



**Universidad San Francisco de Quito**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La Posibilidad de Incorporar al *SSNIP Test*  
como Método Técnico para la Determinación  
del Mercado Relevante en el Ecuador para el  
análisis de casos de Abuso de Poder de Mercado  
y Concentraciones**

**Carolina Susana Guerrero Galarza**

**Sophia Espinosa Coloma, Directora de  
Tesis**

Tesis de grado presentada como requisito  
para la obtención del título de Abogada

Quito, marzo de 2015

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

***“La Posibilidad de Incorporar al SSNIP Test como Método Técnico para la Determinación del Mercado Relevante en el Ecuador para analizar de (sic) casos de Abuso de Poder de Mercado y Concentraciones”***

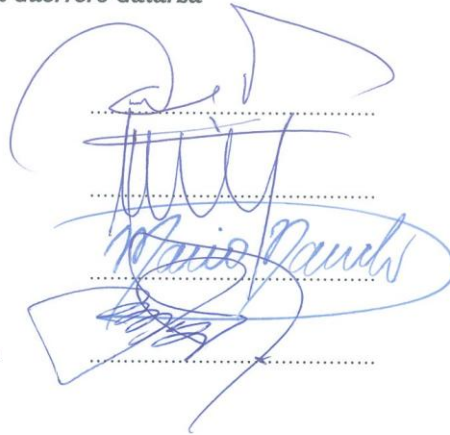
**Carolina Guerrero Galarza**

Abo. Oswaldo Santos  
Presidente del Tribunal e Informante

X Dra. Sophie Espinosa  
Directora de Tesis

Abo. Mario Navarrete  
Informante

Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A large, stylized signature at the top. 2. A signature that appears to be 'Sophie Espinosa'. 3. A signature that appears to be 'Mario Navarrete'. 4. A signature at the bottom, partially obscured by the bottom signature.

Quito, 8 de Mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "La posibilidad de incorporar al SSNIP test como método técnico para la determinación del Mercado Relevante en el Ecuador para el análisis de casos de Abuso de Poder de Mercado y Concentraciones"

ALUMNO: Carolina Guerrero Galarza

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por la estudiante es importante. El Derecho de la Competencia es un área altamente discrecional, en razón de que las decisiones tomadas por la autoridad de control se ven influenciadas por su línea de pensamiento. De ahí que el dotar de mecanismos técnicos al Derecho de la Competencia permite que las resoluciones se identifiquen de mejor manera con la realidad de mercado, generando fallos que contribuyen con la libertad de competencia. En el Ecuador la normativa de Competencia es reciente, por lo que nuestro país está generando precedentes para la resolución de casos futuros. De ahí que estudiar la normativa y aplicación del Derecho de Competencia en jurisdicciones que tienen mayor experiencia, es relevante ya que permite tener una perspectiva de la eficiencia de ciertos métodos para la evaluación de los casos.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis es sin duda trascendental. La estudiante propone que se incorpore al SSNIP test como método técnico para la determinación del mercado relevante en el Ecuador para el análisis de casos de abuso de poder de mercado y concentraciones. La determinación del mercado relevante es un elemento crucial en el análisis de casos de derecho de la competencia, ya que nos permite identificar el segmento económico donde se está produciendo la distorsión de la competencia o donde se quiere dar una concentración jurídico económica. De ahí que la correcta determinación del mercado relevante permitirá a la autoridad de control realizar un análisis adecuado que no vaya contra el bien jurídico protegido, es decir, la libre competencia.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El material empleado es suficiente y pertinente. Es importante resaltar que la estudiante ha realizado una exhaustiva investigación en lo referente a doctrina y *papers* de *Journals* importantes en esta área. Asimismo, el análisis de casos jurisprudenciales se ha realizado con base en sentencias y no artículos que se refieren a éstas, lo que es meritorio ya que muchas de estas corresponden a USA y EU. Por tanto, la estudiante ha utilizado doctrina y jurisprudencia relevante. Se ha realizado un análisis de casos y jurisprudencias que evidencian con claridad el punto en discusión. Por tanto, el trabajo constituye un aporte para el Derecho de la Competencia.

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). El contenido argumentativo de la investigación es relevante y de calidad. Se tratan los puntos de interés principales además de realizar un análisis de casos y jurisprudencias adecuado. La estudiante realiza un profundo análisis sobre las eficiencias e ineficiencias del SSNIP test, lo que permite que se tenga una perspectiva clara sobre la viabilidad y conveniencia de aplicar el test en el Ecuador. Asimismo, el hecho de realizar un análisis de las resoluciones tanto de otras jurisdicciones como de la ecuatoriana para poder evaluar la eficacia del test es fundamental ya que permite observar las ventajas de incorporar un test econométrico para la determinación del mercado relevante.

FIRMA DIRECTOR:



SOPHIA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.

Autorizo al Dr. Farith Simon a firmar por mí.

