, ENTRE AGENTES ECONÓMICOS QUE NO SEAN COMPETIDORES ENTRE SÍ.

Las conductas de esta fracción se relacionan con la restricción vertical denominada exclusividad. La exclusividad puede darse en dos sentidos. En el primer sentido, consiste en que un productor concede a un distribuidor el derecho exclusivo de comercializar un producto en un determinado mercado (exclusividad en la distribución). La exclusividad en la distribución puede darse en dos formas:

- i. Exclusividad territorial. El distribuidor es el único minorista que puede comercializar el producto en cuestión en una determinada área geográfica.

²⁶ Alternativamente, Salinger y Elbittar (2013) definen una restricción vertical como una condición a la venta distinta de la obligación del comprador de pagar un precio por el bien y del vendedor de entregar el bien. Cualquier desviación de estas condiciones sencillas de venta constituye una restricción vertical.

- ii. Cláusulas de distribución selectiva. El productor decide que su producto solo sea comercializado por un tipo específico de minorista.

En el segundo sentido, un comprador o distribuidor se compromete con un productor a comprar o distribuir exclusivamente el producto de este último (exclusividad en la compra).

Las exclusividades pueden resultar contrarias a la competencia cuando se utilizan como un mecanismo de desplazamiento. Por ejemplo, un productor podría emplear contratos de distribución exclusiva con el objetivo de desplazar competidores, de restringir la entrada de nuevos competidores y de mantener o aumentar su posición en el mercado.

En particular, un productor que cuente con poder de mercado puede usar los contratos de distribución exclusiva con el objetivo de reducir la demanda residual que enfrentan sus competidores o potenciales competidores y evitar que estos alcancen la escala mínima de producción que les permita entrar y permanecer en el mercado. Cuando la estrategia de desplazamiento se realiza de manera exitosa, en el largo plazo, el productor no enfrentará restricciones competitivas y podrá establecer precios más altos que los que fijaría en presencia de una mayor competencia.

La literatura económica reconoce que algunos contratos de distribución exclusiva pueden utilizarse por un productor que cuenta con poder de mercado como mecanismos para fijar barreras la entrada de nuevos productores, incluso más eficientes que aquel;²⁷ o para explotar la falta de coordinación en la compra de los distribuidores y evitar la entrada de potenciales competidores.²⁸

Las exclusividades también pueden perseguir objetivos procompetitivos, por ejemplo:

²⁹

- i. Las exclusividades territoriales pueden ayudar a eliminar el oportunismo en la prestación del servicio. Cuando un minorista que presta un buen servicio no puede apropiarse completamente de los beneficios de ese servicio, este puede convertirse en un bien que otros minoristas pueden aprovechar oportunistamente (oportunismo entre minoristas).

²⁷ Aghion y Bolton (1987) proponen un modelo en el que un productor y un minorista firman un contrato con una cláusula de exclusividad de la cual el último puede ser liberado (y poder comprar a otro productor) con el pago de una penalización. Los autores muestran que un contrato con tales características puede detener la entrada de un competidor del productor más eficiente y reducir el bienestar total que existiría en ausencia de dicho contrato.

²⁸ Rasmusen et al. (1991) y Segal y Whinston (2000) desarrollan modelos con muchos compradores que no pueden coordinar sus compras y un potencial competidor del productor necesita asegurar cierto número de ventas para cubrir sus costos fijos. El productor establecido puede ofrecer contratos de exclusividad a los compradores, por ejemplo, a cambio de una compensación que puede ser igual o diferente entre los compradores, y disuadir la entrada del competidor.

²⁹ Véase (Motta 2004).

- ii. Los contratos de distribución exclusiva pueden incentivar la inversión del productor en el servicio del minorista sin que esa inversión pueda ser aprovechada por otros productores (oportunismo entre productores).
- iii. Los contratos exclusivos de larga duración pueden incentivar inversiones específicas que pudieran perder su valor fuera de la relación comercial entre el productor y el distribuidor.
- iv. Las cláusulas de distribución selectiva pueden proteger la marca del productor cuando este comercializa sus productos solo a través de minoristas que implícitamente garantizan la calidad del servicio a los consumidores (el minorista ofrece un servicio de certificación de calidad a los clientes).

B. LA IMPOSICIÓN DEL PRECIO O LAS DEMÁS CONDICIONES QUE DEBE OBSERVAR UN DISTRIBUIDOR O PROVEEDOR, AL VENDER O DISTRIBUIR BIENES O PRESTAR SERVICIOS.

Entre otras, dos tipos de restricciones verticales que encuadran en esta fracción son la imposición, por parte de un productor, del precio de reventa o la cantidad de unidades a ser vendidas por un distribuidor.

La imposición del precio de reventa (IPR) surge cuando existe discrepancia entre lo que el productor y el distribuidor consideran que debería ser el precio cobrado a los consumidores finales. Como resultado, el productor busca influir en la decisión de precio del distribuidor. La IPR puede implicar desde la fijación por parte del productor del precio que debe ser cobrado al consumidor, el establecimiento de precios mínimos y máximos (tope mínimo y máximo), hasta la propuesta de un precio sugerido.

Con la imposición de cantidades (IC), el productor decide cuál es la cantidad de producto que el minorista debe o puede comprar. Esto va desde la obligación de adquirir una cantidad mínima del producto hasta restringir la venta a un número máximo de unidades.

La IPR o IC pueden resultar contrarias a la competencia cuando se utiliza como mecanismo de desplazamiento. Por ejemplo, un productor podría utilizar la IPR como un mecanismo para restringir la competencia y aumentar las barreras a la entrada. En particular, un productor con poder de mercado podría utilizar la IPR como un mecanismo para incentivar a los minoristas a comprometerse a no vender productos de competidores actuales o potenciales, por ejemplo, ofreciéndoles un margen de beneficios atractivo, con el objetivo de cortar a estos los canales de distribución.³⁰

La IPR y la IC pueden tener justificaciones económicas, por ejemplo:

- i. La IPR puede eliminar el problema de la doble marginalización (DM), que surge cuando, en una relación vertical en la que tanto el productor como el distribuidor cuentan con poder de mercado en sus respectivos eslabones de la cadena vertical, cada uno toma sus decisiones de precios y carga un margen de

³⁰ Véase (Elzinga y Mills 2008) y (OECD 2008).

beneficio positivo, lo que genera un precio a los consumidores finales más alto al que se observaría si aquellos estuvieran integrados.

La imposición de un precio de reventa igual al precio que se observaría si el productor y el distribuidor estuvieran integrados podría aumentar, hasta sus niveles óptimos, tanto la cantidad de unidades vendidas como el bienestar conjunto del productor y el distribuidor.³¹

- ii. De forma similar a la IPR, la IC puede resolver el problema de la DM. El productor podría imponer una compra mínima o igual a la demanda que se observaría si el distribuidor estableciera el precio de integración. Con esto, el distribuidor demandaría tal compra mínima y cargaría un precio igual al precio de integración, dando un resultado igual al escenario con IPR.
- iii. Una combinación de IPR e IC puede restaurar el resultado de integración vertical cuando se requiere que los minoristas inviertan en servicios que aumenten la percepción de la calidad del producto. Tal combinación induciría a los minoristas a realizar tal inversión al mismo tiempo que elimina el problema del oportunismo en la prestación de los servicios.³²

C. LA VENTA O LA TRANSACCIÓN CONDICIONADA A COMPRAR, ADQUIRIR, VENDER O PROPORCIONAR OTRO BIEN O SERVICIO ADICIONAL, NORMALMENTE DISTINTO O DISTINGUIBLE O SOBRE LA RECIPROCIDAD.

La conducta de esta fracción se relaciona con el término económico denominado venta atada. La venta atada o empaquetamiento es una práctica comercial en la que dos productos diferentes se venden juntos en proporciones fijas. Otras modalidades las

³¹ Por ejemplo, supongamos un mercado en el que la demanda está dada por la ecuación $q = a - p$ y que, además, los costos de producción del productor y de venta del distribuidor son c y 0 (con $a > c$), respectivamente. El costo unitario del distribuidor es enteramente el precio que pague al productor por cada unidad, w . En ausencia de integración vertical, el distribuidor cargará un precio a los consumidores finales igual a $\frac{3a+c}{4}$, venderá un total de $\frac{a-c}{4}$ y el beneficio conjunto del productor y distribuidor será de $\frac{3(a-c)^2}{16}$ ($\frac{(a-c)^2}{8}$ del productor y $\frac{(a-c)^2}{16}$ del distribuidor).

Por su parte, si existiera integración vertical, la organización cargaría un precio a los consumidores finales igual a $\frac{a+c}{2}$, vendería un total de $\frac{a-c}{2}$ y el beneficio conjunto del productor y distribuidor sería de $\frac{(a-c)^2}{4}$.

En ausencia de la posibilidad de una integración vertical, el productor podría imponer un precio de reventa al distribuidor igual a $\frac{a+c}{2}$ —que es menor al $\frac{3a+c}{4}$ que cargaría el distribuidor por su cuenta—, pudiendo alcanzar ventas de $\frac{a-c}{2}$ y un beneficio conjunto de $\frac{(a-c)^2}{4}$ —que es mayor al $\frac{3(a-c)^2}{16}$ que alcanzarían actuando por separado—. La forma en que el productor y el distribuidor se reparten los beneficios conjuntos dependerá del poder de negociación que exista entre ellos y, por ende, del precio w que el productor cargue al distribuidor.

³² Mathewson y Winter (1984) desarrollan un modelo con dos externalidades de distinta naturaleza en presencia de una relación vertical, con distribuidores que deben realizar un esfuerzo para aumentar la percepción de la calidad del producto. En primer lugar, la relación vertical genera el problema de DM. Y, en segundo lugar, el esfuerzo realizado por un distribuidor genera un efecto indirecto en los distribuidores rivales, es decir, existe un efecto oportunista entre distribuidores (el modelo también puede reproducir el caso en que no existe tal efecto). Los autores muestran que una combinación de IPR e IC induce a los minoristas a realizar el esfuerzo óptimo que restaura el resultado de integración vertical.

constituyen el empaquetamiento mixto, que ofrece la posibilidad de elegir entre un paquete y productos separados; y la venta atada con requerimientos variables, en la que el vendedor exige al comprador adquirir un producto y todas las unidades extras del otro producto.

Las ventas atadas pueden resultar contrarias a la competencia cuando se utilizan como mecanismos de desplazamiento. Esto puede suceder en diversas situaciones, por ejemplo:

- i. Una empresa que tiene poder en un mercado podría atar el producto de este mercado al producto de un mercado relacionado con el propósito de desplazar a competidores en este último mercado. El objetivo de la venta atada es capturar a los consumidores que adquieren los productos de ambos mercados, reduciendo la demanda residual del resto de productores en el mercado relacionado y, con esto, evitando que alcancen la escala mínima de producción que requieren para operar y permanecer en el mercado.³³
- ii. Una empresa con poder de mercado en un mercado primario podría atar su producto con un producto complementario de un mercado relacionado con el objetivo de mantener su posición dominante el mercado primario. El objetivo y el mecanismo de desplazamiento en este caso son similares al caso anterior.³⁴
- iii. Una empresa que cuenta con poder en dos mercados puede atar la venta de ambos productos para eliminar o restringir la competencia en ambos mercados. La venta atada puede dificultar la entrada de competidores que solo ofrezcan productos en alguno de ambos mercados, evitando que tales competidores alcancen la escala mínima de producción para ingresar o mantenerse en el mercado y, en última instancia, proteger el poder que la empresa ostenta en ambos mercados. Las ventas atadas que se utilizan como mecanismos de desplazamiento para mantener el poder en dos mercados pueden realizarse de manera exitosa, sean o no ambos productos complementarios.³⁵

Las ventas atadas pueden tener justificaciones económicas, por ejemplo:

³³ Véase Whinston (1990).

³⁴ Véase Carlton y Waldman (2002).

³⁵ Choi y Stefanadis (2001) desarrollan un modelo con una empresa que tiene el monopolio en dos mercados con productos complementarios. La venta atada puede disminuir los incentivos de potenciales competidores para invertir en innovación y evita que estos desplacen a la empresa establecida.

Nalebuff (2004) desarrolla modelo con un entorno oligopolístico y una empresa que tiene poder en dos mercados. El empaquetamiento dificulta la entrada de empresas que ofrecen productos en uno solo de esos mercados y la empresa establecida puede defender ambos mercados sin tener que fijar precios más bajos en cada uno de ellos.

Peitz (2008) desarrolla un modelo en el que una empresa establecida puede utilizar el empaquetamiento para evitar la entrada en un mercado con productos diferenciados. La empresa puede empaquetar de manera óptima independientemente de la entrada y, cuando el competidor no ingresa al mercado, los beneficios son grandes y se reduce el bienestar.

- i. Si existen economías de alcance por el lado de la oferta o de la demanda, podría resultar más eficiente producir o vender los productos de manera conjunta.³⁶
- ii. El empaquetamiento podría permitir identificar a consumidores con diferentes niveles de valoración.³⁷
- iii. Las ventas atadas con requerimientos variables podrían servir a las empresas como mecanismos de discriminación de precios y aumentar sus beneficios.³⁸
- iv. El empaquetamiento puede representar una respuesta al problema de información asimétrica. Un producto podría funcionar adecuadamente solo si se combina con ciertos componentes. Las empresas podrían combinar los componentes adecuados para evitar posibles problemas de reputación que podrían surgir si los consumidores no los combinan de la manera adecuada.

D. LA VENTA, LA TRANSACCIÓN O EL OTORGAMIENTO DE DESCUENTOS O BENEFICIOS COMERCIALES, SUJETOS A LA CONDICIÓN DE NO USAR, ADQUIRIR, VENDER NI PROPORCIONAR LOS BIENES O SERVICIOS DISPONIBLES Y NORMALMENTE OFRECIDOS A TERCEROS.

La conducta de esta fracción se relaciona con otro tipo de exclusividad. A diferencia de las exclusividades de la fracción a), este tipo de exclusividad implica acuerdos entre un productor y un distribuidor en el que el último se compromete a adquirir todas sus compras, o una fracción considerable de ellas, del primero a cambio de algún tipo de beneficio.

³⁶ Existen economías de alcance del lado de la oferta cuando el costo de producir dos productos o servicios por la misma empresa es menor que cuando son producidos por empresas separadas. Las economías de alcance del lado de la demanda se presentan cuando la demanda de una variedad de bienes es mayor que si los mismos bienes se ofrecieran individualmente.

Bourreau y De Streel (2019) argumentan que hay economías de alcance por la presencia de insumos que se comparten en el proceso de producción —es decir, existen insumos que se usan para producir un producto pueden ser usados también para producir otros productos—y en el desarrollo de productos. Por su parte, las sinergias en el consumo surgen cuando los consumidores valoran positivamente el adquirir productos o servicios de un mismo vendedor, ya sea porque prefieren recibir un único cobro por menores costos de transacción o porque la empresa desarrolla vínculos entre los diferentes productos para aumentar la complementariedad entre ellos.

³⁷ Supongamos, por ejemplo, que existen un monopolista que produce dos productos A y B, y dos consumidores $\tilde{C}$ y $\bar{C}$. Las valoraciones del consumidor $\tilde{C}$ por los productos A y B son $\tilde{C}_A = 7$ y $\tilde{C}_B = 5$, respectivamente; mientras que las valoraciones del consumidor $\bar{C}$ por los productos A y B son $\bar{C}_A = 4$ y $\bar{C}_B = 8$, respectivamente. Supongamos también que los costos de producción de monopolista son cero para ambos productos. Si el monopolista solo pudiera vender sus productos por separado, establecería un precio de 4 para el producto A, un precio de 5 para el producto B y obtendría un beneficio de 18 (8 por las ventas del producto A y 10 por las del B). En cambio, si el monopolista vende los productos empaquetados a un precio de 12, ambos consumidores adquieren el paquete y el beneficio del monopolista sería de 24. Véase Motta (2021).

³⁸ Por ejemplo, supongamos que una empresa vende productos complementarios que son utilizados por los consumidores con diferentes niveles de intensidad (teléfono y datos, fotocopidora y cartuchos de tinta, etc.). La empresa podría establecer un precio bajo por el producto “principal” y un precio alto por el producto complementario, y con ello extraer mayor beneficio de los consumidores dependiendo de su intensidad de uso.

El mecanismo de desplazamiento es semejante al de las exclusividades enunciadas en la fracción a). Es decir, un agente económico que cuente con poder de mercado puede condicionar la venta, alguna otra transacción o el otorgamiento de descuentos bajo la condición de no vender, usar o adquirir productos de terceros, con el objetivo de reducir la demanda residual que enfrentan sus competidores o potenciales competidores. Esto con el fin de evitar que sus rivales alcancen la escala mínima de producción que les permita entrar y permanecer en el mercado.

Este tipo de exclusividades también podrían tener justificaciones económicas, por ejemplo:

- i. Algunos de estos descuentos pueden estar justificados por ahorros en costos, por ejemplo, los descuentos por volumen que deriven en economías de escala, los descuentos por pago inmediato, los que sean resultado de menores costos de transporte o los que recompensan a los minoristas por realizar algún tipo de promoción.³⁹
- ii. El productor podría realizar algún tipo de inversión en el servicio del distribuidor y aumentar la percepción de la calidad del producto de la que ambos se beneficiarían. La exclusividad evitaría que otros productores se aprovechen de esa inversión (oportunismo entre productores).

E. LA CONCERTACIÓN ENTRE VARIOS AGENTES ECONÓMICOS O LA INVITACIÓN A ELLOS PARA EJERCER PRESIÓN CONTRA ALGÚN CLIENTE O PROVEEDOR, CON EL PROPÓSITO DE DISUADIRLO DE UNA CONDUCTA DETERMINADA, APLICAR REPRESALIAS U OBLIGARLO A ACTUAR EN UN SENTIDO ESPECÍFICO.

La conducta de esta fracción se relaciona con el término económico denominado boicot vertical o boicot colectivo. El boicot colectivo es una situación en la que un grupo de agentes económicos acuerdan no comprar o vender a un tercer agente a menos que este acepte los términos y condiciones del grupo.

Los boicots colectivos resultar contrarios a la competencia, especialmente cuando se utiliza como mecanismo de desplazamiento por un grupo de agentes que cuenta con poder de mercado. Algunos ejemplos ilustrativos de boicots colectivos con propósitos de desplazamiento son:

- i. Acuerdos entre competidores que tienen el propósito de desplazar o restringir la entrada de competidores en el mercado. Un grupo de distribuidores que cuente con poder de mercado conjuntamente pueden presionar a un productor (o grupo de productores) para evitar que este venda en absoluto o restrinja el número de unidades vendidas, a otros distribuidores reales o potenciales. El objetivo de esta conducta es mantener el poder de mercado conjunto que tiene el grupo reduciendo o limitando la cantidad que se oferta en el mercado.

³⁹ Motta (2021).