© Derechos de autor

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y la publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: \_\_\_\_\_

Nombre: Carolina Susana Guerrero Galarza

C.I.: 1716824998

Fecha: Quito, marzo de 2015

### ***Agradecimientos:***

*Quisiera agradecer en especial a mis papás por todo el apoyo que me brindaron y me continúan brindando diariamente.*

*Especial agradecimiento a todos mis profesores quienes han contribuido a mi desarrollo profesional y personal, en especial a Farith Simon, Juan Pablo Albán y Vladimir Villalba de quienes siento que en estos años en la Universidad he aprendido grandes lecciones.*

*A mi Directora de tesis y profesora, Sophia Espinosa Coloma quien ha sido un gran apoyo para la elaboración de este trabajo. y*

*A Daniela Salazar, profesora y directora metodológica, por todo lo enseñado, sobre todo por su ayuda y consejos en la elaboración de este trabajo.*

*A todos quienes fueron mis compañeros durante la Universidad, les agradezco por todos estos años de cariño, apoyo y amistad.*

## RESUMEN

El derecho de la competencia tiene por finalidad proteger el libre desenvolvimiento del mercado, por lo tanto regula las conductas de los operadores económicos que podrían poner en riesgo a la libre competencia y al bienestar de los consumidores. Para regular estas conductas, la autoridad competente debe iniciar su análisis determinando el segmento específico del mercado en el cual los involucrados participan, es decir el mercado relevante. El mercado relevante es el primer elemento que cualquier autoridad regulatoria del derecho de la competencia deberá definir, y es de gran importancia ya que delimita el segmento económico en el que se está produciendo la afectación del mercado. Consecuentemente, al ser un concepto que goza de tanta importancia, debe determinarse con sumo cuidado y diligencia. Este trabajo de tesina busca establecer si es que el *SSNIP test (small but significant non-transitory increase in price)*, es un mecanismo eficiente para determinar el mercado relevante de manera objetiva. De esta manera, se analizará su desarrollo, ventajas, desventajas y la aplicación que se le ha dado en los Estados Unidos y en la Unión Europea para poder establecer si es que su aplicación podría ser considerada beneficiosa para el derecho de la competencia ecuatoriano.



## ABSTRACT

Antitrust law aims to protect the free development of markets and regulates the behaviour of undertakings that jeopardize open competition and the welfare of consumers. In order to oversee these behaviours, the competent authorities must begin their analysis establishing the specific segment of the market where the companies involved participate, that is, the relevant market. The relevant market is the first concept that any regulatory antitrust authority must define, and it is the most important because it delineates the segment in which the degree of market power of the companies involved will be analyzed. Consequently, by being such an important concept, it must be established carefully and diligently. This thesis work aims to determine whether the SSNIP test (small but significant non-transitory increase in price), is an efficient mechanism to establish objectively the relevant market. It will analyze the development, advantages, disadvantages of the SSNIP test and its use in the United States and European Union in order to settle whether its application could be considered as beneficial for Ecuador's antitrust law.

## Indice

|   |     |
|---|-----|
| <i>Agradecimientos:</i> .....   | 7   |
| <b>RESUMEN</b> .....  | 8   |
| <b>ABSTRACT</b> .....   | 9   |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....   | 12  |
| <b>CAPITULO 1- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE</b> .....  | 18  |
| <b>1.1 LA LIBRE COMPETENCIA</b> .....   | 18  |
| <b>1.2 EL PODER DE MERCADO</b> .....  | 24  |
| <b>1.3 MERCADO RELEVANTE</b> .....  | 29  |
| <b>1.3.1. MERCADO PRODUCTO</b> .....  | 37  |
| <b>1.3.2 MERCADO GEOGRÁFICO</b> .....   | 42  |
| <b>1.3.3PREFERENCIAS DE LOS CONSUMIDORES</b> .....  | 45  |
| <b>1.4 SSNIP TEST</b> .....   | 46  |
| <b>CAPITULO 2- ANÁLISIS CRÍTICO DEL SSNIP TEST Y SU IMPLEMENTACIÓN</b> .....  | 51  |
| <b>2.1 INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL SSNIP TEST Y LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE</b> .....   | 51  |
| <b>2.1.1 CONTEXTO HISTÓRICO EN EL QUE NACIÓ EL SSNIP TEST</b> .....   | 54  |
| <b>2.1.2 EL SSNIP TEST COMO UN MECANISMO EFICIENTE PARA DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE</b> .....   | 59  |
| <b>2.1.3 EL SSNIP TEST COMO MECANISMO POCO EFICIENTE PARA DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE</b> .....   | 69  |
| <b>2.2 UTILIZACIÓN DEL SSNIP TEST JURISPRUDENCIAL</b> .....   | 75  |
| <b>2.2.1 ESTADOS UNIDOS</b> .....   | 77  |
| <b>2.2.2 EUROPA</b> .....   | 87  |
| <b>2.2.3 COMPARACIÓN DEL RESULTADO DE LA UTILIZACIÓN DEL SSNIP TEST</b> .....   | 92  |
| <b>CAPITULO 3- APLICABILIDAD DEL SSNIP TEST EN EL ECUADOR</b> .....   | 95  |
| <b>3.1 APLICACIÓN DEL SSNIP TEST BAJO LA NORMATIVA QUE PROTEGE LA COMPETENCIA</b> .....   | 95  |
| <b>3.1.1 ESTADOS UNIDOS</b> .....   | 98  |
| <b>3.1.2 EUROPA</b> .....   | 105 |
| <b>3.2 IMPLEMENTACIÓN DEL SSNIP TEST EN EL ECUADOR</b> .....  | 108 |
| <b>3.2.1 REGULACIÓN DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE Y LAS CONCENTRACIONES JURÍDICO-ECONÓMICAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO</b> ..... | 108 |
| <b>3.2.2 ANÁLISIS DEL SSNIP TEST Y SU APLICABILIDAD EN LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS</b> .....   | 112 |
| <b>3.2.3 DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO</b> .....  | 115 |
| <b>3.2.3.1 CASO AT&amp;T</b> .....  | 117 |

|  |            |
|--|------------|
| 3.2.3.2 CASO PFIZER.....   | 124        |
| <b>CAPITULO 4- CONCLUSIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DEL <i>SSNIP TEST</i> COMO MÉTODO TÉCNICO PARA DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE EN EL ECUADOR.....</b> | <b>134</b> |
| <b>4.1 CONCLUSIONES.....</b>   | <b>134</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>142</b> |
| <b>PLEXO NORMATIVO.....</b>  | <b>146</b> |
| <b>JURISPRUDENCIA .....</b>  | <b>147</b> |

## INTRODUCCIÓN

La normativa que actualmente regula la competencia en el Ecuador se fundamenta en la Decisión Andina 608, que fue base para expedir la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. La actual normativa aplicable, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es relativamente nueva ya que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento número 555 del 13 de octubre de 2011. Esta Ley creó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y la facultó para que sea la entidad encargada de velar por la libre competencia en el país. Es importante destacar que los órganos de control de la competencia tienen "[...] dos objetivos fundamentales: por una parte, promover la libre competencia en el mercado, y por otra, sancionar las conductas y prácticas anticompetitivas"<sup>1</sup>. Dado que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es relativamente nueva, el desarrollo del derecho de la competencia en el Ecuador ha sido limitado tanto en la promoción de la libre competencia en el mercado como en las decisiones de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado sancionando las conductas y prácticas anticompetitivas. Consecuentemente, el órgano de control ecuatoriano encargado de velar por la libre competencia se encuentra empezando a formar lineamientos a seguir para cumplir con los objetivos mencionados, decisiones que sin duda alguna afectarán al desenvolvimiento de los distintos mercados ecuatorianos.

El derecho de la competencia es importante porque

...está íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía del mercado. El derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los oferentes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentado las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado<sup>2</sup>,

su finalidad es prohibir que los comportamientos de los particulares puedan distorsionar la competencia y los mercados, causando que exista un beneficio sólo para unos cuantos y no para los consumidores en general. Para la legislación que regula la competencia, es

---

<sup>1</sup> William García Marchmar. *Manual de la Libre Competencia*. Thomson Reuters: Santiago de Chile, 2011, p. 23.

<sup>2</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 23.

fundamental que los mercados se vayan formando de tal manera en la que los consumidores tengan variedad en cuanto a la oferta, por lo que las distintas entidades encargadas de regular los mercados y la libre competencia se dedican a regular la relación entre la oferta y la demanda. Como se mencionó, el derecho de la competencia busca evitar que hayan distorsiones en la oferta y la demanda mediante las cuales ciertas empresas puedan beneficiarse, causando perjuicio a otras que quisieran participar en el mercado y demás agentes económicos. El derecho de la competencia sirve para promover los incentivos mediante los que se pueda mantener un mercado saludable y en última instancia beneficiar a los consumidores, “...una competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación”<sup>3</sup>.

En realidad, el derecho que regula la libre competencia busca que el precio y la cantidad de la producción dentro de un mercado correspondan a la que se considera como socialmente eficientes. La libre competencia es “... un medio de asignación de bienes y servicios, que radica su funcionamiento en el libre y espontáneo intercambio de oferentes y demandantes. Se considera hoy en día como un medio deseable, pues es el más idóneo para lograr eficiencia económica”<sup>4</sup>. Por lo tanto, esta rama del derecho apunta a alcanzar eficiencia dentro de los mercados para que funcionen, en teoría, sin manipulación.

Al derecho de la competencia le interesa que exista libertad en los mercados para que exista un mercado que sea perfectamente competitivo. A esto se le entiende como,

... un mercado es perfectamente competitivo cuando hay muchos vendedores pequeños en relación con el mercado, el producto es homogéneo, los compradores están bien informados, existe libre entrada y salida de empresas y existen decisiones independientes, tanto de los oferentes como de los demandantes; de forma que ninguno tiene control sobre el precio<sup>5</sup>.

Sin embargo, esta idea es totalmente utópica a la realidad de cómo se manejan los mercados, se ha dicho que “[l]a ‘competencia perfecta’, un edén en el que el precio de los productos está determinado por el mercado, la entrada y la salida del mismo puede

---

<sup>3</sup> Lorenzo Federico Pace. *Derecho Europeo de la Competencia Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Marcial Pons: Madrid, 2007, p. 146.

<sup>4</sup> William García Marchmar, *Manual de la Libre Competencia, Óp. cit.* , p. 23.

<sup>5</sup> *Id.* , p. 6.

realizarse en todo momento y sin coste alguno y la información es perfecta, sólo existe... en los libros de texto”<sup>6</sup>.