- ii. Los acuerdos entre competidores que tienen el propósito de eliminar a competidores “rebajadores de precios”. Un productor puede comprometerse paralelamente con un grupo de distribuidores a no suministrar el bien que produce a un grupo específico de distribuidores; por ejemplo, a distribuidores con reputación de ofrecer precios bajos. El caso análogo es cuando un distribuidor se compromete paralelamente con un grupo de productores a no vender productos de otros productores. La condición para esta conducta es que exista un productor o distribuidor común en las relaciones comerciales. El objetivo de la conducta es evitar la entrada de potenciales competidores que presionen los precios a la baja y, con esto, mantener el poder de mercado conjunto que ostenta el grupo.⁴⁰

Algunas jurisdicciones cuentan con procedimientos de autorización para que grupos de agentes realicen ciertas categorías de boicots colectivos. Por ejemplo, Australia y Nueva Zelanda ofrecen a las empresas la posibilidad de solicitar la autorización de la autoridad de competencia para hacer ciertos tipos de negociaciones colectivas, que podrían incluir compras conjuntas y que de otro modo resultarían contrarias a las leyes de competencia. El objetivo de estas disposiciones es ofrecer un conducto para que acuerdos que resultan benéficos para los consumidores se realicen a pesar de que puedan reducir la competencia.⁴¹

F. LA PRODUCCIÓN O LA COMERCIALIZACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS A PRECIOS INFERIORES A SU COSTO MEDIO POR PERIODOS PROLONGADOS Y CUANDO EXISTAN INDICADORES DE QUE LAS PÉRDIDAS PUEDEN SER RECUPERADAS MEDIANTE AUMENTOS FUTUROS DE PRECIOS, SALVO EL CASO DE LAS PROMOCIONES O LA INTRODUCCIÓN DE PRODUCTOS NUEVOS A PRECIOS ESPECIALES.

La conducta de esta fracción se relaciona con el término económico denominado depredación de precios. La depredación de precios es una práctica comercial en la que una empresa deliberadamente establece precios por debajo de sus costos.

La depredación de precios puede resultar anticompetitiva cuando se utiliza como una estrategia para desplazar a competidores o disuadir su entrada al mercado, por ejemplo:

- i. Una empresa puede establecer temporalmente precios por debajo de sus costos con el propósito de desplazar competidores. Una empresa establecida podría iniciar una guerra de precios en el mercado ante la entrada de un competidor. Si la empresa establecida cuenta con más recursos (o con acceso a fuentes de financiamiento no costosas) que el nuevo competidor para soportar

⁴⁰ Véase página de internet de la Comisión Federal de Comercio de los Estado Unidos para una mayor explicación de boicots colectivos, consultada el 2 de diciembre de 2022: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/group-boycotts>.

⁴¹ (OECD 2022).

las pérdidas de la guerra de precios, eventualmente podría desplazar al entrante y recuperar su posición monopólica.⁴²

- ii. Una empresa establecida podría utilizar la depredación de precios como una forma de crearse una fama de ser fuerte y agresivo y disuadir la entrada de potenciales competidores. Por ejemplo, si existe información asimétrica entre una empresa establecida y un potencial entrante con relación a los costos de la primera o la demanda del mercado, la empresa establecida podría establecer temporalmente precios por debajo de sus costos para explotar tal asimetría y, con esto, generar expectativas pesimistas en el potencial entrante y disuadir su entrada.^{43, 44}

Una característica importante es que la venta por debajo de los costos sea temporal. Por lo tanto, si bien el establecimiento de precios por debajo de los costos implica pérdidas temporales para la empresa, una vez que la empresa expulsa a los competidores del mercado o haya evitado su entrada, esta podrá actuar de manera unilateral sin enfrentar restricciones competitivas, lo que podría permitirle establecer precios cercanos a los del monopolio.

En este sentido, existen dos condiciones esenciales que se deben cumplir para la acreditación de la depredación de precios: i) que la empresa fije precios por debajo de sus propios costos; y ii) que la conducta dé como efecto que la empresa depredadora puede finalmente actuar sin los efectos restrictivos de la competencia y recuperar las pérdidas que pudo haber tenido durante la etapa predatoria.⁴⁵

En lo que respecta a la primera condición, no existe consenso sobre cuál debería ser la referencia de costos que debe utilizarse para que un precio sea considerado predatorio. Las pruebas tradicionales como el costo medio variable (CMV) o el costo medio total han sido empleadas principalmente por su facilidad con relación a otras pruebas de costos, aunque la prueba de costos medios evitables (CME) ha ganado adeptos entre

⁴² Benoit (1984) desarrolla un modelo de “cartera abultada” con información asimétrica en la que un potencial entrante se compromete a iniciar una guerra de precios con la empresa establecida en caso de entrar al mercado. El autor muestra que los mayores recursos con los que cuenta la empresa establecida para sobrevivir la guerra de precios (tiene una cartera más abultada) le puede permitir expulsar al entrante del mercado.

⁴³ Kreps y Wilson (1982) desarrollan un modelo en el que existe información asimétrica entre un potencial entrante y una empresa establecida con relación a los costos de ésta última. Los autores demuestran que la empresa establecida puede utilizar la depredación de precios como una estrategia para hacerse fama de ser un competidor fuerte y con esto disuadir la entrada del competidor.

⁴⁴ Se identifica otro tipo de depredación no relacionada con los precios, sino principalmente con inversiones excesivas que tienen el objeto y efecto de debilitar o eliminar a competidores. Algunos ejemplos de inversiones predatorias son las inversiones en capacidad adicional, la diferenciación del producto y la publicidad (OECD 2004).

⁴⁵ Una reputación depredadora no solo puede tener efectos en el mercado en donde se realiza la conducta, sino también podría afectar a otros mercados en los que la empresa depredadora opere. En este sentido, la empresa depredadora podría recuperar beneficios en múltiples mercados mientras incurre en pérdidas en uno solo (OECD 2004).

académicos y profesionales. Otros expertos sugieren mantener suficiente flexibilidad en la prueba de costos medios para que esta pueda adaptarse a cada caso particular.⁴⁶

Por lo que respecta a la segunda condición, la prueba de recuperación de pérdidas no se centra en si la depredación se realizó o no, sino en los efectos perjudiciales para los consumidores que pudieron darse en caso de que la conducta se haya realizado. Es decir, la prueba intenta determinar si es probable que la estrategia de depredación tenga el éxito de disuadir o eliminar la entrada y si, con esto, el depredador pueda reunir los beneficios suficientes para recuperar las pérdidas sufridas durante la conducta. Tener en cuenta la prueba de recuperación de pérdida puede ayudar a las autoridades de competencia a centrarse solo en aquellas conductas que resultan perjudiciales para los consumidores.⁴⁷

Finalmente, establecer temporalmente precios por debajo de los costos puede tener una racionalidad económica distinta al desplazamiento anticompetitivo. Entre otras:

- i. Como una estrategia para introducir un nuevo producto en un mercado. Esto permitiría, por ejemplo, dar a conocer el producto o alcanzar la escala mínima de producción que se requiere para mantenerse en el mercado.
- ii. Porque el mercado se encuentra en crecimiento y se tiene el objetivo de ganar una mayor cuota del mercado.
- iii. Para adaptarse a un nuevo competidor que pudiera socavar rápidamente la demanda de las empresas establecidas.
- iv. Para atraer a los consumidores a otros productos, ya sea porque estos tienen mayores márgenes de beneficios o existe complementariedad con el producto cuyo precio se está rebajando; deshacerse de inventario obsoleto; mantener clientes, evitar cierres o costos de almacenamiento en periodos de depresión; entre otros.⁴⁸

G. REHUSARSE INJUSTIFICADAMENTE A VENDER BIENES O SERVICIOS NORMALMENTE OFRECIDOS A TERCEROS.

La conducta de esta fracción es comúnmente denominada como negativa de suministro (o de venta) o negativa de trato. La negativa de trato puede darse en dos formas y ambas pueden utilizarse como mecanismos de desplazamiento anticompetitivo, por ejemplo:⁴⁹

- i. Una empresa verticalmente integrada que cuenta con poder de mercado en el mercado ascendente puede negarse a proporcionar el bien de este a competidores reales o potenciales en el mercado descendente con el propósito de monopolizar el mercado descendente.

⁴⁶ Véase OECD (2004).

⁴⁷ Véase OECD (2004).

⁴⁸ Véase OECD (2004).

⁴⁹ Véase OECD (2007).

- ii. Una empresa verticalmente integrada que cuenta con poder de mercado en el mercado ascendente está dispuesta a vender su producto de este mercado, pero a un precio muy alto o en condiciones que pudieran considerarse como inaceptables por parte de un comprador real o potencial en el mercado descendente.⁵⁰ Al igual que el primer tipo, el objetivo de este tipo de negativa de trato es el de desplazar competidores en el mercado descendente de la empresa integrada verticalmente incrementando el costo para sus competidores.

Generalmente, la acreditación de la negativa de trato implica demostrar que el agente económico en el mercado ascendente tiene tal poder de mercado que puede controlar un insumo que se considere indispensable para la operación en el mercado descendente y el cual no se puede adquirir fácilmente (tiempo y costo) a través de otros agentes y no se puede replicar.

Finalmente, una empresa podría tener razones legítimas para negarse a suministrar un bien o servicio a determinados agentes económicos, por ejemplo:

- i. Restringir las ventas a un precio cercano al monopolio puede ser una forma de generar los beneficios necesarios para recuperar las inversiones realizadas en investigación y desarrollo (ID).⁵¹
- ii. Para proveer el bien o servicio, la empresa debe aumentar su capacidad de producción y no está en posición o no tiene la intención de hacerlo.

H. LA IMPOSICIÓN DE DIFERENTES PRECIOS O DIFERENTES CONDICIONES DE COMPRA O VENTA PARA COMPRADORES O VENDEDORES SITUADOS EN IGUALDAD DE CONDICIONES.

La conducta de esta fracción se relaciona con el término económico denominado discriminación de precios. La discriminación de precios es una práctica en la que una empresa cobra por dos productos similares, con el mismo costo marginal de producción, precios diferentes.⁵² La discriminación puede darse en varias formas, por ejemplo, en función de las características (comportamiento) del comprador o en función de las características del producto.⁵³

⁵⁰ Con respecto a este tipo de negativa de trato, Fumagalli, Motta, y Calcagno (2018) distinguen dos clases: i) las negativas de trato constructivas y ii) las negativas de trato condicionales. Las *negativas de trato constructivas* se dan cuando un agente ofrece tratos a precios altos o en términos y condiciones onerosos que hacen inviable la relación comercial. En las *negativas de trato condicionales* el suministro del bien o servicio está condicionado a la aceptación de parte de los rivales de limitaciones a su comportamiento —por ejemplos, acuerdos de exclusividad, empaquetamiento y ventas atadas—.

⁵¹ Las leyes de patentes y de derechos de autor y marca son dos formas de protección de derechos de propiedad con los que se pueden proteger las inversiones realizadas por las empresas y, con esto, proporcionar incentivos para la innovación.

⁵² Se requieren dos condiciones para que una empresa pueda discriminar en precios: 1) la empresa debe ser capaz de clasificar a los compradores en función de su disposición a pagar; y 2) no debe haber posibilidad de arbitraje.

⁵³ (OECD 2018). Executive Summary of the Roundtable on Price Discrimination.

La discriminación de precios puede resultar contraria a la competencia cuando se utiliza como mecanismos de desplazamiento, por ejemplo:⁵⁴

- i. Una empresa que tiene poder de mercado en un mercado primario puede utilizar la discriminación de precios para impedir la entrada de potenciales competidores a un mercado relacionado. Si un potencial entrante al mercado secundario debe cubrir costos para entrar al mercado, los precios fijados por la empresa establecida pueden ser tan bajos que no permitan al entrante cubrir sus costos de entrada, lo que permite a la empresa establecida mantener su monopolio en ambos mercados.⁵⁵
- ii. Una empresa verticalmente integrada puede emplear la discriminación de precios como un mecanismo para desplazar a competidores en el mercado descendente. Por ejemplo, la empresa podría cargar un precio diferente por el bien del mercado ascendente a su filial en el mercado descendente con relación al precio cargado a sus rivales en este último mercado. Si el precio cargado a los rivales es lo suficientemente alto como para que no les sea rentable permanecer o entrar al mercado, la empresa establecida podría monopolizar el mercado descendente.⁵⁶

La discriminación de precios podría tener una racionalidad económica, por ejemplo:

- i. Permitir que algunos compradores, que no consumirían el producto si la discriminación de precios no se permitiera, lo adquieran. Por ejemplo, precios más bajos para consumidores que tienen menor disponibilidad a pagar por el producto.
 - ii. Aumenta las ventas de las empresas. Al diferenciar precios por la disponibilidad a pagar de distintos grupos de consumidores, se incrementan las ventas totales.
 - iii. Permite generar los beneficios que las empresas requieren para cubrir de manera más eficiente sus costos fijos y les crea incentivos para la inversión.
- I. LAS ACCIONES INJUSTIFICADAS PARA INCREMENTAR LOS COSTOS U OBSTACULIZAR EL PROCESO PRODUCTIVO DE ALGÚN COMPETIDOR.

Esta fracción no hace referencia a una conducta en concreto en términos económico, sino que se relaciona con todas aquellas prácticas no reconocidas explícitamente en alguna de las fracciones del artículo 12 de la Ley 7472 que tienen por objeto elevar de

⁵⁴ Véase (OECD 2018). Executive Summary of the Roundtable on Price Discrimination.

⁵⁵ Armstrong y Vickers (1993), desarrollan un modelo en el que una empresa opera en dos segmentos de un mercado y enfrenta la potencial entrada de un competidor en uno solo de estos segmentos. Los autores demuestran que, cuando existen costos de entrada en el mercado que se ve amenazado, la discriminación en precios puede bloquear la entrada en dicho mercado —si los costos son suficientemente altos, tal bloqueo se puede presentar así la empresa establecida pueda discriminar en precios o no—. Cuando no se permite la discriminación en precios y se permite la entrada, los precios son más bajos que cuando hay discriminación y se bloquea la entrada.

⁵⁶ Este mecanismo de desplazamiento es similar al de la negativa de trato o al de estrechamiento de márgenes (el cual se aborda más adelante).

los costos de los rivales. Poner en desventaja de costos a sus competidores le permitiría a una empresa elevar sus precios sin perder participación de mercado.

Una lista no exhaustiva de ejemplos de restricciones verticales que las empresas pueden para incrementar los costos de los competidores, afectando su capacidad o sus incentivos para competir en el mercado, es la siguiente:⁵⁷

- i. Una empresa puede evitar que sus rivales puedan comprar a los proveedores de menores costos, orillándolos a acudir con proveedores con mayores costos o insumos menos eficientes.
- ii. Una empresa puede adquirir los derechos de control sobre una proporción considerable de la oferta del insumo y, con esto, aumentar el precio de la parte residual de la oferta.
- iii. Varias empresas pueden orquestar la fijación de precios discriminatorios de los insumos hacia sus competidores, así como la adquisición de dichos insumos en condiciones desventajosas o exigir a los proveedores que se nieguen a suministrar el insumo a sus competidores.
- iv. Un proveedor puede modificar la estructura del mercado de tal forma que crea para sus rivales un ambiente susceptible de generar una subida de precios.

Adicionalmente, otras formas en las que las empresas pueden aumentar los costos de los rivales, que no implican restricciones verticales, con el propósito de desplazar o impedir la entrada de competidores, son:

- i. La empresa podría utilizar obstáculos reglamentarios a la entrada para aumentar los costos de potenciales competidores y disuadir su entrada.⁵⁸
- ii. La empresa puede realizar innovaciones en sus productos que no traen consigo beneficios reales para los consumidores y que solo tienen el propósito de desplazar a los competidores y obtener poder monopolístico.⁵⁹

Las empresas pueden realizar algunas prácticas que eleven los costos de los rivales que no son necesariamente anticompetitivas.

- i. Las inversiones que aumentan la calidad (como las realizadas en ID) o la percepción de la calidad (como la publicidad) de los productos o servicios

⁵⁷ Véase (Krattenmaker y Salop 1986) y (Salop y Scheffman 1987).

⁵⁸ Bork (1978) señala que una empresa establecida puede elevar los costos de un rival potencial mediante el uso de obstáculos reglamentarios de entrada al mercado, como pueden ser el control de las autoridades que otorgan concesiones de licencias, sobre los inspectores de sanidad y construcción o las juntas de planificación.

⁵⁹ Ordover y Willig (1981) identifican dos tipos de innovaciones que son potencialmente anticompetitivas: 1) las que consisten en la introducción de un producto que sustituye a un producto rival y amenaza la viabilidad de este al reducir sus ventas; y 2) las que introducen nuevos sistemas de componentes que son incompatibles con los componentes fabricados por los rivales y restringen la demanda de componentes que son fabricados por estos últimos.

pueden elevar los costos de los rivales, pero podrían beneficiar a los consumidores.

- J. EL CONDICIONAMIENTO, LA IMPOSICIÓN O CUALQUIER ACTO TENDIENTE A EXIGIRLE A UN AGENTE ECONÓMICO EL CAMBIO, LA MODIFICACIÓN O LA SUSTITUCIÓN DE SU MARCA COMERCIAL COMO REQUISITO PARA COMERCIALIZAR SUS BIENES O SERVICIOS, ASÍ COMO EXIGIRLE LA PRODUCCIÓN DE BIENES O SERVICIOS IDÉNTICOS O SIMILARES A LOS OFRECIDOS POR ESTE CON UNA MARCA IMPUESTA DISTINTA DE LA SUYA.

La conducta de esta fracción está relacionada con dos modelos comerciales similares, aunque no idénticas: el modelo de *Etiqueta Blanca* (o *White Label*) y el modelo de *Etiqueta Privada* (o *Private Label*).

El modelo comercial *Etiqueta Blanca* es una relación contractual entre un fabricante y un minorista o revendedor, en la que el primero fabrica un producto, aceptando cambiar su marca, para ser vendido utilizando la marca y diseño del minorista. En este modelo comercial las características y detalles de la fabricación del producto quedan bajo el control del fabricante, por lo que el minorista adquiere un producto genérico y no tiene injerencia al determinar las características de este. El productor de una *Marca Blanca* puede comercializar su producto genérico a través de varios minoristas bajos las marcas propias de estos.

A diferencia del modelo de *Etiqueta Blanca*, en el modelo de *Etiqueta Privada* existe una relación de exclusividad entre el productor y el minorista, por lo que el fabricante vende su producto a través de un único minorista. En el modelo de *Etiqueta Privada*, el fabricante y el distribuidor trabajan conjuntamente para determinar las características específicas del producto en cuestión.

Los modelos de *Etiqueta Blanca* y *Etiqueta Privada* pueden generar eficiencias en las empresas, por ejemplo, por la división del trabajo, la especialización y la generación de economías de escala y de alcance. Sin embargo, estos modelos también pueden causar efectos anticompetitivos de desplazamiento.

Un distribuidor podría solicitar a un productor cambiar, modificar o sustituir su marca por razones anticompetitivas. Por ejemplo, dichos cambios o modificaciones podrían implicar la imposición de requisitos estrictos que tiene el objetivo de bloquear la entrada del bien o servicio ofrecido por el productor y que potencialmente podría representar una amenaza competitiva para un bien o servicio producido por una filial del distribuidor.