Los mercados dependen de varios factores que hacen que las empresas no se encuentren realmente en una situación de homogeneidad ni de total independencia. El derecho de la competencia busca alcanzar la competencia perfecta dentro de los mercados, es decir evitar que se den casos de cartelización y abuso de poder de mercado que pongan en juego la libre competencia, “...el antimonopolio es necesario para que el libre mercado siga siendo libre y que, como árbitro, se ocupa de verificar que se juegue limpio y conforme a las reglas”<sup>7</sup>. Debe establecerse que un monopolio en sí no es necesariamente malo dentro del mercado, sin embargo cuando se trata de un monopolista que abusa de su posición, incrementando el precio de sus productos, al mismo tiempo reduciendo su propia producción y evitando que otros competidores entren al mercado, estamos ante una figura que el derecho de la competencia busca evitar. En realidad, el objetivo principal del derecho de la competencia es asegurar que existan mercados competitivos, esto es que exista una competencia efectiva a través de una asignación eficiente de recursos,

[s]in embargo, no siempre los mercados son capaces, por sí solos, de alcanzar asignaciones eficientes de los recursos. Puede ocurrir que el funcionamiento del mercado se vea distorsionado de manera que las decisiones de precios y de inversión de las empresas no sean las óptimas y el bienestar de los consumidores se resienta<sup>8</sup>.

Esta ineficiente asignación de recursos puede darse por fallos de mercado o por abusos de los operadores económicos quienes terminan por distorsionar el funcionamiento del mercado. El derecho de la competencia busca evitar que ocurran manipulaciones en los mercados por lo que el papel del Estado es fundamental al ser el encargado de nombrar un órgano regulador.

Para regular los mercados es fundamental la determinación del mercado relevante, por ejemplo a través de él se logra delimitar el segmento en el cual se deberá efectuar el análisis si una empresa tiene una posición dominante y se encuentra abusando de ella

---

<sup>6</sup> Luis Ortiz Blanco et al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos: Madrid, 2008, p. 34.

<sup>7</sup> Edwin S. Rockefeller. *La Religión del Antimonopolio*. [http://www.elcato.org/pdf\\_files/antitrust.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/antitrust.pdf) (acceso: 10/12/2014).

<sup>8</sup> Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Bosch: Madrid, 2005, p. 2.

dentro de este segmento, o podrá llegar a hacerlo en un futuro. Consecuentemente, la delimitación del mercado relevante es pieza fundamental al momento de resolver si es que existen abusos en el mercado o una ineficiente asignación de recursos que termina por perjudicar a los consumidores. Se debe considerar que “[u]na de las dificultades que enfrenta todo régimen regulatorio de la competencia es el hecho de que no todas las conductas lesivas de ésta son contrarias a los intereses económicos de la comunidad”<sup>9</sup>, consiguientemente una vez determinado el mercado relevante, se puede analizar los efectos de una conducta determinada sobre el mercado y la libre competencia, siendo así posible ponderar los beneficios y perjuicios para determinar si el comportamiento en análisis en realidad vulnera el mercado y la libre competencia.

Por consiguiente, lo que se decida incluir en el mercado relevante afectará a la decisión de la autoridad competente y tendrá efectos en la regulación del mercado. La determinación del mercado relevante influirá en la decisión final si la conducta investigada tiene o podría llegar a tener efectos lesivos en el mercado. En consecuencia, es imprescindible escoger un método para la delimitación del mercado relevante que permita ser lo más objetivo posible y así alcanzar un resultado veraz sobre los posibles efectos en el mercado, y de esta manera cumplir con los objetivos del derecho de la competencia.

Cómo se lo definirá posteriormente, el *SSNIP test* (*small but significant non-transitory increase in price*), es un mecanismo técnico para establecer el mercado relevante mediante un alza hipotética de precios del 5-10% de los productos principales para determinar qué productos deben entrar en el análisis y cuáles deben permanecer fuera. Con la intención de resolver si el *SSNIP test* es un mecanismo técnico idóneo para determinar el mercado relevante en el Ecuador, es decir si ofrece verdaderamente resultados objetivos sobre el mercado, este trabajo de tesina tiene por finalidad analizar a profundidad este método económico para decidir si es que debe considerarse su inclusión en la legislación ecuatoriana que regula el derecho de la competencia.

La hipótesis que se desarrollará consiste en que la aplicación del *SSNIP test* es viable en el Ecuador para los casos de abuso de poder de mercado y concentraciones jurídico económicas ya que considerando que no existe ningún parámetro técnico para la

---

<sup>9</sup> Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia/1*. Heliasta: Buenos Aires, 2005, p. 251.

fijación del mercado relevante, el *SSNIP test* beneficiará en general a los mercados ecuatorianos. Consecuentemente, el primer capítulo busca entablar los conceptos básicos que explican por qué la determinación del mercado relevante es tan importante y se define el concepto del *SSNIP test*.

A continuación, el segundo capítulo comienza por explicar en qué contexto nació el *SSNIP test* en los Estados Unidos para continuar con un análisis sobre las ventajas y desventajas teóricas en la aplicación del *SSNIP test* como método técnico para determinar el mercado relevante. Una vez presentadas las ventajas y desventajas, se realiza un análisis práctico sobre el empleo del *SSNIP test* en dos casos de concentraciones jurídico económicas en los Estados Unidos y en la Unión Europea, considerando que estas dos jurisdicciones han sido las principales fuentes de desarrollo del derecho de la competencia y que en ambas se le ha incluido al *SSNIP test* como método técnico para fijar el mercado relevante. Asimismo, es importante destacar que resulta necesario el análisis de estas dos jurisdicciones ya que dada la poca experiencia de las autoridades locales en cuanto la aplicación y desarrollo del derecho de la competencia, se debe acudir a éstas en búsqueda de precedentes y lineamientos que puedan servir de guía para la presente investigación.

El tercer capítulo inicia con un análisis normativo de la regulación de casos de abuso de poder de mercado y concentraciones jurídico-económicas que deben ser investigadas en los Estados Unidos y la Unión Europea. Esto con la finalidad de enfatizar la importancia en la fijación del mercado relevante en estos casos y poder desvirtuar que las desventajas estudiadas del *SSNIP test* estén relacionadas con el tipo de conducta analizada. De esta manera, se proseguirá con un análisis sobre la posible aplicación del *SSNIP test* con un enfoque estrictamente ecuatoriano. Es decir, se iniciará estudiando la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en cuanto a los casos de abuso de poder de mercado y concentraciones, y se buscará resolver si la regulación de estos casos propuesta por dicha Ley podría afectar la aplicación del *SSNIP test* en el Ecuador. Posteriormente, se analizará las decisiones ya emitidas por los órganos competentes que regulan el derecho de la competencia en el Ecuador para concluir si la utilización del *SSNIP test*, o falta de ella, afecta la determinación del mercado relevante y esta su vez incide en las decisiones de la autoridad.

Finalmente, el cuarto capítulo contendrá las conclusiones del presente análisis, una vez ponderadas sus ventajas versus sus desventajas, se definirá si es que en realidad si



puede considerarse al *SSNIP test* como un mecanismo técnico eficiente para delimitar el mercado relevante objetivamente. En consecuencia, podrá resolverse si el *SSNIP test* debe incorporarse en la legislación ecuatoriana como un mecanismo técnico para establecer el mercado relevante, eliminando de esta manera el alto grado de discrecionalidad existente hoy en día al momento en que se emiten decisiones.

## **CAPITULO 1- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE**

La definición del mercado relevante es sumamente importante porque es la herramienta que “...help measure a firm’s power over price and output, or its power to foreclose marketes”<sup>10</sup>, por consiguiente el mercado relevante es el pilar sobre el que resta todo el análisis en defensa del derecho de la competencia. Es el primer y más importante estudio que cualquier autoridad competente debe realizar cuando se encuentra investigando una conducta que podría poner en riesgo a la competencia y los mercados. Así, es fundamental detallar las razones por las que se le considera de gran importancia la adecuada determinación del mercado relevante, comenzando con la definición del concepto que busca proteger, la libre competencia; continuando con la explicación de los conceptos relacionados con la importancia de su determinación, el poder de mercado; para seguir con la definición del mercado relevante en sí, su aspecto de producto, geográfico y se toma en cuenta las preferencias de los consumidores. Una vez expuestos estos conceptos, resulta imprescindible definir al *SSNIP test* para observar si de conformidad con su definición, podría considerárselo como un método técnico eficiente para definir el mercado relevante.

### **1.1 LA LIBRE COMPETENCIA**

El derecho de la libre competencia “...surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado”<sup>11</sup>. El objetivo de la libre competencia es lograr obtener mercados perfectos en los que no existan distorsiones, por lo que se busca lograr que haya medios para que las empresas puedan competir en igualdad

---

<sup>10</sup> Robert G. Harris y Thomas M. Jorde. “Antitrust Market Definition: An Integrated Approach”. *California Law Review*, enero 1984, p. 4. (“...ayuda a medir el grado de poder de un operador económico sobre el precio y la producción, o su poder para obstaculizar mercados”).

<sup>11</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Óp. cit.*, p. 23.

de condiciones. La competencia busca asegurar que existan medios idóneos para competir a través de la eficiencia y la regulación de prácticas que puedan resultar deshonestas y/o anticompetitivas en el mercado. La eficiencia únicamente se alcanza cuando las empresas utilizan sus recursos maximizándolos, creando un beneficio para la colectividad.

La doctrina ha definido a la libre competencia como aquella situación de un mercado en la que se permite "...que sean las propias fuerzas económicas, a través del libre juego de la oferta y la demanda, las que regulen los precios de los bienes y servicios. Según la teoría económica, el precio resultante de esta dinámica será el más favorable para el consumidor final"<sup>12</sup>. La demanda indica la cantidad de un producto que los consumidores están dispuestos a comprar a un precio establecido por un agente económico. La demanda puede afectarse por el ingreso de nuevos consumidores, precios distintos de los bienes sustitutos, cambio en la cantidad de consumidores, gustos y preferencias de los consumidores, expectativas de los consumidores, etc., por lo que los precios al tener una relación inversa con la demanda pueden verse afectados con facilidad por manipulaciones a estos factores. El derecho de la libre competencia se enfoca en que

...cuanto más exclusivamente dependa el precio de los productos de la cantidad de oferta y de demanda; cuanto más libre sea la elección del consumidor, sin mediatizaciones que la desnaturalicen o fuercen; en fin, cuanto menos independiente y más supeditada a las exigencias del mercado y a la actuación de los otros competidores aparezca la política industrial y de ventas de cada vendedor, más pura será la competencia que se desarrolle<sup>13</sup>

Por lo tanto, la libre competencia apunta a que sean los propios factores del manejo del mercado quienes definan los precios de los productos, es decir que sea la propia demanda y oferta, y la libre interacción de estas, quienes determinen los precios que deben utilizarse en el mercado.