El distribuidor también podría exigir la imposición de una marca en el bien o servicio del productor con un fin anticompetitivo. Por ejemplo, para evitar que la marca del distribuidor sea reconocida por los consumidores y, de esta forma, evitar que su producción se expanda a tal punto de representar una amenaza competitiva para un bien o servicio producido por una filial del distribuidor.

K. EN GENERAL, TODO ACTO DELIBERADO QUE INDUZCA LA SALIDA DE COMPETIDORES DEL MERCADO O EVITE SU ENTRADA.

Cualquier conducta no contemplada en otra fracción que ocasione el desplazamiento de competidores o la imposición de barreras a la entrada puede sancionarse por esta fracción.

L. EL CONDICIONAMIENTO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS A LA ACEPTACIÓN DE PRESTACIONES SUPLEMENTARIAS QUE, POR SU NATURALEZA O CON ARREGLO A LOS USOS DE COMERCIO, NO GUARDEN RELACIÓN CON EL OBJETO DE DICHOS CONTRATOS;

M. IMPONER, BAJO LA AMENAZA DE RUPTURA DE LAS RELACIONES COMERCIALES, CONDICIONES DE PAGO U OTRAS CONDICIONES DE TIPO COMERCIALES NO RECONOCIDAS EN LAS COSTUMBRES COMERCIALES.

En este caso, nos encontramos frente a una conducta de elementos atados, con la diferencia que no ocurre como resultado de una venta, pero sí de una transacción comercial entre partes. En este caso, la transacción se da entre empresas que utilizan, además de las condiciones contractuales que se plasman en sus acuerdos, otros arreglos independientes del objeto central del contrato para imponer condiciones adicionales que reflejan el poder de negociación de una de las partes.

Las conductas que encuadrarían en estas dos fracciones son, por un lado, un ejercicio de una posición de dominio en el sentido que la imposición y las consecuencias de no cumplir las condiciones son reales (fracción M) y al mismo tiempo representa una transacción condicionada, similar a una restricción vertical de compra o venta, atada a otra transacción (fracción L).

N. EL ESTABLECIMIENTO DE SUBSIDIOS CRUZADOS ENTRE DIFERENTES BIENES O SERVICIOS OFRECIDOS POR EL AGENTE ECONÓMICO.

Los subsidios cruzados son una práctica comercial en la que una empresa financia las pérdidas de uno de sus productos con las ganancias de otro.

Los subsidios cruzados son anticompetitivos cuando se utilizan como un mecanismo para desplazar a competidores o ganar participación en un mercado relacionado.

- i. Una empresa que cuenta con poder de mercado en un mercado primario puede usar los beneficios de monopolio de este mercado para financiar sus pérdidas en mercado relacionado en donde hay competencia. Es decir, dado el poder de mercado con el que cuenta en el mercado primario, la empresa puede establecer precios bajos en el mercado secundario (por debajo de los costos) con el objetivo de capturar mayor participación de mercado y reducir la participación de sus rivales o desplazarlos del mercado. Una vez que la empresa

haya logrado una mayor participación de mercado o desplazar a los competidores, podría recuperar las pérdidas estableciendo precios más altos.⁶⁰

Algunas empresas podrían decidir subsidiar alguno de sus productos por razones económicas:

- i. Como un mecanismo para introducir un nuevo producto o porque el producto subsidiado es complementario de un producto que le genera un mayor margen de beneficios.⁶¹

O. LA DIFERENCIA NEGATIVA O INSUFICIENTE ENTRE EL PRECIO QUE UN PROVEEDOR INTEGRADO VERTICALMENTE COBRA A SUS COMPETIDORES POR UN INSUMO Y EL PRECIO AL QUE VENDE A SUS CLIENTES UN BIEN O SERVICIO PARA EL CUAL DICHO INSUMO SEA ESENCIAL, DE FORMA TAL QUE IMPIDA A UN COMPETIDOR IGUALMENTE EFICIENTE SUBSISTIR EN EL MERCADO O COMPETIR DE FORMA EFECTIVA.

La conducta de esta fracción se relaciona con el término económico denominado estrechamiento de margen (*margin squeeze*). El estrechamiento de margen ocurre cuando una empresa verticalmente integrada, con poder de mercado en el mercado ascendente, evita que uno de sus competidores en el mercado descendente (que a su vez es un cliente del insumo en el mercado ascendente) logre un margen de beneficios que sea económicamente viable.

En este sentido, algunas de las condiciones que deben cumplirse para la acreditación de un estrechamiento de margen son:⁶²

- i. Existe integración vertical. El precio del insumo se vuelve una forma de discriminación con respecto a los competidores que no están integrados.
- ii. La empresa controla un insumo esencial en el mercado aguas arriba o, al menos, tiene el suficiente poder de mercado para que sus rivales en el mercado aguas abajo no cuenten con alternativas económicamente viables.
- iii. La prueba de la imputación. Su objetivo es determinar si, al precio del insumo, un competidor en el mercado aguas abajo podría obtener un margen de beneficios económicamente viable.⁶³

⁶⁰ La literatura económica reconoce que el mecanismo de desplazamiento del subsidio cruzado es similar al de depredación y ventas atadas (Tirole 2005). El razonamiento es que la empresa dominante de algún modo financia pérdidas (en el caso de los subsidios cruzados) o sacrifica ganancias (en el caso de la depredación o el empaquetamiento) con la esperanza de desplazar y recuperar las pérdidas en el futuro.

⁶¹ En este sentido, resultan evidentes las similitudes de algunos objetivos económicos de los subsidios cruzados con la depredación de precios o las ventas atadas.

⁶² Véase (O'Donoghue y Padilla 2013).

⁶³ Dos pruebas para determinar la viabilidad económica de los rivales son:

La prueba del competidor igualmente eficiente, que consiste en determinar si la operación de la empresa aguas debajo de la empresa integrada sería rentable si tuviera que pagar el mismo precio del insumo que los rivales.

La prueba del competidor razonablemente eficiente, que consiste en determinar si un competidor "razonablemente eficiente" obtendría beneficios si tuviera que pagar el precio del insumo.

El estrechamiento de resulta anticompetitivo cuando se utiliza como una estrategia de desplazamiento, por ejemplo:

- i. Desplazar a los rivales en el mercado aguas abajo y, de este modo, restaurar el poder de mercado en el mercado aguas arriba.⁶⁴
- ii. Intentar monopolizar o relajar la competencia en el mercado aguas abajo.⁶⁵

Existen razones económicas por la que una reducción de los márgenes de ganancia podría no ser anticompetitivo:

- i. En estrechamiento de márgenes podría generar ganancias en eficiencia, por ejemplo, permitiendo que la producción se expanda y se generen economías de escala.⁶⁶
- ii. Prohibir el estrechamiento de margen podría reducir los incentivos de una empresa a realizar inversiones riesgosas en activos que son socialmente valiosos.⁶⁷
- iii. Permitir la entrada de empresas igualmente eficientes puede llevar a una entrada excesiva y socialmente ineficiente.⁶⁸

3.3 DEFENSAS POR EFICIENCIAS

Adicionalmente, el mismo artículo 12 señala que *“para determinar si estas prácticas son sancionables, la Comisión deberá analizar y pronunciarse sobre las pruebas que aporten las partes tendientes a demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones.”* Es decir, los efectos no solo deben de contrastarse respecto de posibles efectos anticompetitivos—el denominado *“balancing test”*—sino que la ley prevé una defensa por eficiencias.

En la teoría económica, el concepto de eficiencia se refiere a la forma en la que se utilizan los recursos (lo cuales son escasos) para generar cierto nivel de producción al menor costo posible; es decir, el aprovechamiento de los recursos para conseguir un nivel máximo de producción Black, Hashimzade y Myles, *A Dictionary of Economics*, 2012.

Este concepto puede ser diferenciado por razones de temporalidad: eficiencias estáticas o dinámicas. Las eficiencias estáticas se refieren al uso de recursos dada una tecnología o un conjunto de bienes o servicios. Cave y Mariscal (2017) explican que las

⁶⁴ Baake, Kamecke y Normann (2004) plantean un modelo en el que una empresa con poder de mercado en un mercado aguas arriba no puede comprometerse con las empresas aguas abajo a mantener precios altos y obtener los beneficios de monopolio. Los autores muestran que la empresa dominante aguas arriba tendrá los incentivos para integrarse verticalmente y desplazar a los rivales aguas abajo para restaurar su poder de monopolio.

⁶⁵ Véase Salop y Scheffman (1987).

⁶⁶ Véase Baumol (1979).

⁶⁷ Véase Hausman (1997).

⁶⁸ Véase Mankiw y Whinston (1986).

eficiencias estáticas son aquellas que se derivan del mejor uso de una combinación de recursos en un punto determinado del tiempo. Estas involucran principalmente dos tipos:

- Eficiencia productiva: producción en el punto que minimiza los costos medios totales de corto plazo dada una tecnología específica y precios de insumos. Es decir, la producción de cualquier cantidad de productos con la menor cantidad posible de insumos.
- Eficiencia asignativa: la mejor distribución de los factores de producción, de acuerdo con el costo de oportunidad de los recursos que tiene una economía en un momento dado del tiempo. En otras palabras, la asignación de los recursos de la sociedad para producir una combinación de bienes y servicios preferidos por los consumidores.

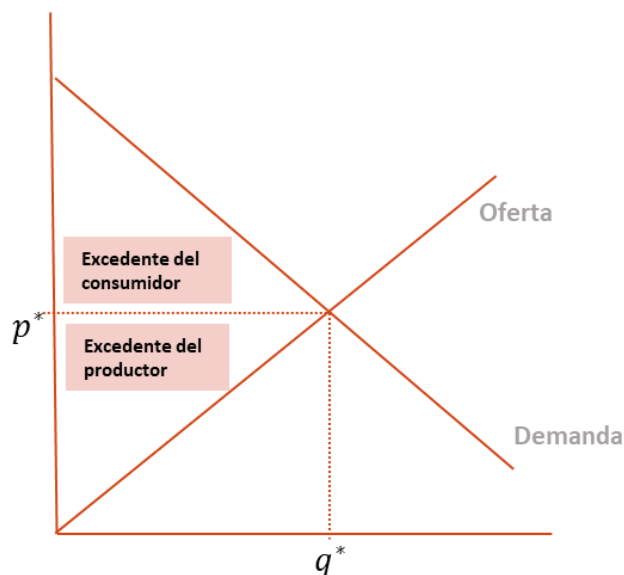
Un tercer tipo de eficiencias que podrían analizarse son las eficiencias transaccionales, que permiten a las empresas reducir los costes de transacción en los que incurren al interactuar con sus socios comerciales y facilitan la consecución de otros tipos de eficiencias. Algunos factores que influyen en la búsqueda de eficiencias transaccionales son la frecuencia con que las empresas interactúan, la presencia de activos especializados y específicos de la transacción que empujan a las empresas hacia una mayor cooperación con el propósito de evitar el riesgo de comportamientos oportunistas; o la existencia de incertidumbre o información asimétrica sobre el valor de los recursos a lo largo del tiempo.⁶⁹

Por su parte, las eficiencias dinámicas se refieren a la forma en la que las empresas introducen nuevos productos o procesos productivos (innovación). Se enfocan en mejoras en la eficiencia productiva y asignativa a lo largo del tiempo. Es decir, se derivan de las mejoras tecnológicas —reducciones en las curvas de costos medios variables de corto y largo plazo— y de distintas decisiones que se pueden tomar en un punto del tiempo y que involucran decisiones de inversión en investigación y desarrollo cuyo objetivo es promover la innovación y el desarrollo de infraestructura.

En la teoría económica una forma de medir qué tan eficiente es una industria es mediante el bienestar social. El cual agrega el bienestar o excedente de los diferentes grupos económicos: consumidores y productores. El excedente del consumidor está dado por la diferencia entre su disponibilidad a pagar por un producto y lo que realmente paga. El excedente del productor es la ganancia que obtiene por la venta del producto, considera entonces la diferencia entre el precio que cobra y los costos en los que incurre por producir el producto. En la **Figura 1** se ilustra ambos excedentes.

⁶⁹ (OECD 2012). The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings.

FIGURA 1. BIENESTAR SOCIAL TOTAL / EXCEDENTE TOTAL



Así, el excedente total se define como la suma del excedente del consumidor y la ganancia económica de los proveedores. Esta definición considera los efectos en todos los productores y todos los consumidores, no solo el beneficio de una empresa individual o solo de los consumidores de un producto. El objetivo de maximizar el excedente total a veces se describe como el objetivo de maximizar el bienestar económico o social. Si se mide la eficiencia económica como el bienestar total, esta aumenta cuando aumenta la eficiencia productiva o la eficiencia asignativa.

En la práctica de la política de competencia, en Costa Rica, de acuerdo con el artículo 12, la carga de la prueba de la existencia de eficiencias recae en los agentes económicos que la realizan y no en la autoridad de competencia. En caso de que los agentes económicos las presenten, la autoridad de competencia es responsable de evaluar si dichas eficiencias contrarrestan los efectos anticompetitivos de una PMR (*balancing act*).

En este sentido, para que las autoridades de competencia consideren eficiencias alegadas por los agentes económicos deben cumplirse una serie de requisitos, los cuales se presentan a continuación.

A. CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE EFICIENCIAS

La experiencia internacional y literatura de competencia económica reconocen una serie de criterios que deben cumplirse para que las eficiencias alegadas por los agentes económicos puedan tomarse en cuenta, entre los cuales se encuentran:⁷⁰

- i. Las eficiencias deben ser verificables, es decir, se debe probar que se han generado, o es probable que se generen, como resultado de la conducta.

⁷⁰ Véase “The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings” y “Competitor Collaboration Guidelines”.

- ii. La conducta es indispensable para la generación de esas eficiencias, es decir, no existen opciones menos restrictivas que la conducta para la creación de tales eficiencias.
- iii. Las eficiencias superan cualquier efecto negativo con relación a la competencia y al bienestar de los consumidores en el mercado.
- iv. La conducta no elimina la competencia efectiva, es decir, no excluye o suprime las fuentes de competencia real o potencial del mercado.

En este sentido, los agentes económicos que alegan eficiencias deben argumentar por qué las eficiencias superan los posibles efectos negativos sobre la competencia y los consumidores de las prácticas investigadas. Esto podría incluir la cuantificación de dichas eficiencias o al menos las razones de su impacto positivo.

La carga de la prueba recae sobre los agentes, en este sentido, son ellos quienes deben presentar todos los indicios que sugieran que hay eficiencias. Por su parte, la autoridad debe evaluar y determinar si los elementos presentados son suficientes para acreditar que dichas eficiencias surgen efectivamente como consecuencia directa de la conducta realizada, que no existe una forma alternativa para que estas surjan y que estas sean suficientes para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos.

A continuación, se presentan algunos criterios que podría utilizar la autoridad en caso de que algún agente económico presente un análisis de eficiencias.

B. ESTÁNDARES DE PRUEBAS DE EFICIENCIAS

Las autoridades de competencia pueden considerar diversos estándares para la evaluación de ganancias en eficiencias presentadas por los agentes y derivadas de conductas que podrían resultar anticompetitivas, entre los cuales se encuentran:⁷¹

- i. El estándar de precios puede tomar dos enfoques: 1) la conducta no es aceptable cuando induce un aumento de precios, aun cuando pudieran existir eficiencias, pero que no son capaces de compensar el aumento; y 2) las eficiencias se aceptan cuando son capaces de compensar un aumento de precios.
- ii. La norma del excedente del consumidor implica que una conducta no es aceptable cuando reduce el excedente de los consumidores. Esta norma puede tener en consideración eficiencias no relacionadas con los precios —como calidad y la variedad de elección para los consumidores o la innovación— para compensar un aumento en los precios.
- iii. La norma de Hillsdown determina que la conducta es deseable si las eficiencias que genera superan cualquier reducción del excedente del consumidor.
- iv. La norma del excedente ponderado asigna una ponderación a cada uno de los componentes del bienestar —excedente del consumidor y excedente del

⁷¹ Ver “The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”.

productor—. Las eficiencias de la conducta se reconocen cuando la suma ponderada del excedente del consumidor y del productor es positiva.

- v. La norma del excedente total es un caso particular de la norma anterior en la que se asigna el mismo valor de ponderación tanto al consumidor como al productor.

3.4 ANÁLISIS ECONÓMICO PARA EVALUAR POSIBLES CONDUCTAS

ANTICOMPETITIVAS: RACIONALIDAD Y EVIDENCIA

A. EVIDENCIA PARA RESPALDAR EL DAÑO ANTICOMPETITIVO DE LAS CONDUCTAS

Para determinar que una conducta tiene el potencial real de derivar en un desplazamiento anticompetitivo del mercado, las autoridades de competencia deben evaluar una serie de factores, como son: el grado de posición dominante en el mercado de la empresa que realiza la práctica, la existencia de barreras a la entrada y la expansión, la competencia real que pueden representar los competidores para la empresa dominante, la posición de los clientes o proveedores de insumos frente a la empresa dominante, el alcance de la conducta, las pruebas de la existencia de desplazamiento en el mercado y la existencia directa e indirecta de pruebas de estrategias de desplazamiento.⁷²

En el capítulo 4 pueden consultarse una serie de técnicas o herramientas que se utilizan para evaluar los factores relacionados con el grado de posición dominante en el mercado y las restricciones competitivas que enfrenta la empresa que efectúa la posible práctica anticompetitiva y las barreras a la entrada o la expansión que pudieran existir en el mercado de referencia.

En lo que respecta al resto de factores, la evidencia necesaria para probar un desplazamiento anticompetitivo dependerá de las características específicas de la conducta y del entorno en el que esta se ejecute; sin embargo, tal evidencia debe ser consistente con la teoría de daño anticompetitivo planteada por la autoridad de competencia.

Las pruebas pueden ser tanto de naturaleza cuantitativa como cualitativa. Si bien las pruebas cuantitativas pueden incluir técnicas sofisticadas como el análisis econométrico, el uso de tales técnicas no está tan extendido en la evaluación de PMR como en el caso de control de concentraciones. De hecho, los casos de abuso de posición dominante muy pocas veces se han analizado utilizando técnicas cuantitativas avanzadas, por lo que resulta preferible utilizar una combinación de datos cualitativos y cuantitativos confiables y que tengan relación directa con el caso de estudio, especialmente cuando los datos necesarios para llevar a cabo un análisis

⁷² Comisión Europea. 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 (2009/C 45/02).

econométrico resulten insuficientes.⁷³ A pesar de lo anterior, en el anexo se presenta una revisión general de técnicas cuantitativas que pueden emplearse en el análisis de prácticas monopólicas relativas.

Las pruebas cuantitativas incluyen estadísticas descriptivas sobre las empresas y los mercados, como pueden ser información sobre la estructura de los costos y los precios, las participaciones de mercado, el comportamiento de los consumidores, el alcance y la duración de los acuerdos (como los descuentos por fidelidad, los contratos de exclusividad, etc.), las economías de escala y los efectos de red.⁷⁴

Por ejemplo, cuantos mayores sean el alcance y la duración de los acuerdos, es más probable que dichos acuerdos resulten excluyentes. Acuerdos con mayor alcance comprometen una mayor producción hacia la empresa dominante, lo que limita la capacidad de los competidores de competir cuando existen economías de escala. En el mismo sentido, cuando los acuerdos tienen una mayor duración, resultará menos probable que los compradores coordinen y dirijan sus compras a un competidor real o potencial de la empresa dominante. Las exclusividades podrían representar ejemplos de este tipo de acuerdos excluyentes.