Los objetivos de la libre competencia se podrían resumir en "...a) Proteger el bienestar de los consumidores; b) Promover una asignación eficiente de los recursos, y c)

---

<sup>12</sup> Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 21.

<sup>13</sup> Hermenegildo Baylos Corroza, et al. *Tratado de Derecho Industrial Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica y Disciplina de la Competencia Desleal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009, p. 316.

Proteger el proceso competitivo”<sup>14</sup>, en pocas palabras, la libre competencia busca asegurar que existan mercados en donde estos objetivos se cumplan, alcanzando la competencia perfecta. La competencia perfecta se encuentra presente en los mercados cuando hay “...información plena y compartida, así como simetría en los grados de poder de negociación”<sup>15</sup>, se trata de un concepto teórico mediante el cual se pretende alcanzar mercados en donde existe información abierta, productos similares, no hay barreras de entrada y sobre todo cuando el precio de los productos está regulado únicamente por su oferta y demanda.

Es decir, se alcanza la competencia perfecta únicamente a través de un manejo no manipulado por terceros del mercado, resultado de la aplicación de la libre competencia. Esto quiere decir que los mercados deben encontrarse en óptimo estado, que se tenga como prioridad proteger a los consumidores y la competencia, que la manera en que se maneja la oferta y la demanda sea de tal manera que se optimice la eficiencia del mercado, y que siempre se de la posibilidad de que los agentes económicos puedan competir dentro del mercado en posiciones similares. El propósito de la libre competencia es que todos los agentes económicos se encuentren en el mercado en condiciones parecidas que les permita alcanzar beneficios similares, otorgando una variedad de productos de calidad a los consumidores lo cual promueve la competencia.

La libre competencia requiere que los oferentes y demandantes no alcancen a tener control sobre los precios sino que el precio se encuentre en punto de equilibrio, es decir que esté estrictamente dado por la oferta y la demanda, por el funcionamiento del mercado. En realidad, para “...un mercado en competencia perfecta el nivel de producción de las empresas es aquel en el que el precio es igual al coste marginal de producción”<sup>16</sup>, la fijación de precios de esta manera facilitará a que se cumplan efectivamente los objetivos de la libre competencia ya que este precio, en teoría, debería estar únicamente influenciado por la interacción de la oferta y la demanda.

---

<sup>14</sup> William García Machmar. *Manual de la Libre Competencia*. Óp. cit. , p. 25.

<sup>15</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Óp. cit. , p. 24.

<sup>16</sup> Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Óp. cit. , p. 17.

Por lo tanto, debe enfatizarse que las características que se alcanzan a través de la libre competencia se podrían resumir en que exista una asignación eficiente de recursos productivos, es decir que los recursos se dirijan a su uso más eficiente dentro de la economía, produciendo bienes que los consumidores prefieren; que existan incentivos para que las empresas puedan competir entre ellas reduciendo el costo y mejorando la superioridad técnica de calidad, causando que la eficiencia de los productos suba y los precios bajen, beneficiando a los consumidores; y, en la presencia de retos y oportunidades para los empresarios para que se esfuercen continuamente para competir, significando que las empresas buscarán obtener mayores beneficios económicos que su competencia, resultando en una conducta que favorece a la larga a los consumidores y a la competencia.

Resumiendo todas las características de los mercados en libre competencia se puede establecer que todas tienen por objetivo promover la competencia y beneficiar a los consumidores al pretender que existan productos de mejor calidad a menores precios. Para que exista un real beneficio para los consumidores, debe lograrse sin manipulación externa, por lo que para la Comunidad Europea en el Tratado de Funcionamiento se ha establecido que

[e]l objetivo del art. 81 es ‘proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. A estas finalidades contribuyen en la competencia y la integración del mercado, pues la creación y mantenimiento de un mercado único y abierto favorece la eficaz asignación de recursos en toda la Comunidad en beneficio de los consumidores’ (punto 13)<sup>17</sup>.

Por lo tanto, el concepto de la libre competencia ha servido como estándar para medir la efectiva competitividad de los diversos mercados.

Debe considerarse que cuando ocurre un desequilibrio en la oferta y demanda, y las reglas para alcanzar la libre competencia se cumplen, el desequilibrio deberá resolverse por sí sólo, sin necesidad de que exista una intervención por parte del Estado. Sin embargo, esto no siempre ocurre en la práctica, por lo que existe la necesidad de regular el funcionamiento de los mercados a través de la promulgación de normas. Es de esta manera que “... los gobiernos expidieron una serie de reglas de conducta que crearon un marco para regular la competencia y permitir la supervivencia de la economía de mercado y a

---

<sup>17</sup> Lorenzo Federico Pace. *Derecho Europeo de la Competencia Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Óp. cit. , p. 106.

través de ésta el bienestar de los consumidores finales”<sup>18</sup>, significando que lo que el Estado busca es alcanzar la eficiencia económica que debía darse a través del normal funcionamiento del mercado.