La estructura de costos y precios también podría proporcionar información con relación a si determinada conducta resulta excluyente. En particular, si los rivales de la empresa dominante no pueden igualar, de manera rentable, el precio cargado por esta, resultarán excluidos del mercado. Las diferentes modalidades de descuentos y el empaquetamiento y las ventas atadas pueden ser ejemplos de prácticas que explotan la estructura de costos y precios como una estrategia de desplazamiento.

Finalmente, las pruebas cualitativas pueden proporcionar información valiosa sobre las condiciones de producción, el funcionamiento y segmentación del mercado, el comportamiento de los consumidores y los métodos de comercialización. Adicionalmente, los documentos y la comunicación interna de las empresas pueden ser de utilidad como pruebas de la intención real de acuerdos específicos.⁷⁵

4 SOBRE EL MERCADO RELEVANTE Y EL PODER SUSTANCIAL DE MERCADO EN PMR

4.1 EL ROL DE LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y MERCADOS RELACIONADOS EN EL ANÁLISIS DE PMR

⁷³ Roberts (2021).

⁷⁴ Véase Roberts (2021).

⁷⁵ Véase Roberts (2021).

Esta guía no tiene como objetivo dar un análisis completo sobre la determinación de mercado relevante y poder sustancial. Sí, en cambio, plantea cómo se utilizan estos conceptos para el caso de Prácticas Monopolísticas Relativas. Dado que el concepto de Mercado Relevante se emplea tanto en concentraciones como en las conductas de abuso de dominancia o de poder sustancial, las guías de concentraciones y de PMR comparten el análisis de esta sección. No así para el caso de la aplicación del concepto de poder sustancial de mercado, que se aplica de una manera particular en el caso de PMR. Habiendo aclarado esto, comenzamos con el uso de Mercado Relevante.

4.2 MERCADO RELEVANTE

La delimitación del mercado relevante es central para la aplicación efectiva de las leyes de competencia. Para la Autoridad de Competencia, dicha delimitación aclara el espacio dentro del cual adjudicar los casos de competencia, particularmente de las PMR y las concentraciones. La definición de mercado relevante puede tener diversos objetivos, como pueden ser: 1) evaluar la existencia, la creación o la consolidación del poder de mercado;^{76, 77} 2) la identificación de los competidores relevantes que puede resultar útil para evaluar el riesgo de posibles efectos en las fusiones, y 3) examinar otras cuestiones de competencia, como las barreras a la entrada.^{78, 79}

En casos de abuso de posición dominante, la definición del mercado relevante generalmente se considera como el comienzo y el requisito previo para evaluar el poder de mercado del agente económico y definir los productos o servicios y el espacio geográfico sobre el cual tienen impacto las supuestas conductas monopolísticas.

Dependiendo de su tipo, los posibles efectos anticompetitivos de las conductas se analizan ya sea en el mercado relevante o en mercados relacionados con este.⁸⁰ Por ejemplo, como veremos más adelante, las exclusividades y precios predatorios suelen tener el objeto de restringir o eliminar la competencia en el mercado relevante en que la empresa en cuestión ostenta poder de mercado; mientras que en las ventas atadas

⁷⁶ El concepto económico de poder de mercado se refiere a la capacidad de una empresa para mantener los precios por arriba de algún nivel de competencia –o un precio de referencia– de una manera rentable (Motta 2004; Church y Ware 2000).

⁷⁷ Otras definiciones de poder de mercado se refieren a la capacidad de un agente económico (empresa o consumidor) para afectar el precio de equilibrio en un mercado (Black, Hashimzade, y Myles 2012); o a la habilidad de una empresa para fijar el precio rentablemente por encima de su nivel competitivo y que dicha habilidad conlleve pérdidas de bienestar a la sociedad (Carlton y Perloff 2005).

⁷⁸ (OECD 2012) Market Definition. <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

⁷⁹ Aunque no sea un objetivo en sí mismo, la definición de un mercado relevante particular puede servir como referencia para que las empresas prevean las posibles conclusiones que tendría la autoridad de competencia sobre ciertas acciones realizadas por aquellas.

⁸⁰ En términos generales, los mercados relacionados son aquellos que i) son distintos al MR y ii) se encuentran vinculados con el (los) MR de tal manera que es necesario considerarlos para llevar a cabo una evaluación integral de los efectos en materia de competencia en el análisis de conductas monopolísticas u operaciones de concentración.

o subsidios cruzados las empresas pueden utilizar su poder en el mercado relevante para ganar participación en un mercado relacionado.

A. MERCADO RELEVANTE

En términos generales, el mercado relevante es el conjunto de bienes y zonas geográficas que ejercen cierta presión competitiva entre sí.⁸¹ La definición del mercado relevante generalmente contiene dos dimensiones: la dimensión producto y la dimensión geográfica.

La dimensión producto comprende todos aquellos productos o servicios que son razonablemente intercambiables o sustituibles entre sí por parte del consumidor —en términos de las características del producto, de sus precios, o bien, de su uso previsto.⁸² Por su parte, la dimensión geográfica engloba los límites territoriales que afectan la disposición o capacidad de algunos consumidores para sustituir algunos productos o la disposición o capacidad de las empresas para atender a ciertos consumidores.⁸³

Al definir el mercado relevante se busca identificar las restricciones o presiones competitivas sobre el producto ofrecido por el agente económico en consideración.⁸⁴ En este sentido, el artículo 14 de la Ley N.º 7472 establece que:

“Para determinar el mercado relevante, deben considerarse los siguientes criterios:

- i. Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.
- ii. Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero.
- iii. Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.
- iv. Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas o el de los proveedores a los clientes alternativos.
- v. Los demás criterios análogos que se establezcan en el reglamento de esta ley.”

A continuación, se presentan algunos elementos que pueden considerarse al momento de definir el mercado relevante, tomando en consideración los criterios que el artículo 14 de la Ley N.º 7472 establece para tal propósito.

⁸¹ (Motta 2021).

⁸² Un bien o servicio es sustituto de otro si puede ser usado para satisfacer las mismas necesidades o, al menos, una necesidad similar. En términos económicos, la sustitución entre bienes implica el cambio del consumo de un bien o servicio hacia otro (el sustituto) en respuesta a un cambio en la relación de precios Black, Hashimzade, y Myles, *A Dictionary of Economics*, 2012..

⁸³ US DOJ y FTC, “Horizontal Merger Guidelines”.

⁸⁴ (Chang, Evans and Schmalensee 2011).

B. ENFOQUES PARA IDENTIFICAR O DESCARTAR RESTRICCIONES COMPETITIVAS PARA LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

En el análisis de mercado relevante se pueden identificar principalmente dos fuentes de restricciones competitivas: sustitución de la demanda y sustitución de la oferta.

La sustitución del lado de la demanda es la restricción competitiva más importante que limita la capacidad de una empresa de actuar de manera unilateral y se refiere a la posibilidad que tienen los consumidores de recurrir a otros productos si el oferente incrementa el precio de su producto, reduce la calidad o restringe la cantidad ofrecida. Por su parte, la sustitución del lado de la oferta ocurre cuando existen empresas que pueden modificar su operación para ofrecer el producto en cuestión en una forma relativamente fácil y rápida.⁸⁵

En la práctica de aplicación de la ley de competencia no existe un método exclusivo para definir un mercado relevante, se pueden utilizar diferentes métodos según sea el caso. Por ejemplo, al definir un mercado relevante, puede llevarse a cabo el análisis de sustitución del lado de la demanda de acuerdo con factores como las características del producto, el uso previsto, el patrón de precios y, de ser necesario, realizar un análisis de la sustitución del lado de la oferta conforme los costos de cambio en la producción y los tiempos.

Asimismo, el mercado relevante (de producto y geográfico) incluirá todas aquellas empresas que ofrezcan productos en el mercado relevante al momento del análisis. Podrán incluirse otras empresas que no ofrezcan el producto en cuestión al momento correspondiente, siempre que estén en condiciones de ingresar al mercado relevante con relativa facilidad y en un periodo acotado a un año, ante un incremento de precios. Estas empresas serán denominadas competidores potenciales inmediatos y definen el grado de sustitución por el lado de la oferta. No se considerará competidores potenciales inmediatos a aquellos oferentes que enfrenten dificultades significativas para distribuir el producto en el mercado relevante, o que deban incorporar nuevas instalaciones de producción o distribución para competir en el mismo.

DIMENSIÓN PRODUCTO

El mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes o servicios que son considerados sustitutos por los demandantes, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el producto en cuestión es sustituible por otros, entonces el poder de mercado de la empresa oferente se verá limitado por la capacidad de elección de los consumidores. En efecto, dicha empresa no podrá aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar un traspaso significativo de sus ventas hacia los productos alternativos.

⁸⁵ (Chang, Evans and Schmalensee 2011).

La definición del mercado relevante de producto requiere tomar como punto de partida los productos involucrados en la concentración o conducta bajo análisis y luego evaluar la sustitución en la demanda con productos alternativos.

Para definir los bienes que constituyen la dimensión producto del mercado relevante, la fracción a) del artículo 12 de la Ley N.º 7472 permite que el análisis de sustitución se elabore usando el enfoque ya sea de la demanda o de la oferta). Posteriormente, para elegir el bien o la canasta de bienes con posibilidades de sustitutos entre sí, generalmente se utilizan metodologías que se basan en la teoría analítica de la prueba del monopolista hipotético.

En la prueba del monopolista hipotético o SSNIP test (*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*), se cuestiona la habilidad de un monopolista hipotético para realizar un incremento pequeño (5-10%) y no transitorio del precio del producto candidato (el producto o productos bajo análisis) de manera rentable.⁸⁶ Esto debido a que un incremento de precios tendría dos efectos: una reducción de ingresos si existen consumidores que sustituyen por otros productos y un incremento de ingresos por los consumidores que continúan comprando el producto, pero a un mayor precio.

Por un lado, si el incremento no es rentable, implica que existen bienes o servicios que son sustitutos de los provistos por el monopolista, por lo que el conjunto de productos del mercado relevante debe ampliarse para incluir aquellos productos alternativos a los que los clientes desplazarían su demanda. Por otro lado, cuando el incremento es rentable implica que otros productos no representan una restricción competitiva importante, por lo que pueden ignorarse y el mercado relevante queda definido como el producto candidato.⁸⁷

⁸⁶ La forma correcta de realizar el análisis de sustitución y aplicar el criterio del monopolista hipotético es tomando como punto de partida los precios competitivos. Una limitación del SSNIP test cuando se utilizan los precios de mercado prevalecientes y éstos son mayores que los competitivos es que se definiría un mercado demasiado amplio. En tales circunstancias, es probable que el consumidor considere sustitutos del producto en cuestión a otros productos que, a los precios competitivos, no lo serían.

⁸⁷ Para la aplicación práctica del SSNIP test puede utilizarse la metodología de análisis de *pérdida crítica* y *pérdida real* (*critical loss and actual loss*). La *pérdida crítica* se refiere a la cantidad máxima de ventas que la empresa puede perder para que siga siendo rentable aumentar el precio, como resultado de la implementación del SSNIP test. La *pérdida crítica* se compara con la cantidad real de ventas que la empresa perdería si aumentara su precio entre un 5 y 10%, la *pérdida real*. Si la *pérdida real* es menor que la *pérdida crítica*, entonces el mercado relevante está correctamente determinado, pues el monopolista hipotético puede aumentar su precio. Si la pérdida real está por encima de la pérdida crítica, entonces se debe incluir al sustituto más cercano y se vuelve a hacer la prueba.

Bajo ciertas condiciones, la *pérdida crítica*, X , se calcula mediante la siguiente fórmula:

$$X = \frac{Y}{Y + \frac{(P_0 - Cm)}{P_0}}$$

Donde Y es el aumento porcentual en el precio (entre 5 y 10%), P_0 es el precio inicial y Cm es el costo marginal —véase (Farrell y Shapiro 2007).

El cálculo de la *pérdida real* requiere la estimación de la elasticidad precio de la demanda propia del producto en cuestión, para determinar la cantidad de ventas que la empresa espera perder, y la elasticidad

Además de la metodología del SSNIP test, existen otras metodologías que pueden utilizarse para determinar si un producto forma parte o no del mismo mercado relevante del producto candidato, las cuales incluyen:⁸⁸

- i. La comparación de precios a través del tiempo. La relación de los precios de diferentes productos podría proporcionar información sobre si estos están en el mismo mercado.
 - Pruebas de correlación de precios. Este enfoque evalúa si dos productos son sustitutos dependiendo del grado en que sus precios se mueven de forma conjunta a lo largo del tiempo. Cuando existe una correlación positiva de los precios, es probable que los productos se encuentran en el mismo mercado, por ejemplo, debido a que sus insumos son los mismos y variaciones en estos afectarían en el mismo sentido a dos productos sustitutos. Sin embargo, se debe revisar que la correlación no sea espuria, como podrían ser los precios de insumos que no sean sustitutos para los consumidores (por ejemplo, sal de mesa y sal industrial, que tienen compuestos químicos y usos distintos).⁸⁹
 - Pruebas de precios relativamente estacionarios. La intuición detrás de este enfoque es que el precio relativo de dos productos debe mantenerse relativamente constante a través del tiempo, ya que enfrentan factores comunes de oferta y demanda. Para determinar si el precio relativo de los productos se mantiene constante se utiliza una prueba de estacionariedad. Cuando el precio relativo es estacionario, es probable que los productos sean sustitutos y pertenezcan al mismo mercado. Al igual que en la prueba de correlación de precios, se debe tener cuidado al utilizar esta prueba porque también puede haber falsos positivos, por ejemplo, cuando el precio de cada producto se reestablece en su valor estacionario independientemente del precio del otro producto.
- ii. Los métodos econométricos. Estos enfoques pueden ser más útiles para demostrar que dos productos se encuentran en el mismo mercado y pueden adoptar alguna de las siguientes formas:

cruzada de la demanda entre productos, para determinar cuántas de esas ventas se desvía a otros productos dentro del mercado del monopolista hipotético en comparación con las que se desvía a productos fuera de dicho mercado. Más adelante se explican los conceptos de elasticidad precio de la demanda y elasticidad cruzada de la demanda.

⁸⁸ Véase (Chang, Evans and Schmalensee 2011).

⁸⁹ Como ejemplo de este enfoque, en el caso de la fusión Nestlé-Perrier (*Caso No IV/M.190 - Nestlé/Perrier*), la Comisión Europea realizó un análisis de correlación de precios y determinó que los refrescos no eran parte del mismo mercado que el del agua embotellada, puesto que, mientras el precios de distintas marcas de agua embotelladas guardaban una importante relación positiva, los precios de las marcas de agua guardaban poca relación o una relación negativa con respecto a los precios de las marcas de refrescos.

- La elasticidad precio de la demanda. Mide la reducción en el porcentaje de la cantidad demandada de un producto ante un incremento de un 1% en el precio de este. Si la elasticidad es mayor a 1, implicará que la demanda es muy elástica y la reducción en la demanda será mayor al incremento en el precio. Por lo tanto, existe sustitución con otros productos. Si la elasticidad es menor a 1, implica que la demanda es poco elástica, por lo que la reducción en la demanda será menor que el incremento en el precio.
- La elasticidad cruzada de la demanda mide el incremento en la cantidad demandada de un producto A ante el aumento de un 1% en el precio de un producto B. Si la elasticidad es positiva, la demanda del producto A se incrementará ante el incremento en el precio del producto B, indicando que estos productos son sustitutos. Si la elasticidad es negativa, estos productos podrían ser complementos. Para la estimación de la demanda y las elasticidades en la práctica se utilizan modelos logit anidados.⁹⁰
- Elasticidad crítica. Este método aplica un criterio similar al de la pérdida crítica. Si la estimación de la elasticidad precio de la demanda de mercado fuera menor que la elasticidad crítica, significaría que el aumento del precio sería rentable y entonces los productos del mercado candidato constituyen un mercado relevante de producto. Si, en cambio, se estimara que la elasticidad de la demanda de mercado fuera mayor que la elasticidad crítica, entonces debe ampliarse el mercado relevante de producto
- Pruebas de estacionariedad y de cointegración. Constituyen métodos cuantitativos que han sido utilizados en algunos casos y reconocidos por agencias de competencia a nivel internacional. Estas pruebas econométricas permiten sistematizar el análisis de precios relativos de diferentes productos o de los mismos productos en distintas áreas geográficas.⁹¹

⁹⁰ Ivaldi y Verboven (2004) estimaron las elasticidades de la demanda de marcas de camiones utilizando un modelo logit anidado para analizar los efectos de una fusión entre Volvo y Scania. Argentesi y Filistrucchi (2007) presentan una interesante aplicación del modelo logístico anidado a los mercados de medios.

⁹¹ La prueba de estacionariedad (o de raíz unitaria) se utiliza para investigar si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante porque, en tal caso, las perturbaciones que aumentan el precio de un solo producto tendrán un efecto temporal. Por esa razón, la serie temporal de precios relativos (es decir, del cociente entre los precios de dos productos candidatos) es siempre estacionaria si dichos productos pertenecen al mismo mercado relevante. Usando una lógica similar, también se puede investigar si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante aplicando la prueba de cointegración. Dos series de tiempo no estacionarias están cointegradas si su combinación lineal es estacionaria. Si la prueba de cointegración demuestra que las series de movimientos de precios de dos productos están cointegradas, entonces esos productos pertenecerían a un solo mercado relevante y viceversa. El análisis de cointegración permite determinar si existe una relación de equilibrio de largo plazo entre el precio de dos productos, y si se verifica entonces ambos productos pertenecerían al mismo mercado relevante. European Commission (2021), Support study accompanying the Commission Notice on the evaluation of

Una combinación confiable de estimaciones de la elasticidad precio propia y elasticidad cruzada de la demanda puede proporcionar evidencia de la sustituibilidad de dos productos y, por ende, de que ambos productos pertenecen al mismo mercado. Por ejemplo, cuando dos productos tienen elasticidades propias negativas y elasticidades cruzadas positivas significativas y similares.^{92, 93}

Otros métodos menos formales para identificar productos que podrían ser parte del mercado relevante incluyen:⁹⁴

- iii. El enfoque de intercambiabilidad y equivalencia funcional. Un producto puede sustituir a otro si el consumidor emplea ambos para realizar lo mismo y se obtiene una utilidad similar al utilizarlos. Debe tenerse cuidado al utilizar este enfoque cuando los precios de los productos que se están comparando no son relativamente competitivos, ya que en tales casos la sustituibilidad podría darse únicamente ante variaciones elevadas de precios que de hecho reflejan poder de mercado.⁹⁵

Al respecto, en un caso famoso de competencia, el gobierno de los Estados Unidos acusó a DuPont de intentar monopolizar el comercio interestatal del celofán.⁹⁶ La Corte Suprema sostuvo que la existencia de elasticidades cruzadas elevadas de demanda entre el celofán y otros materiales de envoltura flexibles llevaba a incluir todos esos materiales en el mercado relevante. Sin embargo, la decisión fue criticada bajo el argumento de que la elasticidad de sustitución observada era en sí misma un indicador del alto poder de mercado que

the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/kd0221712enn_market_definition_notice_2021_1.pdf

⁹² Como ejemplo, la autoridad de competencia del Reino Unido utilizó conjuntamente pruebas de elasticidad propia y cruzadas al analizar el caso de la fusión de Pan Fish y Marine Harvest, dos empresas productoras de salmón en Escocia y Noruega. Una elasticidad precio del salmón escocés igual a -3.54, estadísticamente significativa, en conjunto con una elasticidad cruzada entre el salmón noruego y el escocés igual a 2.97, estadísticamente significativa, le permitió a la autoridad concluir que el salmón noruego y el salmón escocés formaban parte del mismo mercado. Véase *Pan Fish ASA and Marine Harvest NV Merger Inquiry – Final Report*, Apéndice C, de la Oficina del Comercio Justo (OFT, por sus siglas en inglés).

⁹³ Otros ejemplos de análisis econométricos para determinar sustitución los constituyen el caso de la fusión *Staples-Office Depot*, dos empresas de tiendas de productos de oficina (Office Depot y OfficeMax) —ver (Ashenfelter et al. 2006) para mayores detalles del análisis—; y el caso de la fusión *Whole Foods-Wild Oats*, dos supermercados de calidad superior y orgánica (PNOS por sus siglas en inglés) —ver (Varner y Cooper 2007) para mayores detalles del análisis. Mientras que en el primer caso la corte avaló la definición de mercado más estrecha propuesta por la FTC, que no incluía a otras tiendas que no fueran tiendas de oficina, en el segundo caso rechazó una definición más estrecha y concluyó que otras tiendas que no eran PNOS formaban parte del mercado. La diferencia entre ambas decisiones parece haberse debido a la coherencia entre la evidencia cuantitativa y cualitativa ofrecida tanto por las partes como por la autoridad en ambos casos.

⁹⁴ Véase Chang, Evans and Schmalensee (2011).

⁹⁵ Como ejemplos en los que las autoridades de competencia han considerado este enfoque, véase *United States v. du Pont & Co.*, 351 U.S. 377(1956); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); y *United Brands Company and United Brands Continental BV c. European Commission*, 1978 E.C.R. Case 27/76.

⁹⁶ *United States v. du Pont & Co.*, 351 U.S. 377(1956).

disfrutaba DuPont. En este sentido, aplicar la prueba del monopolista hipotético con relación a los precios actuales y no los precios competitivos puede conducir a una definición demasiado amplia del mercado porque la empresa bajo análisis puede ya gozar de una posición de monopolio, lo que implica que, si aumenta los precios, el incremento no será rentable. A esta situación se le conoce como la *falacia del celofán*.

- iv. Los registros de las empresas pueden ser de utilidad para identificar a quienes estas consideran sus competidores y, por ende, quienes ofrecen productos que podrían ser sustitutos. Algunos documentos de las empresas que podrían ser una fuente para identificar sustitutos son los análisis de competidores, informes sobre pérdidas y ganancias, estudios de mercado, entre otros.
- v. Encuestas realizadas tanto a los clientes de la empresa como a los clientes de otras empresas que ofrecen el mismo producto.⁹⁷

DIMENSIÓN GEOGRÁFICA

El mercado geográfico relevante es la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto. El mercado geográfico se define en función de las áreas en donde se encuentran ubicadas las distintas fuentes de abastecimiento del producto relevante. También podrá aplicarse, de manera análoga, el criterio de sustitución por el lado de la oferta, cuando exista alguna empresa que ofrece sus productos en determinada área geográfica, pero puede ingresar fácilmente con dichos productos a otra área en la que operan otras empresas. En esos casos puede resultar conveniente considerar ambas áreas como un único mercado geográfico relevante.

Adicionalmente, la determinación del mercado relevante debe tomar en consideración “los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero” (fracción b del artículo 14 de la Ley N.º 7472), así como “los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados” (fracción c del artículo 14 de la Ley 7472). Estos factores están estrechamente relacionados con la delimitación geográfica del mercado relevante, la cual incluye todas las regiones en que los consumidores pueden adquirir los productos relevantes y los oferentes están en posibilidades de proveerlos.

⁹⁷ Un ejemplo del uso de encuestas se observa en el estudio de la Comisión de Competencia (CC) del Reino Unido realizado durante la adquisición en 2005 de 115 supermercados Morrisons por parte de Somerfield, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140403004441mp_/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2005/fulltext/501.pdf

Otros ejemplos sobre el uso de encuestas se encuentra en Graeme Reynolds y Chris Walters, “The Use of Customer Surveys for Market Definition and the Competitive Assessment of Horizontal Mergers,” *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, 2008.

Al respecto, la definición de la dimensión geográfica del mercado relevante dependerá en gran medida de los costos de transporte de los bienes y, de manera sustantiva, de si es el proveedor o el consumidor quien se desplaza para la adquisición del bien o servicio US DOJ y FTC, “Horizontal Merger Guidelines”.⁹⁸

En el caso en el que el consumidor se desplace hacia las instalaciones de los proveedores del bien para recibir el producto, la dimensión geográfica se determina en función de la ubicación de los oferentes. En este caso, una región conformará la dimensión geográfica del mercado relevante si, ante un incremento en el precio, los consumidores no son capaces de acudir a otras regiones para la adquisición del producto relevante.

Cuando el oferente se desplaza hacia la ubicación del consumidor y este recibe el producto en dicho sitio, la dimensión geográfica se basa en la ubicación del consumidor. En este caso, aquellos proveedores del bien o servicio cuyo acceso a dicha ubicación sea factible, ante un incremento en el precio, deben ser incluidos en el mercado relevante independientemente de su propia ubicación.

Algunos ejemplos de metodologías que pueden utilizarse para la definición de la dimensión geográfica son:

- El uso de la prueba del monopolista hipotético. De forma similar al análisis del SSNIP test para determinar la dimensión producto del mercado relevante, la dimensión geográfica incluirá el territorio en el cual el monopolista hipotético podría imponer de manera rentable un pequeño aumento, pero significativo y no transitorio del precio, suponiendo que las condiciones de venta de otros lugares se mantienen invariantes. Como ejemplo, el SSNIP test podría implementarse considerando los costos de traslados en que deben incurrir los consumidores o los proveedores.⁹⁹
- La prueba Elzinga – Hogarty.¹⁰⁰ Este enfoque sostiene que una región constituye un mercado geográfico separado si casi todas sus ventas se realizan en la misma región (existen pocas exportaciones) y casi todas sus compras provienen de la misma región (existen pocas importaciones). Es decir, para que la región constituya un mercado separado deben pasar las pruebas de tener “poco hacia fuera desde dentro” (Little out from inside o LOFI¹⁰¹ por sus siglas en inglés) y de

⁹⁸ US DOJ y FTC, “Horizontal Merger Guidelines”.

⁹⁹ FTC v. Staples and Office Depot.

¹⁰⁰ Véase (Elzinga & Hogarty 1973), (Elzinga & Hogarty 1984) y (Davis & Garcés 2009).

¹⁰¹ La prueba LOFI implica comenzar por la mayor empresa o planta y encontrar la zona a la que se destina el X% de los envíos de esa planta y se pregunta si:

$$LOFI = 1 - \frac{\text{envíos desde plantas de la región al interior}}{\text{producción en la región candidata}} \\ = \frac{\text{exportaciones}}{\text{producción en la región candidata}} \leq X\%$$

tener “poco de fuera” (Little from outside o LOFOUT¹⁰² por sus siglas en inglés). El supuesto detrás de la prueba es que las interacciones de exportaciones e importaciones entre regiones sugieren interactividad competitiva.¹⁰³

- El uso de isócronas. Una isócrona es una frontera que delimita el conjunto de puntos a los que se puede llegar desde un punto de referencia en un tiempo determinado. Al decidir sobre el tiempo que determina el alcance de la isócrona, las autoridades de competencia pueden considerar aspectos como los costos de traslado o cualquier otro factor que influya en los patrones de traslados de los consumidores u oferentes.¹⁰⁴

Finalmente, en la definición del mercado relevante se debe tomar en consideración “las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas o el de los proveedores a los clientes alternativos” (fracción d del artículo 14 de la Ley N.º7472). Tales restricciones se relacionan con barreras estructurales a la entrada de carácter reglamentario que pueden impedir ya sea que los consumidores puedan adquirir los productos o servicios a través de otros proveedores o limitan o restringen la posibilidad que potenciales proveedores puedan ingresar al mercado. Algunos ejemplos de este tipo de barreras incluyen las restricciones en la cantidad de bienes provenientes de otras regiones o la imposición de impuestos u otras restricciones a las importaciones y exportaciones.

Mercados digitales

Los participantes de los mercados digitales generalmente se caracterizan por operar en forma de plataformas de múltiples lados. En términos generales, una plataforma de múltiples lados constituye un medio que facilita la interacción de diferentes tipos de agentes (lados de la plataforma).

Las plataformas de múltiples lados pueden tener uno o ambos de los siguientes efectos:

Donde $X\%$ es pequeño. Si la respuesta es afirmativa, la prueba LOFI se cumple, ya que “casi todas” las ventas de las plantas de producción de la región se realizan dentro de ésta. En caso de una respuesta negativa, el área geográfica debe ampliarse hasta encontrar una región que sí cumpla la prueba.

¹⁰² La prueba LIFOUT analiza el comportamiento del consumo dentro de la región y pregunta si:

$$LIFUOT = 1 - \frac{\text{compras de los consumidores en la región}}{\text{producción en la región candidata}} \leq X\%$$

Donde $X\%$ es pequeño. Si la respuesta es afirmativa, la prueba LIFOUT se cumple, ya que “casi todas” las compras de la región provienen de sus plantas de producción.

¹⁰³ Como ejemplo del uso de la prueba Elzinga – Hogarty se encuentra el caso en el que el DOJ analizó la fusión de Mercy y Finley (United States v. Mercy Health Services and Finley Tri-States Health Group, Inc.).

¹⁰⁴ Como ejemplos del uso de isócronas para la definición geográfica del mercado relevante se encuentra el análisis de autoridad de competencia de Chile en el que autorizó la concentración entre SMU S.A. y la Inmobiliaria Santander S.A. (investigación FNE F311-2022).

- i. Efectos de red indirectos, los cuales ocurren cuando la utilidad de un tipo de agentes, en un lado de la plataforma, aumenta cuando se incrementa el número de agentes de otro tipo, en otro lado de la plataforma.
- ii. Efectos directos de red, los cuales ocurren cuando la utilidad de un tipo de agentes aumenta cuando aumenta el número de agentes de su mismo tipo.

Dadas sus características, algunas cuestiones que pudieran ser consideradas para definir el mercado relevante podrían ser, por ejemplo:¹⁰⁵

- i. Las diferencias en las posibilidades de sustitución que puede haber entre lados distintos de la plataforma.
- ii. La interrelación entre los diversos lados de la plataforma ocasionada por los efectos de red indirectos.
- iii. El grado de *multihoming* y *single-homing* de los usuarios de la plataforma.¹⁰⁶
- iv. Las estrategias de precios que pudieran adoptar las plataformas; que podrían derivar en mercados con "precios cero" o incluso "precios negativos" con el propósito de atraer a un tipo de agentes a la plataforma.

Si bien existen situaciones inusuales en las que la definición del mercado producto pudiera incluir un solo mercado que incorporara a todos los tipos de usuarios, por lo general una definición de múltiples mercados resulta más adecuada para el análisis de plataformas de múltiples lados.

La prueba del monopolista hipotético puede aplicarse en el contexto de plataformas de múltiples lados, pero considerando las características particulares de estas, como los efectos indirectos de red que y su interrelación.¹⁰⁷

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

Una consecuencia importante del criterio conceptual descrito es que otorga consistencia y previsibilidad a la delimitación del mercado relevante a la vez que reduce la discrecionalidad. De esta manera, se evitan consideraciones subjetivas relacionadas con la intercambiabilidad, la equivalencia funcional o las características físicas de los productos candidatos a formar parte del mercado.

En particular, se explicitan a continuación algunas implicancias prácticas que resulta útil tener en cuenta al definir mercados relevantes:

- No es necesario que los productos sean idénticos o que la sustitución sea perfecta para que formen parte del mismo mercado relevante, por lo que, considerar solo las características físicas y de uso y su equivalencia funcional puede implicar una definición muy estrecha del mercado relevante.

¹⁰⁵ Véase (Katz & Sallet 2018), (Franck & Peitz 2019).

¹⁰⁶ Es decir, la posibilidad de que los usuarios puedan utilizar más de una o solo una plataforma a la vez.

¹⁰⁷ Véase (Franck & Peitz 2019).

- No se requiere que los precios de todos los productos del mercado relevante sean iguales, ya que puede haber productos de distintos precios y calidades que ejerzan restricciones competitivas entre sí.
- No se requiere que todos o la mayor parte de los consumidores desplacen su demanda hacia un determinado producto sustituto para incluirlo en el mercado relevante ante un incremento del precio, sino que el desplazamiento sea de magnitud suficiente para hacer no rentable dicho incremento. Esto es, la pregunta clave no es si los productos son sustitutos para todos los compradores, sino si hay un número suficiente de compradores en el margen de forma tal que un posible precio supra-competitivo no se mantenga en el tiempo.
- Los registros de las empresas pueden ser de utilidad para identificar a quienes estas consideran sus competidores y, por ende, quienes ofrecen productos que podrían ser sustitutos.
- El precio es el parámetro clave en el razonamiento que se aplica para el SSNIP test. Sin embargo, en algunas situaciones podría no serlo. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de los productos provistos por plataformas digitales que tienen un precio monetario cero.
- Existen limitaciones para la aplicación del criterio del monopolista hipotético en los mercados de licitación, porque cada licitación puede presentar precios significativamente distintos o que el paquete de bienes comerciados puede no ser homogéneo, lo que dificulta determinar el precio a considerar como punto de partida para aplicar la prueba.

4.3 EL PROPÓSITO DE LA DETERMINACIÓN DE PODER SUSTANCIAL DE MERCADO

El concepto de dominancia generalmente es equivalente a la posesión de poder sustancial de mercado, término utilizado en la legislación de Costa Rica y de México. Conforme el artículo 12 de la Ley N.º7472, el tener poder sustancial de mercado es un requisito para el análisis de una PMR.

Si bien tener una posición dominante o poder sustancial de mercado no infringe en sí mismo la ley de competencia; la razón de su análisis es porque las empresas dominantes pueden tener la capacidad de actuar de manera unilateral para deteriorar el proceso de competencia; a diferencia de empresas que no son dominantes y a las cuales sus competidores pueden restringir su actuar. Por ello, en algunas jurisdicciones, como la legislación europea, se tiene el concepto de "responsabilidad

especial". Es decir, empresas dominantes tienen la responsabilidad especial de no permitir que sus prácticas comerciales perjudiquen la competencia real.¹⁰⁸

Determinar si una compañía posee dominancia/poder sustancial de mercado, generalmente, va más allá de la participación de mercado. En este apartado se explica el concepto en términos económicos y los criterios que generalmente se evalúan para determinar la existencia de poder sustancial de mercado.

A. PODER 'SUSTANCIAL' DE MERCADO

El poder de mercado es un concepto económico que se refiere a la capacidad de una empresa para mantener los precios por arriba de algún nivel de competencia —o un precio de referencia— de una manera rentable.^{109, 110}

Por su parte, el término Poder Sustancial de Mercado (PSM) se utiliza en la práctica de las políticas de regulación y de competencia económica y se refiere a la habilidad de una empresa para actuar en el mercado de manera independiente de sus competidores (Chang, Evans y Schmalensee 2011).¹¹¹ Es decir, una empresa cuenta con poder sustancial de mercado cuando no enfrenta presiones competitivas significativas por parte de competidores, sus proveedores o clientes.

La determinación de poder sustancial de mercado es un filtro para inferir si una conducta realizada por una empresa tiene el potencial de causar daño anticompetitivo. Cuanta mayor capacidad tenga una empresa para actuar de manera independiente sin enfrentar restricciones, mayor será la probabilidad de que sus acciones ocasionen efectos en el mercado relevante o en mercados relacionados.

En términos de la normatividad de Costa Rica (Artículo 15 de la Ley 7472), para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial en el mercado relevante, debe considerarse:

a) Su participación en ese mercado y 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.

¹⁰⁸ Vatiero, M. (2006). Power in the Market: on the Dominant Position. In SIEPI Doctoral workshop. Rome.

¹⁰⁹ (Motta 2004; Church y Ware 2000).

¹¹⁰ Otras definiciones se refieren a la capacidad de un agente económico (empresa o consumidor) para afectar el precio de equilibrio en un mercado (Black, Hashimzade, y Myles 2012); o a la habilidad de una empresa para fijar el precio rentablemente por encima de su nivel competitivo y que dicha habilidad conlleve pérdidas de bienestar a la sociedad (Carlton y Perloff 2005).

¹¹¹ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea define una posición de dominio de mercado "a la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores". Sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 38, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, Rec. p. I-0000, apartado 170.

b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c) La existencia y el poder de sus competidores.

d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.

e) Su comportamiento reciente.

Al respecto, la literatura económica y la experiencia internacional ofrecen una serie de enfoques que la autoridad de competencia puede considerar al determinar la existencia de poder sustancial de mercado de una empresa. A continuación, se presentan algunos elementos que pueden considerarse al momento de determinar si una empresa o grupo de empresas cuentan con poder sustancial de mercado en el mercado relevante, tomando en consideración los criterios que el artículo 15 de la Ley N.º7472 establece para tal propósito.

B. ELEMENTOS PARA ANALIZAR LA EXISTENCIA DE PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE

En la práctica, las autoridades de competencia utilizan una serie de indicadores para determinar cuando una empresa cuenta con poder de mercado, entre los que se encuentran las participaciones de mercado, los índices de concentración y las medidas de desempeño de la empresa.¹¹²

- Las participaciones de mercado y los índices de concentración son medidas estadísticas que pueden utilizarse como indicativos del poder de mercado de las empresas. El supuesto detrás es que la participación de mercado está directa y positivamente correlacionada con el poder de mercado y que una alta concentración del mercado es indicio de posibles problemas de competencia, por ejemplo, como indicativo de la existencia de un número reducido de empresas que se traducen en precios más altos que en industrias menos concentradas.
- Dos medidas de concentración ampliamente utilizadas son: 1) la tasa de concentración, C_N , que mide la participación de mercado de las N empresas más grandes del mercado;¹¹³ y 2) el Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH), que mide la suma de los cuadrados de las participaciones porcentuales de todas las empresas que participan en el mercado.¹¹⁴

¹¹² Véase (OECD 2012) Market Definition, (OECD 2021).

¹¹³ $C_N = \sum_{n=1}^N 100 * S_n$; donde $S_1, S_2, \dots, S_N$ son las participaciones de mercado de las N empresas más grandes de mercado.