La intervención del Estado se da para evitar que existan altos costos para los consumidores, evitar posiciones monopolísticas y evitar que se den prácticas que pueden ser restrictivas de la competencia, es decir evitar en general cualquier tipo de abuso. Se debe enfatizar que “...estas prácticas tienen que ser por lo menos controladas, a fin de evitar que los propios agentes del mercado destruyan el sistema económico perjudicando de esta manera a los consumidores y a toda la economía del país”<sup>19</sup>. Por lo tanto, en el caso ecuatoriano, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que el objeto de la ley es

...evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible<sup>20</sup>.

Por lo tanto, el Estado ecuatoriano establece la necesidad de interferir en el desenvolvimiento de los mercados para proteger la libre competencia y crear un mercado eficiente que ocasione el bienestar general. Cabe señalar que la injerencia en el mercado por parte de la autoridad de control debe ser mínima, de lo contrario se podría dar lugar a una distorsión mayor que afecte severamente a la competencia.

Dado que en la práctica no existen mercados en perfecta competencia, se debe establecer que “...la competencia perfecta no es sino un arquetipo al que referir, por comparación, y para determinar el grado efectivo de competencia, las situaciones reales, que rara vez cumplimentan ese aquilatado esquema ideal, definido como una especie de

---

<sup>18</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Óp. cit.* , p. 27.

<sup>19</sup> Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia. Óp. cit.* , p. 22.

<sup>20</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

limbo económico”<sup>21</sup>, por lo que en realidad no se cumple frecuentemente con los objetivos de alcanzar beneficios colectivos y mercados eficientes. Consecuentemente, se vuelve necesaria la interacción de los Estados con los mercados, sin embargo la labor del Estado debe ser subsidiaria, concentrándose en intervenir cuando el mercado no pueda resolver por sí mismo las imperfecciones en un plazo razonable y cuando puedan existir consecuencias que realmente perjudiquen el mercado y la economía. Es fundamental que se permita que el mercado por sí sólo se estabilice, evitando que existan manipulaciones externas. Una intervención constante del Estado también puede considerarse como una manipulación externa negativa ya que en lugar de beneficiar a los consumidores y a la competencia termina distorsionando el mercado.

Para que exista un entorno más competitivo, deberá garantizarse que la intervención que el Estado deba realizar sea limitada, por lo que no deberá ser ni proteccionista ni intervencionista, es fundamental que exista un punto medio. El fomento de un entorno competitivo es fundamental, los componentes de un entorno competitivo se resumen en “...compradores, proveedores, barreras de entrada y salida, diferenciación de productos, etc...”<sup>22</sup>, por lo que es importante asegurar que el Estado no se volcará a ser extremadamente proteccionista o intervencionista en el desarrollo de estos componentes en un mercado, sin embargo deberá velar que puedan actuar dentro de los mercados. Es importante tener que para poder efectivamente garantizar entornos competitivos, “...la labor del Estado debe ser subsidiaria, por lo que debe concentrarse en evitar que se produzcan estas situaciones cuando el mercado no es capaz de resolverlas por sí mismo en un plazo prudencial y sin consecuencias importantes”<sup>23</sup>. Una vez que existe un entorno más competitivo, se vuelve efectiva la protección a la libre competencia, y se prepara el entorno para que puedan existir mercados verdaderamente competitivos.

---

<sup>21</sup> Hermenegildo Baylos Corroza, et al. *Tratado de Derecho Industrial Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica y Disciplina de la Competencia Desleal*. Óp. cit. , p. 318.

<sup>22</sup> P, Figueroa Dorrego y C. M<sup>a</sup>, Fernández-Jardón Fernández. *Entornos Competitivos: Su Caracterización y Tipología en el Contexto Empresarial de Galicia*. <http://www.aedem-virtual.com/articulos/iedee/v03/032061.pdf>. (acceso: 07/03/2015).

<sup>23</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Óp. cit. , p. 29.

Estos principios implican que aparte de asegurar que la libre competencia se pueda desarrollar, exista libre concurrencia en el mercado. Por lo tanto, se debe asegurar que no existan circunstancias por las cuales se vuelva imposible la participación de agentes económicos en el mercado, pueden ser en forma de barreras de entrada, barreras regulatorias, barreras de mercado o barreras impuestas por los competidores. A través del derecho de la competencia, y de la protección a la libre competencia, se busca que las empresas actúen competitivamente, “...en un mercado en competencia perfecta las empresas maximizan beneficios produciendo el nivel de output que iguala el precio al coste marginal”<sup>24</sup>, permitiendo que sea el mercado únicamente quien regule las variaciones en la oferta y demanda de sus bienes y servicios. Sin embargo, dado que en la práctica esto no ocurre, se debe analizar las conductas de las empresas para poder determinar si en realidad están distorsionando al mercado, afectando a la competencia y a los consumidores.