¹¹⁴ $IHH = \sum_{k=1}^K (100 * S_k)^2$; donde $S_1, S_2, \dots, S_K$ son las participaciones de mercado de las K empresas del mercado.

Otra serie de indicadores que pueden emplearse para medir el poder de mercado de una empresa son las medidas de desempeño de dicha empresa, que incluyen el margen precio-coste, los indicadores de ganancias, el modelo Panzar-Rosse y el indicador de Boone.

- El margen precio-coste, o Índice de Lerner, mide el poder de mercado dependiendo de cuánto el precio excede el costo marginal y se calcula dividiendo la diferencia del precio y el costo marginal entre el precio. Un mayor margen precio-coste es indicativo de poder de mercado de la empresa.¹¹⁵
- Los indicadores de ganancias se usan para determinar si una empresa obtiene retornos sobrenaturales por periodos prolongados de tiempo. Los indicadores más utilizados de esta categoría son el retorno sobre el capital utilizado (ROE) y el retorno sobre las ventas (ROS). Retornos superiores pueden implicar mayor poder de la empresa en el mercado.
- El modelo Panzar-Rosse, también conocido como Estadístico H, captura la transmisión de los precios de los insumos a los beneficios de la empresa. Una menor transmisión podría implicar que la empresa ejerce poder de mercado ajustando sus precios, con independencia de sus costos, mientras que una mayor transmisión puede ser señal de que existe mayor competencia en el mercado.
- El indicador de Boone se calcula como el cambio porcentual de los beneficios ante un cambio porcentual en los costos marginales, es decir, la *elasticidad de los beneficios con respecto a los costos marginales*. El supuesto detrás de este indicador es que en un mercado con mayor competencia las empresas más eficientes obtienen mayores beneficios, por lo que en un mercado altamente competitivo la *elasticidad de los beneficios con respecto a los costos marginales* será mayor.

Con relación a las barreras a la entrada y otros elementos que pudieran alterar dichas barreras o la oferta de otros competidores, señalados en la fracción b) del artículo 15 de la Ley N.º7472, la literatura económica las ha clasificado en dos tipos: barreras estructurales y barreras estratégicas. Las barreras estructurales surgen de las condiciones básicas de la industria, como la configuración del mercado, la estructura de costos, la normatividad aplicable y otras características de la oferta y la demanda; mientras que las barreras estratégicas son creadas o reforzadas intencionadamente por los competidores en el mercado, como pueden ser las estrategias de precios y

¹¹⁵ Bajo ciertas condiciones, el Índice de Lerner es igual al inverso de la elasticidad de la demanda de la empresa i :

$$\frac{p_i - c_i}{p_i} = \frac{1}{\varepsilon_i}$$

Cuanto menor es la elasticidad de la demanda, ε_i , menor es la reducción en la cantidad demandada del producto i ante un aumento del precio y, por ende, mayor poder de mercado tiene la empresa.

ventas o ciertos tipos de acuerdos entre agentes económicos que impiden o dificultan el acceso a competidores.

Algunos indicadores que pueden utilizarse para inferir sobre la existencia de barreras a la entrada y, por lo tanto, del grado de competencia a lo largo del tiempo en el mercado son: las tasas de entrada y salida en el mercado; la tasa de abandono; la volatilidad de las participaciones de mercado, el índice de concentración y la clasificación de las empresas a lo largo del tiempo, y la tasa de sobrevivencia en el mercado.¹¹⁶

- Las tasas de entrada y salida de empresas miden el número de ingresos y abandonos del mercado con respecto al número de empresas activas en el año, respectivamente. Una alta tasa de entrada (salida) puede implicar una mayor competencia en el mercado, aunque debe analizarse si las empresas que entran y salen realmente representan una restricción competitiva para las empresas incumbentes.
- La tasa de abandono del mercado mide el número de empresas que entran y salen del mercado con respecto al número de empresas activas. Una tasa de abandono alta puede representar indicios de competencia dinámica y menores barreras a la entrada y a la salida.
- La volatilidad en las participaciones de mercado, el índice de concentración y la clasificación de las empresas a lo largo del tiempo son indicativos de rivalidad o competencia en el mercado. Entre mayor sea la volatilidad de estas variables es menos probable que existan problemas de competencia en el mercado.
- La tasa de sobrevivencia de las empresas mide el número de firmas activas por lo menos cuatro años en relación con el promedio de firmas activas en ese periodo; o la edad promedio de las empresas, que mide el cambio en la edad promedio de las empresas más grandes de un año a otro.

Adicionalmente, para la determinación del poder sustancial de un agente económico en el mercado relevante, el artículo 15 de la Ley N.º7472 establece que debe considerarse la existencia y el poder de los competidores, fracción c) y la posibilidad de estos y del agente económico en escrutinio para acceder a las fuentes de insumos, fracción d).

- Al respecto, las elasticidades cruzadas de la demanda pueden utilizarse como una herramienta cuantitativa para analizar el poder de los competidores. Cuantos mayores sean las elasticidades cruzadas, mayor será el efecto de un incremento en el precio del agente económico en escrutinio y, por ende, mayor el poder con que cuentan los competidores para contrarrestar la posibilidad de que aquel actúe de manera unilateral.
- La percepción de los consumidores y las empresas puede usarse como una herramienta cualitativa para inferir el grado de competencia en la industria. A

¹¹⁶ Véase (OECD 2021).

través de encuestas, la autoridad de competencia puede obtener información de los agentes económicos sobre la capacidad de los consumidores de elegir entre productos distintos, los costos de cambio y efectos de red, las fuentes de insumos y la capacidad de las empresas de acceder a ellas, las barreras a la entrada y salida, entre otros datos que pueden representar indicios de poder de mercado de las empresas.

Finalmente, la fracción e) del artículo 15 de la Ley N.º7472 establece que como criterio para la determinación de poder sustancial de mercado debe considerarse el comportamiento reciente del agente económico en cuestión. Los estudios de mercado (EDM) e investigaciones anteriores de prácticas monopolísticas que involucren al agente económico podrían ser fuentes valiosas de información para determinar que dicho agente cuenta con poder sustancial de mercado.

Poder sustancial en mercados digitales

En los mercados digitales puede resultar complejo medir el poder de mercado que ostentan las empresas. El cambio en las tendencias de las preferencias de los consumidores, los efectos de red y los altos costos iniciales de las plataformas digitales pueden implicar que las métricas tradicionales no resulten adecuadas para determinar dicho poder.

En este sentido, para determinar la existencia y el grado de poder de mercado de las plataformas se podrían considerar entre otros:¹¹⁷

- Viabilidad y encendido. Las plataformas necesitan atraer un número suficiente de usuarios en todos sus lados, llamada masa crítica, para generar expectativas optimistas que generen valor a todos los usuarios. Atraer esta masa crítica no siempre es viable y, por ende, puede dar como resultado una barrera a potenciales competidores y conferir poder de mercado a las empresas.
- Efecto *Tipping*. Una vez que una plataforma atrajo suficientes usuarios a todos sus lados, los efectos de red pueden ser lo suficientemente fuertes como para que, a largo plazo, solo sea viable una única plataforma; es decir, el mercado se inclina en algún momento. En tal situación, la plataforma enfrenta pocas o nulas restricciones competitivas.
- Efecto *lock-in*. Los usuarios pueden tener dificultades para cambiar de proveedor y enfrentar un bloqueo (*lock-in*) debido a las elecciones de ellos mismos, las elecciones de otros usuarios o las estrategias de las empresas. Por ejemplo, un usuario puede realizar algún tipo de inversión a la que deba

¹¹⁷ Véase (Belleflamme y Peitz 2015), (Belleflamme y Peitz 2018), (Franck & Peitz 2019).

renunciar en caso de cambiar de proveedor de servicio; otros usuarios pueden reforzar los efectos directos o indirectos de red al aumentar el número de usuarios de la plataforma; o las plataformas pueden desarrollar formatos que sean incompatibles con el uso de otras plataformas. En todos estos casos, las plataformas podrían tener la posibilidad de cargar precios más altos o impedir que otras plataformas entren de manera exitosa al mercado.

- o **Multihoming.** La posibilidad de que los usuarios puedan utilizar más de una plataforma a la vez, *multihoming*, reduce la posibilidad de que una plataforma cuente con poder de mercado. Por ejemplo, cuando las plataformas actúan como intermediarios del comercio, los compradores se benefician del *multihoming* porque les permite acceder a una mayor variedad de productos o servicios; mientras que los vendedores se benefician del *multihoming* porque pueden llegar a un mayor número de potenciales compradores.

Adicionalmente, se podrían hacer algunas consideraciones en el uso de participaciones de mercado e índices de concentración como indicativo de poder de mercado en el caso de mercados de plataformas. Dichas consideraciones pudieran ser, por ejemplo:¹¹⁸

- o Las plataformas atienden a diferentes tipos de usuarios y pueden tener modelos de negocios distintos, por lo que inferir poder de mercado a partir de grandes participaciones de mercado en términos del volumen de ingresos (la suma de los ingresos de todos los lados de la plataforma) puede resultar adecuado únicamente cuando las plataformas atienden a los dos tipos de usuarios.
- o El número de suscriptores puede resultar adecuado para medir participaciones en mercados de plataformas o, en su defecto, el volumen de uso, cuando la intensidad de uso de la plataforma entre los usuarios es heterogénea.
- o Cuando el número de usuarios crece con el tiempo, la determinación del tamaño de una plataforma puede considerar no solo el número de usuarios activos sino también el número de usuarios potenciales (el tamaño potencial del mercado).

5 ANÁLISIS COMPARATIVO DE PMR

A nivel internacional, aunque muchas jurisdicciones utilizan un concepto similar a las PMR, existen diferencias en las definiciones legales o prácticas de aplicación. Por ejemplo, diversas leyes de competencia contienen un concepto de abuso de

¹¹⁸ Véase (Franck & Peitz 2019).

dominancia por parte de una empresa, que mediante la utilización de medios ilegales buscan obtener o retener su poder de mercado (conductas o prácticas). Para la determinación de la ilegalidad de estas conductas, se contempla un análisis del estatus de la empresa (si esta tiene posición dominante o poder sustancial en el mercado relevante) y un análisis de razonabilidad (la evaluación de la conducta, su propósito y sus efectos).

La legislación y la práctica de la competencia no prevén una medida uniforme de dominio (o posición dominante) y abuso en un caso específico. Por lo tanto, diferentes jueces y autoridades de competencia podrían llegar a diferentes conclusiones en casos específicos similares.

En este apartado se describe, en términos generales, la forma en que distintas agencias de competencia evalúan aquellas prácticas que requieren realizar un análisis de regla de la razón estructurada para determinar la ilegalidad de las acciones de participantes en los mercados, así como la categorización de los tipos de prácticas anticompetitivas para entender el contexto de la aplicación de la Ley en Costa Rica. En el anexo se presenta una tabla con el resumen de algunas otras características de la aplicación de las leyes de competencia en distintas jurisdicciones en América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea.

5.1 AMÉRICA LATINA

Argentina

La Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) prohíbe las prácticas restrictivas a la competencia (artículo 3) que son aquellas que constituyen el abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda ocasionar perjuicio para el interés económico general.

El artículo 1º de la LDC establece que los actos o conductas que constituyan un abuso de posición dominante en un mercado están prohibidos y serán sancionados siempre y cuando puedan dar como resultado un perjuicio para el interés económico general. Este último concepto no está definido en el texto de la Ley, pero en general se relaciona mayoritariamente con el bienestar del consumidor, el cual puede verse perjudicado si una conducta, acto o comportamiento tiene el potencial de provocar un aumento en el precio o una reducción de la oferta del producto relevante definido en el marco de una investigación.¹¹⁹

De acuerdo con la ley argentina, una posición dominante no es ilegal *per se*. La posición dominante puede ser adquirida a través de la competencia por los méritos. Para determinar si una conducta pueda ocasionar un perjuicio para el "interés económico general", la autoridad de competencia no exige la cuantificación del perjuicio en

¹¹⁹ Beccar Varela, 2022. *In review: abuse of dominance in Argentina*, Lexology. Consulta en línea en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bb6dd37-86cb-4093-b0d8-05e783fc5ebf>

cuestión, sino solamente que sea posible elaborar una teoría razonable de ocurrencia de perjuicio al interés económico general y que no exista una explicación de ganancias en eficiencias.¹²⁰

El artículo 3° de la Ley N.º 27.442 contiene una serie de ejemplos de conductas que, en la medida en que encuadren en las previsiones del artículo 1º de dicha ley, pueden representar casos de abuso de posición dominante.

De acuerdo con las "Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio",¹²¹ las prácticas restrictivas a la competencia incluyen tanto abusos exclusorios como abusos explotativos.¹²²

Los abusos exclusorios se refieren a *"conductas que eliminan o debilitan sustancialmente la competencia por parte de los competidores existentes o que rigen o refuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, eliminando o debilitando la competencia potencial"*,¹²³ mientras que los explotativos se refieren a conductas que explotan a clientes o proveedores, por ejemplo, precios excesivamente altos.

Es importante señalar que estas categorías no son excluyentes, ya que una conducta exclusoria puede derivar en una explotativa. Por ejemplo, la salida del mercado de competidores, a su vez, posibilita un abuso de la posición dominante mediante precios superiores a los que regirían sin la conducta anticompetitiva.

Colombia

En Colombia el abuso de posición dominante se integra en la prohibición general del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. Para determinar la ilicitud de alguna conducta se requiere de un análisis de regla de la razón estructurada. Igualmente, las eficiencias derivadas por una conducta pueden constituir una defensa, según el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, la cual establece que uno de los fines de las acciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es velar por la eficiencia en el mercado.

México

¹²⁰ CNDC (2019), pág. 8.

¹²¹ CNDC, 2019. GUÍAS PARA EL ANÁLISIS DE CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE TIPO EXCLUSORIO, consulta en línea en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf

¹²² En febrero de 2023, la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN) anuló la que hasta la fecha es la única sentencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) relativa al abuso explotativo relacionado con la fijación de precios excesivos. Al respecto, la CNDC multó a la organización argentina de gestión colectiva de derechos de autor de obras musicales (SADAIC) por considerar que ésta había abusado de su posición dominante en la fijación de las tarifas que los hoteles deben pagar para ofrecer el servicio de televisión en sus habitaciones. Dada la sentencia de la CSJN, se pudo asumir que el abuso explotativo por precios excesivos no constituye una infracción en términos de la Ley de Defensa de Competencia de Argentina. Véase: "CeCo | Adiós precios excesivos... como infracción en Argentina".

¹²³ (CNDC 2019). Idem, pág 3.

En México, al igual que en Costa Rica, la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) considera como ilícito la realización de prácticas monopólicas relativas. La ley mexicana no prohíbe estas conductas *per se*, sino que sigue un enfoque basado en el análisis de los efectos y propósito de una conducta realizada por un agente económico (o grupo de agentes económicos) que tenga(n) poder sustancial en el mercado relevante en donde se realiza la práctica.

Para considerarse ilegal se debe probar que el propósito o efecto de la conducta es desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente su acceso al mercado o crear ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos. Al igual que otras jurisdicciones, las empresas investigadas podrían acreditar que las conductas efectuadas presentan ganancias de eficiencia y que tienen efectos procompetitivos que superan los posibles efectos anticompetitivos derivados de la conducta.

A diferencia de otras jurisdicciones, la ley mexicana únicamente contempla las conductas predatorias y exclusorias que se enmarcan en el artículo 56 de la LFCE.

5.2 UNIÓN EUROPEA

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) regula las prácticas de las empresas con poder de mercado. De acuerdo con este artículo, tener o adquirir una posición dominante no es ilegal *per se*. Una empresa dominante infringe el artículo 102 del TFUE solamente si abusa de su posición dominante para restringir la competencia.

De acuerdo con el Reglamento (CE) no. 1/2003 sobre la *Aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea: aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE*, el primer paso clave en estos casos es determinar si la empresa de que se trate es dominante. Esto implica la definición de su mercado tanto en términos del producto o productos que suministra, así como la zona geográfica en la que se venden.

En términos generales, las categorías de abuso se pueden agrupar en (1) abusos de exclusión, donde una empresa dominante busca estratégicamente excluir a sus rivales y, por lo tanto, restringe la competencia; y (2) abusos de explotación, donde una empresa dominante usa su poder de mercado para extraer rentas de consumidores.

De acuerdo con la jurisprudencia de la aplicación del artículo 102 del TFUE, no toda conducta que afecte negativamente a los competidores es anticompetitiva ni todo efecto de exclusión es necesariamente perjudicial para la competencia. Para que la Autoridad determine una conducta como excluyente no deben existir indicios de la presencia de eficiencias generadas. En este sentido, no se descarta la competencia basada en los méritos que dé lugar a la salida del mercado o a la marginación de los competidores menos eficientes. Esto se debe a que las normas de competencia no

buscan garantizar que los competidores menos eficientes que la empresa con posición dominante permanezcan en el mercado.¹²⁴

Finalmente, al analizar conductas excluyentes basadas en precios, otras pruebas cualitativas o cuantitativas pueden tenerse en cuenta, además de las pruebas basadas en costos (pruebas del competidor igualmente eficiente). Adicionalmente, se reconoce que, bajo ciertas circunstancias, un competidor menos eficiente que la empresa dominante puede ejercer una restricción competitiva, por lo que, al analizar esta restricción, se aplica un enfoque dinámico que considere las mejoras en eficiencia que podría lograr el competidor en ausencia de la práctica.¹²⁵

5.3 ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos la Sherman Act prohíbe cualquier "monopolización, intento de monopolización o conspiración o combinación para monopolizar".¹²⁶

La Ley Sherman no prohíbe todas las restricciones al comercio, solo aquellas que no son razonables. Asimismo, considera que la simple posesión o el ejercicio de poder monopólico no es ilegal *per se*. En este sentido, la ley estadounidense prohíbe únicamente la conducta anticompetitiva que ayude a obtener o mantener un monopolio, la cual a menudo se refiere como "depredadora" o "excluyente". La legislación estadounidense considera tanto los posibles efectos anticompetitivos como procompetitivos de la conducta.

La ley estadounidense no reconoce los abusos de explotación, en cambio, prohíbe únicamente la conducta que ayuda de manera anticompetitiva a obtener o mantener el poder de monopolio.

Bajo este concepto, el desafío en la doctrina de la monopolización es diferenciar entre la conducta que ayuda a obtener o mantener un monopolio a través de medios anticompetitivos (tales como contratos exclusivos que excluyen sustancialmente a los competidores del mercado sin una justificación procompetitiva compensatoria) en oposición a la conducta que ayuda a obtener o mantener un monopolio a través de medios favorables a la competencia (como la introducción de un producto de costo inferior).

Bajo esta revisión sucinta de la normatividad y jurisprudencia internacional, se observa que, en general, para determinar la ilegalidad de una práctica monopolística relativa,

¹²⁴ Kuivalainen, E., Mostyn H., y Bock P. 2022. *In brief: abuse of dominance in European Union*, Lexology. Consulta en línea en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a940ed59-46d6-4932-a2cc-2fb52618f387>.

¹²⁵ 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, párrafo 23.

¹²⁶ FTC, The Antitrust Laws. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

conocidas también como abusos de posición dominante, se requiere seguir una regla de la razón, estructura consistente en:

- i. Definir el mercado relevante y los mercados relacionados;
- ii. Determinar si el agente económico tiene una posición dominante (o poder sustancial de mercado) en el mercado relevante;
- iii. Evaluar si la conducta tiene como efecto abusar de la posición dominante de manera que excluye a los competidores del mercado y afecta el bienestar general o de los consumidores;

Adicionalmente, en caso de que las partes involucradas presenten los elementos necesarios, será indispensable:

- iv. Evaluar si la conducta genera ganancias en eficiencia que, tomando en consideración el posible daño anticompetitivo, den como resultado la mejora del bienestar general o de los consumidores.

En particular, la Ley de Costa Rica contempla los mismos elementos generales de análisis; siendo la principal diferencia que la ley contempla únicamente abusos exclusorios (listados en el artículo 12 de la Ley N.º7472) y no explotativos.

En resumen, aunque puedan existir diferencias en cuanto a las formas para determinar el abuso de posición dominante con fines exclusorios por parte de un agente, la forma en la que se evalúa dicho abuso sigue un procedimiento similar en las distintas jurisdicciones.

En primer lugar, se debe acreditar que el agente en cuestión está realizando una práctica que podría tener por objeto o efecto desplazar o evitar la entrada de competidores a un mercado en términos de las leyes de competencia —en el caso de Costa Rica, conducta contemplada en el listado del artículo 12 de la Ley N.º7472—.

Enseguida se debe determinar el mercado relevante y si el agente que ejecuta la conducta tiene poder de mercado en el mercado relevante. Cuando se concluya que el agente que efectúa la práctica sí cuenta con poder de mercado, se procede a realizar el análisis económico para determinar si la conducta tiene o no efectos anticompetitivos.

Tal análisis económico requiere el planteamiento de una hipótesis (teoría de daño) que explique cómo la conducta está propiciando el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado o está impidiendo sustancialmente su acceso. Adicionalmente, se pueden considerar, en caso de que sean presentadas, las posibles ganancias en eficiencia de la práctica para determinar si estas pudieran superar los posibles efectos anticompetitivos, cuando sea el caso.

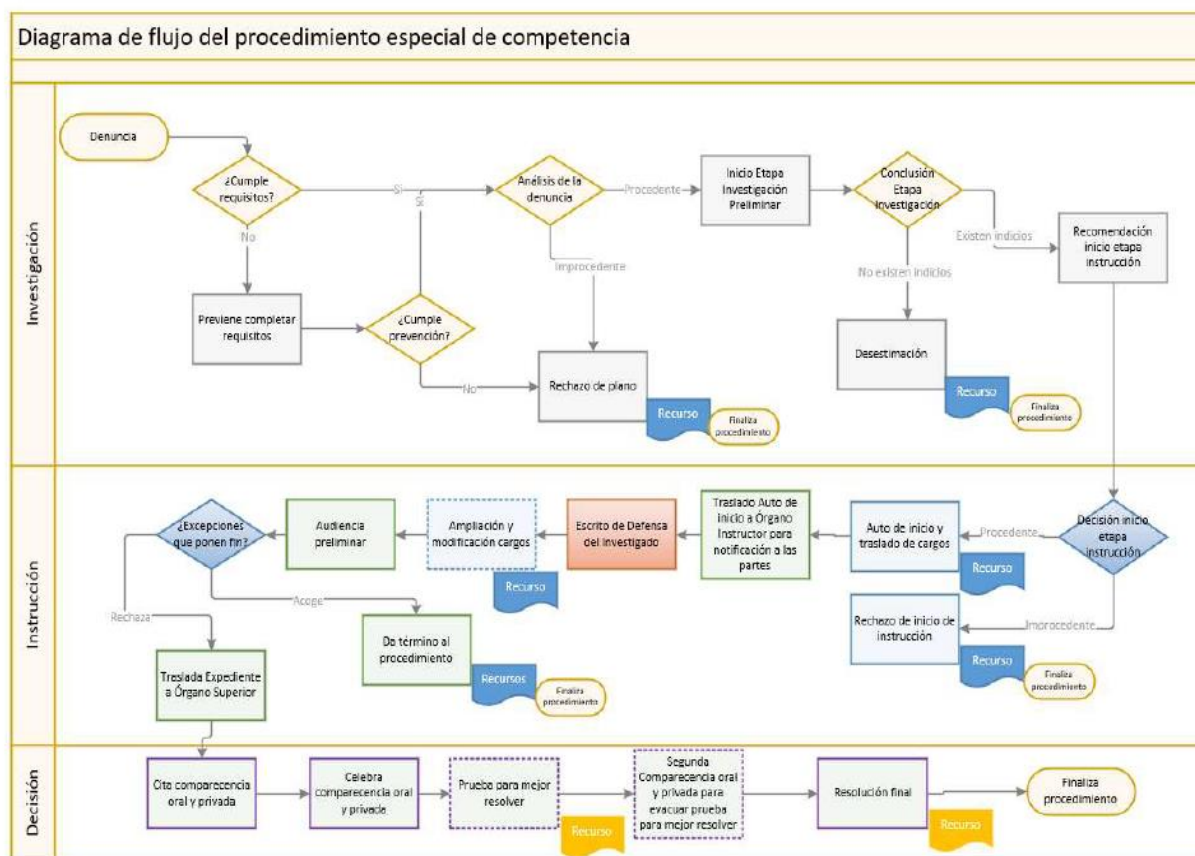
En el siguiente capítulo se establecen los elementos necesarios para la determinación de mercado y poder sustancial; y en el capítulo posterior se explican las principales características de una teoría de daño y se presenta un panorama de algunas teorías de

daño que pueden examinarse en relación con las conductas señaladas en la Ley N.º7472 y el marco conceptual bajo el cual estas teorías de daño pueden probarse.

6 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ANÁLISIS DE PMR

De acuerdo con el Artículo 30 de la Ley N.º9736, el procedimiento especial para el análisis de prácticas monopólicas relativas comprenderá tres etapas: investigación preliminar, instrucción y decisión. Este podrá iniciar, de oficio¹²⁷ o bien, como respuesta a una denuncia interpuesta por cualquier persona física o jurídica, sea o no agraviada por el hecho denunciado. La Figura 2 presenta de forma esquemática el procedimiento especial de competencia y en los apartados posteriores se explica con mayor detenimiento en qué consiste.

FIGURA 2 DIAGRAMA DE FLUJO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE COMPETENCIA



¹²⁷ Por el encargado de investigaciones del Órgano Técnico ya sea a iniciativa propia o del Órgano Superior de la autoridad de competencia correspondiente.

El primer paso es presentar la Denuncia. Para que esta se acepte, debe de cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 de la Ley N.º9736. De no ser así, el encargado de investigaciones del Órgano Técnico correspondiente prevendrá al denunciante y le otorgará un plazo adicional para que corrija o subsane los defectos.¹²⁸ Una vez presentada la denuncia en forma, el encargado de investigaciones del Órgano Técnico correspondiente puede iniciar la etapa de investigación preliminar sobre los hechos denunciados o rechazar de plano la denuncia.¹²⁹

Dentro de los requisitos que debe cumplir la Denuncia se incluyen el nombre del denunciante, así como una dirección donde poder ubicarlo, datos de identidad y ubicación del agente económico denunciado, una relación de los hechos o los actos denunciados que constituyan posibles infracciones en términos de las leyes Ley N.º7472 y sus respectivos reglamentos. Asimismo, el denunciante debe aportar la pretensión de la denuncia y las pruebas con las que cuente, por ejemplo, información fáctica o datos que legitimen presunción de que se esté llevando a cabo alguna de las conductas anticompetitivas previstas en las leyes mencionadas.

Para identificar al denunciado o denunciados, se debe de señalar su nombre y denominación social y su domicilio, en caso de contar con ellos. De no conocerlos con certeza al momento de la presentación de la denuncia, se puede utilizar el nombre comercial, marca o sitios físicos o digitales mediante los cuales el demandado se publicite.

Para señalar la conducta denunciada, en su escrito, el denunciante debe de describir de forma breve, concisa y precisa los hechos que propician su actuar. En ella debe delimitar los hechos de los que tenga conocimiento acerca de la supuesta falta y ser claro acerca del modo, tiempo y lugar de los sucesos. Para evitar ambigüedades, se deben definir las abreviaturas o acrónimos que se utilicen en el documento, así como para los términos de carácter técnico.

La información proporcionada debe, entonces, permitir que, por inducción lógica, se pueda llegar a una conclusión acerca de la existencia o no de un hecho a probar. Si se encuentra correspondencia entre los hechos narrados en la denuncia, la información conocida por la autoridad y las conductas que podrían dañar el proceso de competencia conforme a las leyes, entonces es razonable iniciar el procedimiento de investigación.

En el caso de denuncias por Prácticas Monopólicas Relativas, el denunciante debe describir los principales bienes o servicios involucrados al igual que su uso. Asimismo, la denuncia puede precisar otros bienes que puedan ser empleados de forma igual o similar o que estén relacionadas con los primeros. En este sentido, debe de señalar qué

¹²⁸ Artículo 33 de la Ley N.º9736.

¹²⁹ Artículo 34 de la Ley N.º9736

agentes económicos procesa, producen, provén, distribuyen o comercializan el bien o servicios dentro del territorio nacional.

Se debe de incluir información que permita identificar que uno o varios agentes económicos denunciados, en lo individual o conjuntamente, puedan tener poder sustancial en el mismo mercado relevante donde se realiza la práctica. En este sentido, se pueden presentar, entre otros, datos referentes a las cuotas de mercado, por volumen o valor de ventas. A su vez, las pruebas deben de dar indicios de que la conducta demandada pueda tener como objeto o efecto, desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles el acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos en el mercado relevante o en algún mercado relacionado.

Dado lo anterior, entre la información que el denunciante podría presentar se enlistan de forma enunciativa, mas no limitativa, las siguientes:

- Señalamiento de quiénes son los principales agentes económicos que participan en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de los bienes o servicios principales involucrados;
- Estimación de la proporción del mercado con la que cuentan los participantes del mercado desagregado, de ser posible, a nivel de provincia, cantón o distrito.¹³⁰ Para ello, se debe ser claro con las variables y metodologías que se utilizaron en el cálculo, al igual que las fuentes o demás documentos de donde se obtuvieron los datos;
- Identificación de la estructura y política de precios, costos de producción, volumen de ventas o condiciones usuales de negociación;
- Caracterización del mercado en el que se lleve a cabo la conducta denunciada donde se incluyan las características y el comportamiento de este;
- Tipificación y descripción de los bienes o servicios que sean iguales, similares o sustancialmente relacionados con los bienes o servicios que el denunciado produzca, distribuya o comercialice;
- De ser posible, es recomendable incluir los elementos que conforman la estimación de costos de los bienes o servicios principales. Este punto es de particular relevancia en denuncias por depredación de precios.
- Exposición acerca del efecto que ha provocado la presunta PRM denunciada en donde se debe señalar si esta ha impedido el acceso al mercado, ha desplazado o ha sido víctima de las ventajas que el denunciado haya otorgado a otros agentes económicos;

¹³⁰ La división territorial de Costa Rica comprende siete provincias subdivididas en 81 cantones y éstos en 463 distritos. Las municipalidades de cada cantón o gobiernos locales están encabezados por alcaldes, electos cada cuatro años en elecciones generales, y un Concejo Municipal. Declara oficial para efectos administrativos, la aprobación de la División Territorial Administrativa de la República N°41548-MGP». Consultado el 30 de abril de 2020.

- Identificación de los demás agentes económicos que podrían resultar afectados por la acción denunciada
- Señalar las fechas de inicio y término de la PMR.

Las conductas denunciadas podrían incluir, entre otras: presunción de la segmentación de mercado entre agentes económicos que no sean competidores entre sí; fijación de precios a distribuidores o proveedores; prueba de ventas atadas, condiciones de exclusividad, negativa de trato, boicot, depredación de precios, descuentos por lealtad o ventas condicionadas, subsidios cruzados, discriminación de precios, elevación de costos a rivales, obstáculos al acceso a un insumo esencial o probable estrechamiento de márgenes.

6.1 INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El encargado de investigaciones del Órgano Técnico correspondiente iniciará la etapa de investigación preliminar,¹³¹ cuyo propósito es determinar si concurren, o no, los elementos y las condiciones que ameriten que se inicie la etapa de instrucción del procedimiento especial. La duración máxima de esta etapa es de 12 meses, pudiendo aplazarse en una sola ocasión hasta por seis meses si en el expediente se investigan varias conductas anticompetitivas o cuando se requiera el análisis de varios mercados relevantes.¹³²

Durante este periodo, el Órgano Técnico se encargará de reunir, asegurar y ordenar las pruebas y demás antecedentes necesarios para determinar la procedencia, o no, del inicio de la etapa de instrucción. Para ello, la COPROCOM tiene la potestad de solicitar a cualquier persona física o jurídica, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, nacional o extranjera, la información y la documentación, pertinente y razonable, que requiera para atender sus funciones, así como a autorizar funcionarios para que estos inspeccionen los establecimientos de los agentes económicos cuando sea necesario con el fin de recabar o para evitar que se pierda o se destruya, evidencia útil para la investigación; los encargados y el personal que labore en los lugares que sean objeto de una inspección estarán obligados a someterse a la diligencia y a colaborar razonablemente sin interferir o retrasar la diligencia.¹³³ Esto sin menoscabo de la normatividad de confidencialidad bajo la que se rige la COPROCOM.¹³⁴

Si se estima que los elementos de prueba recabados durante la investigación preliminar son suficientes para el inicio de la etapa de instrucción, el encargado de investigaciones del Órgano Técnico correspondiente lo recomendará al encargado de instrucción y le hará llegar el expediente y resultados que obtuvo durante la

¹³¹ Artículo 39 de la Ley N.º9736.

¹³² Artículo 38 de la Ley N.º9736.

¹³³ Artículos 3, 82, 86 y 111 de la Ley N.º9736.

¹³⁴ Artículo 113 de la Ley N.º9736.

investigación preliminar.¹³⁵ En caso de que se desestime la denuncia por insuficiencia de elementos de prueba recabados durante la investigación preliminar, de debe emitir una resolución motivada.

6.2 ETAPA DE INSTRUCCIÓN

La etapa de instrucción tiene como propósito ordenar todas las actuaciones necesarias para preparar el procedimiento especial para la etapa decisoria, de manera que el expediente esté listo y saneado para la comparecencia oral y privada ante el Órgano Superior.¹³⁶ En esta etapa se les solicitan pruebas a las partes, mismas que se pueden admitir o rechazar. Asimismo, en esta etapa el encargado de investigaciones del Órgano Técnico correspondiente determinará, mediante resolución motivada, si la investigación preliminar proporciona fundamento suficiente para determinar la probable la responsabilidad de los agentes económicos investigados y así acordar el inicio de la etapa de instrucción del procedimiento especial o si rechaza (de forma total o parcial) su inicio y ordena el archivo del expediente.¹³⁷

De continuar con la investigación, el encargado de instrucción emitirá el auto de inicio de la etapa de instrucción, así como el traslado de cargos conforme al Artículo 44 de la Ley N.º9736 y deberá comunicárselo a las partes.¹³⁸ El Órgano Instructor realizará una audiencia preparatoria oral y privada con las partes involucradas con el fin de preparar el expediente para la comparecencia oral y privada ante el Órgano Superior. En esta etapa el Órgano Instructor puede decidir acoger alguna excepción o incidencia que le ponga término al procedimiento especial.¹³⁹ Si decide que el caso prosiga, el Órgano Instructor deberá trasladar el expediente al Órgano Superior de la autoridad de la COPROCOM.

6.3 ETAPA DECISORIA

La etapa decisoria está a cargo del Órgano Superior y tiene como propósito proceder con la comparecencia oral y privada para recibir los alegatos de defensa, evacuar la prueba que así lo requiera, escuchar la formulación de conclusiones y emitir la resolución final. Su duración máxima es de siete meses, plazo que podrá ser ampliado hasta por un mes adicional.¹⁴⁰

¹³⁵ Artículo 40 de la Ley N.º9736.

¹³⁶ Artículo 42 de la Ley N.º9736.

¹³⁷ Artículo 43 de la Ley N.º9736.

¹³⁸ Artículo 45 de la Ley N.º9736.

¹³⁹ Conforme a los Artículos 49 y 50 de la Ley N.º9736.

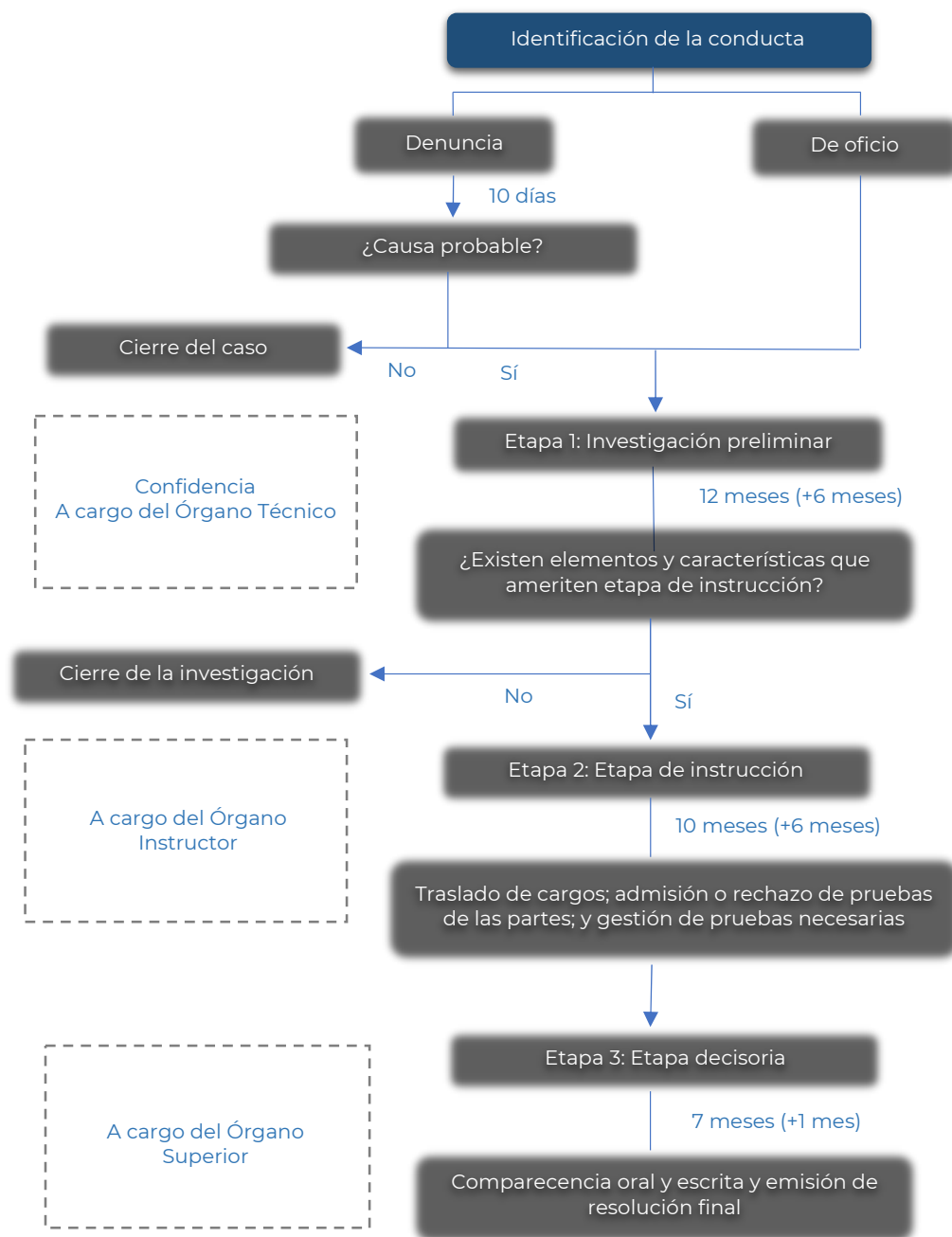
¹⁴⁰ Artículo 52 de la Ley N.º9736.

En la comparecencia deberán estar presentes los agentes económicos denunciados y, de haberlos, los denunciantes y coadyuvantes o terceros interesados y deberán seguirse las pautas establecidas en el Artículo 55 de la Ley N.º9736. Durante todo el proceso se respetarán los deberes de confidencialidad.¹⁴¹ Si el Órgano Superior considera que es absolutamente necesario, podrá ordenar por una única vez la recepción de nuevas pruebas o ampliar las incorporadas.¹⁴² Tras la conclusión de la comparecencia, el Órgano Superior cuenta con sesenta días hábiles para dictar la resolución y, en su caso, impondrá las medidas y sanciones que correspondan.¹⁴³

¹⁴¹ Artículo 113 de la Ley N.º9736.

¹⁴² Artículo 56 de la Ley N.º9736.

¹⁴³ Artículo 57 de la Ley N.º9736.



7 BIBLIOGRAFÍA

- Aghion, P., and P. Bolton (1987). "Contracts as a Barrier to Entry", *American Economic Review*, 77(3), pp. 388-401.
- Argentesi, E., & Filistrucchi, L. (2007). Estimating market power in a two-sided market: The case of newspapers. *Journal of Applied Econometrics*, 22(7), 1247-1266.
- Armstrong, M., & Vickers, J. (1993). Price discrimination, competition and regulation. *The Journal of Industrial Economics*, 335-359.
- Ashenfelter, O., Ashmore, D., Baker, J. B., Gleason, S., & Hosken, D. S. (2006). Empirical methods in merger analysis: Econometric analysis of pricing in *FTC v. Staples*. *International Journal of the Economics of Business*, 13(2), 265-279.
- Baake, P., Kamecke, U., and H. Normann (2004) "Vertical Foreclosure Versus Downstream Competition with Capital Precommitment," *International Journal of Industrial Organisation*, Vol. 22(2), 185-192
- Baumol, W. J. (1979). Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing. *The Yale Law Journal*, 89(1), 1-26. <https://doi.org/10.2307/795909>
- Belleflamme, P., & Peitz, M. (2015). *Industrial Organization* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Belleflamme, P., & Peitz, M. (2016). *Industrial Organization* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Belleflamme, P., & Peitz, M. (2018). Platforms and network effects. In *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Volume II. Edward Elgar Publishing.
- Benoit, J. P. (1984). Financially constrained entry in a game with incomplete information. *The RAND Journal of Economics*, 490-499.
- Black, John, Nigar Hashimzade, y Gareth Myles. 2012. *A Dictionary of Economics*. Oxford University Press.
- Bork R. H. (1978). *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Basic Books.
- Bourreau, M., and De Streel, A. (2019). Digital conglomerates and EU competition policy. Available at SSRN 3350512
- Carlton, D. and Perloff, J. (2005) *Modern Industrial Organization*. Pearson, Addison Wesley, Boston.
- Carlton, D. W., y M. Waldman (2002), "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", *Rand Journal of Economic*, 33:194-220
- Chang, Evans, Schmalensee (2011): "DOCUMENTO DE REFERENCIA SOBRE DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE".

Choi, J. P., y C. Stefanadis (2001). "Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory", *Rand Journal of Economic*, 32: 52-71.

Church, J. R., y Ware, R. (2000). *Industrial Organization: A Strategic Approach*. McGraw-Hill School Education Group

Comisión Europea. 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 (2009/C 45/02).

Davis, P., & Garcés, E. (2009). Quantitative techniques for competition and antitrust analysis. In *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press.

Elzinga, K. G., & Hogarty, T. F. (1973). The problem of geographic market delineation in antimerger suits. *The Antitrust Bulletin*, 18(1), 45-81.

Elzinga, K. G., & Hogarty, T. F. (1984). The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits. *J. Reprints Antitrust L. & Econ.*, 14, 815.

Elzinga, K. G., & Mills, D. E. (2008). The economics of resale price maintenance. *ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY* (3-Volume Set), Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, eds., ABA Section of Antitrust Law

Evans, D. S., & Padilla, A. J. (2005). Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: A neo-Chicago approach. *U. Chi. L. Rev.*, 72, 73

Farrell, J., & Shapiro, C. (2007). Improving critical loss analysis.

Franck, J. U., & Peitz, M. (2019). Market definition and market power in the platform economy. Centre on Regulation in Europe asbl (CERRE).

Fumagalli, C., Motta, M., & Calcagno, C. (2018). *Exclusionary practices: The economics of monopolisation and abuse of dominance*. Cambridge University Press

Gual, J. et.al. (2005) Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82. Accesible en https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf

Hausman, J. (1997), "Valuation and the Effect of Regulation on New Services in Telecommunications," *Brooking Papers on Economics Activity: Microeconomics*, 1-54

Ivaldi, M., & Verboven, F. (2005). Quantifying the effects from horizontal mergers in European competition policy. *International Journal of Industrial Organization*, 23(9-10), 669-691.

Katz, M., & Sallet, J. (2018). Multisided platforms and antitrust enforcement. *The Yale Law Journal*, 2142-2175.

Franck, J. U., & Peitz, M. (2019). Market definition and market power in the platform economy. Centre on Regulation in Europe asbl (CERRE).

Krattenmaker, T. G., & Salop, S. C. (1986). Anticompetitive exclusion: Raising rivals' costs to achieve power over price. *Yale LJ*, 96, 209

Kreps, D. M., & Wilson, R. (1982). Reputation and imperfect information. *Journal of economic theory*, 27(2), 253-279

Mankiw, N. G., and M. D. Whinston (1986), "Free Entry and Social Inefficiency," *RAND Journal of Economics*, Vol. 17(1), 48-58

Mathewson, G. F., & Winter, R. A. (1984). An Economic Theory of Vertical Restraints. *The RAND Journal of Economics*, 15(1), 27-38. <https://doi.org/10.2307/3003667>

Milgrom, Paul, and John Roberts (1982) "Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis." *Econometrica* 50, no. 2 (1982): 443-59. <https://doi.org/10.2307/1912637>.

Motta (2021), Política de Competencia. Teoría y Práctica, Fondo de Cultura Económica, México: CDMX

Nalebuff, B. (2004). "Bundling as an Entry Barrier", *The Quarterly Journal of Economics*, 119: 159-187.

O'Donoghue, R. and J. Padilla (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 2nd Edition. Hart Publishing

OECD (2004), Predatory Foreclosure, Ver en <https://www.oecd.org/daf/competition/34646189.pdf>

OECD (2005) Competition on the Merits. Ver en, <https://www.oecd.org/daf/competition/35911017.pdf>.

OECD (2007), Refusals to Deal, Ver en <https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>

OECD (2008), Resale Price Maintenance, ver en <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>

OECD (2011), Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies. Accesible en <https://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>.

OECD (2012). The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings. <https://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>

OECD (2018), Executive Summary of the Roundtable on Price Discrimination, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN5/En/pdf#:~:text=Price%20discrimination%20can%20be%20harmful,high%20prices%2C%20or%20incentivising%20innovation](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN5/En/pdf#:~:text=Price%20discrimination%20can%20be%20harmful,high%20prices%2C%20or%20incentivising%20innovation).

OECD (2022). Purchasing Power and Buyers' Cartels. Ver en <https://www.oecd.org/daf/competition/purchasing-power-and-buyers-cartels.htm>

Ordover, J. A., & Willig, R. D. (1981). An economic definition of predation: Pricing and product innovation. *The Yale Law Journal*, 91(1), 8-53

Peitz, M. (2008). "Bundling May Blockade Entry", *International Journal of Industrial Organization*, 26: 41-58

Rasmussen, E. B., Ramseyer, J. M., and J. S. Wiley (1991). "Naked Exclusion", *American Economic Review*, 81(5), pp. 1137-1145

Roberts, S. (2021). The fundamentals of economic analysis in abuse cases, Conferencias de la OECD sobre: Economic analysis and evidence in abuse cases. <https://www.youtube.com/watch?v=JjcGtRmyvdl>

Salinger, M. A., & Elbittar, A. (2013). White paper on Vertical R.

Salop, S. C., and D. Scheffman (1987), "Cost-Raising Strategies", *Journal of Industrial Economics*, Vol. 36(1), 19-34

Segal, I., and M. D. Whinston (2000). "Exclusive Contracts and Protection of Investments", *RAND Journal of Economics*, 31(4), pp. 603-633

Tirole, J. (2005). The analysis of tying cases: A primer. *Competition Policy International*, 1(1), 1-25.

Varner, C., & Cooper, H. (2007). Product markets in merger cases: The Whole Foods decision. *The Antitrust Source*, 7(1), 1-10.

Werden, Gregory (2020). *The Foundations of Antitrust*. Carolina Academic Press.

West, J. K. (2005). *Competition on the Merits*.

Whinston, M. D. (1990). "Tying, Foreclosure, and Exclusion", *American Economic Review*, 80: 837-859

Zegner y Walker (2012). Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report, Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law: State of Play and Perspectives, Jacques Bourgeois y Denis Waelbroeck, eds., 185-209, Bruylant.

8 ANEXOS

8.1 MÉTODOS CUANTITATIVOS EN EL ANÁLISIS DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS

El uso de métodos cuantitativos sofisticados está más extendido en el análisis de efectos de concentraciones horizontales que en la evaluación de restricciones y concentraciones verticales. El conjunto de herramientas cuantitativas para el análisis empírico de restricciones y concentraciones verticales es limitado, por lo que, en general, estas situaciones se abordan utilizando argumentos cualitativos sobre la probabilidad de desplazamiento anticompetitivo en lugar de emplear métodos cuantitativos complejos.¹⁴⁴

Sin embargo, en la literatura económica se reconocen algunos esfuerzos que se han realizado para desarrollar y aplicar técnicas más complejas para analizar los posibles efectos derivados de restricciones y concentraciones verticales (u otro tipo de prácticas como las ventas atadas) que podrían constituir prácticas monopólicas relativas. Algunas de estas técnicas las constituyen el uso de experimentos naturales, así como el empleo de técnicas econométricas para inferir o descartar daño anticompetitivo. A continuación, se explican estas técnicas en términos generales.

A. EXPERIMENTOS NATURALES

El experimento natural o “análisis de choque” es una técnica que analiza eventos o choques aleatorios del pasado de los cuales se podría aprender acerca de la dinámica de competencia del mercado. Por aleatorios se refiere a que tales eventos ocurren debido a factores externos del mercado, sobre los cuales los agentes no tienen influencia.¹⁴⁵ Ejemplos de tales choques los pueden constituir la introducción de nuevos productos en el mercado, la entrada o salida de empresas a éste, las campañas publicitarias, los choques en el costo de los insumos, las huelgas, los cambios regulatorios, choques fiscales, movimientos del tipo de cambio, entre otros.¹⁴⁶

Los experimentos naturales pueden utilizarse como una técnica para medir sustituibilidad entre dos productos. El análisis de choque consiste en observar el efecto en el precio de un bien (o precios de otros bienes) ante un choque exógeno en el precio del bien en cuestión. Tal análisis constituye una forma sencilla de medir la magnitud de las elasticidades de demanda propia y cruzada sin utilizar análisis econométricos complejos.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Davis y Garcés (2009).

¹⁴⁵ Davis y Garcés (2009).

¹⁴⁶ (OECD 2012) Market Definition. <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

¹⁴⁷ (OECD 2012) Market Definition. <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

Los experimentos naturales también pueden utilizarse como evidencia para mostrar que una conducta pudiera resultar o no anticompetitiva en un mercado de referencia. Por ejemplo, si existe un mercado con características similares al mercado de referencia, cuya única característica notablemente diferente es la presencia de la conducta que se está analizando, las diferencias en los resultados de los mercados podrían atribuirse al “choque” ocasionado por dicha conducta. Si, por ejemplo, el mercado en el cual la conducta no se encuentra presente resulta ser más competitivo, en algún sentido, podría concluirse que la conducta está ocasionando un daño en el mercado en que se encuentra presente. Si, por el contrario, los resultados en ambos mercados resultan ser similares en términos competitivos, no podría concluirse que la conducta está infringiendo un daño anticompetitivo sobre el mercado de referencia.

Finalmente, los experimentos naturales pueden utilizarse de forma complementaria con técnicas más sofisticadas para inferir daño anticompetitivo de conductas unilaterales de empresas con poder de mercado. En particular, la información obtenida a partir de experimentos naturales puede utilizarse como una fuente de datos para análisis técnicos complejos, como análisis econométricos. Ejemplos de esta aplicación se enlistan a continuación.

B. TÉCNICAS ECONOMÉTRICAS

Aunque de manera limitada, en la literatura económica se distinguen algunos ejemplos de análisis empíricos basados en técnicas econométricas para mostrar posible daño anticompetitivo de restricciones verticales. Tales técnicas incluyen el uso de modelos estructurales, experimentos naturales y estudios de eventos. A continuación, se explica brevemente cada una de estas técnicas y ejemplos de su aplicación en el análisis de competencia.¹⁴⁸

C. USO DE MODELOS ESTRUCTURALES

Modelar la estructura del mercado requiere que se especifiquen las ecuaciones de demanda del mercado o ecuaciones de decisión del lado de la oferta. Tales especificaciones requieren hacer supuestos sobre las preferencias de los consumidores y el entorno competitivo del mercado, por lo que tales supuestos resultan cruciales para obtener resultados confiables.

Las ecuaciones estructurales permiten comparar los escenarios con y sin la presencia de la práctica analizada, donde cada escenario está determinado por el valor que toma cada una de las variables del sistema. La diferencia entre ambos escenarios puede interpretarse como el efecto de la práctica analizada.

Dos ejemplos del uso de modelos estructurales para medir efectos de restricciones verticales son los siguientes:

¹⁴⁸ Para mayores detalles, véase Davis y Garcés (2009).

- Chipty (2001) estima dos funciones de demanda (una para servicio de cable básico y una para servicio de cable Premium) para examinar los efectos en el excedente del consumidor de una integración vertical entre un prestador de servicio de cable y un proveedor de contenido. A partir de las ecuaciones de demanda, se calcula el excedente del consumidor con y sin la integración vertical. Chipty encuentra que la integración aumenta el excedente del consumidor por lo que resulta procompetitiva.
- Brenkers y Verboven (2006) utilizan un modelo estructural para estimar los efectos sobre los precios, el bienestar del consumidor y las ganancias de la eliminación de restricciones territoriales y acuerdos de distribución exclusiva en mercados europeos. Los autores encuentran que la liberación aumenta el bienestar total, que probablemente se deba al aumento en la competencia a nivel minorista, pero encuentran poca evidencia del aumento del bienestar del consumidor a partir de la liberación. Los autores también encuentran que aumentar la competencia entre los concesionarios y eliminar la doble marginalización de hecho aumenta los beneficios de los fabricantes, lo que podría sugerir que las exclusividades persiguen razones de eficiencia desde la perspectiva de los concesionarios autorizados.

D. USO DE EXPERIMENTOS NATURALES

Los experimentos naturales se utilizan para obtener muestras aleatorias de individuos que reciben “un tratamiento” y el resto de la población se utiliza como un “grupo de control”, el cual sirve como referencia para compararlos contra los que fueron “tratados”. En el análisis de restricciones verticales, la diferencia entre estos dos grupos podría atribuirse al efecto de la restricción analizada. Dos ejemplos del uso de experimentos naturales para medir efectos de restricciones verticales son los siguientes:

- Hasting (2004) realiza un análisis empírico para determinar el impacto de los arreglos verticales en los precios a los consumidores finales en el mercado de la gasolina en EU. El análisis consistió en medir el impacto en los precios al consumidor de la venta de Thrifty, una cadena de gasolineras independientes, a ARCO, una compañía petrolera integrada verticalmente. Las estaciones de Thrifty pasaron a ser operadas directamente por ARCO o concesionadas por ésta a otros agentes bajo la misma marca. El autor encuentra que los precios minoristas promedios de las estaciones que competían con Thrifty aumentaron con relación a las estaciones que no se vieron afectadas por la adquisición. La venta de Thrifty a ARCO, que aumentó la integración vertical de algunos mercados minoristas en relación con la estructura de propiedad de otros mercados minoristas que se mantuvieron sin cambios, constituye el experimento natural que, en alguna medida, es independiente de las condiciones del mercado.

- Chevalier y Scott Morton (2008) utilizan un enfoque de experimento natural para analizar los efectos del empaquetamiento en la industria funeraria en los EU. Particularmente, la regulación de algunos estados de este país solo permite que los prestadores de servicios funerarios puedan vender ataúdes, mientras que otras jurisdicciones no imponen restricciones sobre la venta aislada de ataúdes. Tal diferencia en las legislaciones representa un “experimento natural” que permite determinar las diferencias en los precios de equilibrios de mercado con y sin empaquetamiento del servicio funerario y la venta de ataúdes. Los autores encuentran que la regulación aparentemente reduce el precio de los servicios funerarios y aumenta el precio de los ataúdes. Adicionalmente, los autores encuentran que cuando las funerarias pierden el precio de los ataúdes, aumentan el precio de los servicios funerarios. Si el efecto neto de la reducción del beneficio por la venta de ataúdes y el aumento del beneficio por la prestación de servicios funerarios es cercano a cero, la regulación de hecho no modifica la rentabilidad de las funerarias.

E. ESTUDIOS DE EVENTOS BURSÁTILES

Los estudios de eventos bursátiles se enfocan en las implicaciones que ciertas prácticas tendrían en la rentabilidad percibida de las empresas.

Como ejemplo, Chevalier y Scott Morton (2008) examinan el efecto de la eliminación de las restricciones legales en la venta de ataúdes en los EU (discutida anteriormente) en la valoración bursátil de ciertas empresas seleccionadas. Los resultados de los autores sugieren que la legislación no tiene efecto en la valoración bursátil de las empresas analizadas. En particular, la evidencia sugiere que la eliminación de las restricciones a la venta de ataúdes conduciría a precios más bajos en la venta de ataúdes, pero al mismo tiempo aumentaría el precio de los servicios funerarios. Tal resultado es consistente con el supuesto del beneficio único de monopolio de la Escuela de Chicago.