## 1.2 EL PODER DE MERCADO

Para poder determinar si es que las conductas de las empresas se encuentran distorsionando el mercado, se debe analizar si es que los operadores económicos tienen poder de mercado. La determinación del poder de mercado, de conformidad con Landes y Posner, es “...the ability to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded”<sup>25</sup>, lo que pone en riesgo el libre desenvolvimiento del mercado. La incidencia que pueden llegar a tener los operadores económicos a través del poder de mercado puede reflejarse en los precios, producción, innovación, variedad o en la calidad de los bienes y servicios, en general en la oferta de los bienes. Los operadores económicos que ostentan poder de mercado pueden imponer a los demandantes ciertas condiciones que si no lo tuvieran no pudieran hacerlo, por lo que es esencial iniciar determinando si es que los operadores económicos ostentan esta posición ventajosa que les permitiría abusar del mercado. Así se

---

<sup>24</sup> Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho de la Competencia. Óp. cit.* , p. 17.

<sup>25</sup> Richard Schmalensee. “Another Look at Market Power in Antitrust”. *Harvard Law Review*, junio 1982, p. 1790. (“...la habilidad de incrementar los precios por encima del nivel competitivo sin perder volumen de ventas rápidamente causando que el incremento de precio no sea rentable y deba renunciarse”).



ha mencionado que es el caso de varias legislaciones, “[a] finding of abuse of dominance in Korea and EU or a finding of monopolization in violation of section 2 of the Sherman Act in the United States requires that the defendant has monopoly power, which is typically understood as substantial market power”<sup>26</sup>.

Una vez establecido que un operador económico ostenta poder de mercado sustancial, lo fundamental recae en determinar si el involucrado puede afectar negativamente al mercado o si su conducta beneficiará al mercado, considerando que el hecho de que una empresa tenga poder de mercado no es considerado ilícito per se. El poder de mercado no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. En el caso europeo se ha determinado que

[d]ado que la Comisión sostiene que el poder de mercado es una cuestión de grado, [se] compara el grado de poder de mercado necesario para que se produzcan efectos contrarios a la competencia en virtud del art. 81 TCE con el grado de poder de mercado necesario para que exista un abuso de posición dominante<sup>27</sup>,

por lo que se analiza el grado de poder de mercado necesario para incidir de manera negativa en el mercado tanto en casos de concentraciones jurídico económicas como en casos de abuso de la posición dominante. Consecuentemente, en el caso que la conducta analizada demuestre que existe un alto riesgo de que se abuse de este poder, distorsionando, restringiendo, o impidiendo que la competencia se desarrolle, se tratará de una conducta que deberá estar sujeta a control.

Por lo tanto, es importante analizar el posible o actual efecto de la conducta que ha adoptado cierto operador económico para poder llegar a la conclusión de si existe un abuso de poder de mercado o no, como por ejemplo en el caso de concentraciones “[t]he question is whether or not the merger will raise market power by “too much””<sup>28</sup>. Si un operador

---

<sup>26</sup> Sangin Park. “Market Power in Competition for the Market”. *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, p. 578. (“[I]a determinación de abuso de dominancia en Corea y la Unión Europea o la determinación de monopolización en violación a la sección 2 de la Ley Sherman en los Estados Unidos requiere que el implicado tenga poder monopólico, lo que es generalmente entendido como un poder de mercado sustancial”).

<sup>27</sup> Lorenzo Federico Pace. *Derecho Europeo de la Competencia Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Óp. cit. , p. 110.

<sup>28</sup> George B. Shepherd, Helen S. Shepherd y William G. Shepherd. “Sharper focus: market shares in the Merger Guidelines”. *The Antitrust Bulletin*, 2000, p. 842. ([I]a pregunta es si la concentración aumentará el poder de mercado “por mucho”).

ostenta ya poder de mercado, deberá evitar que sus comportamientos puedan constituir prácticas que se consideren como prohibidas por el derecho de la competencia.

Por otro lado, los casos de abuso de posición dominante se dan cuando los operadores económicos que se encuentran actuando en el mercado tienen poder de mercado a tal grado que se convierten en operadores económicos con posición de dominio, calificación que no implica que exista una vulneración a la competencia. El problema de estos casos surge del abuso de esta posición y no de simplemente ostentarla, la posición de dominio en realidad es un estado económico ya que lo ostenta los operadores económicos que han sabido ser eficientes en un mercado. Sobre estos operadores económicos se debe conocer si es que el poder de mercado que mantienen les permite "...influir sobre los precios del mercado, y en este sentido representa[r] la contracara del supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes son tomadores de precio"<sup>29</sup>, influyendo de manera negativa en el mercado, o si es que en realidad el poder de mercado que tienen las empresas acarrea un beneficio positivo para los consumidores, promoviendo y fomentando la competencia en el mercado en cuestión.

Para que pueda considerarse que existe poder de mercado o que las empresas han alcanzado una posición de dominio en el mercado, se deben tomar en cuenta varios factores que conlleven a que haya dependencia económica del mercado hacia el agente económico. Entre estos factores deberá considerarse la falta de competencia efectiva, la inelasticidad de la demanda en el mercado determinado, y que el operador económico al que se le ha calificado como tener una posición de dominio tenga la capacidad de actuar independientemente, sin considerar a los competidores y los consumidores. Si se cumplen estos requisitos, podrá determinarse que el operador económico tiene posición dominante en el mercado, sin que esto implique que la empresa está inmersa en conductas prohibidas.

Entre los elementos a considerar para determinar la existencia de poder de mercado están las cuotas de mercado, mediante las cuales se logra "...determinar en qué medida tales empresas están expuestas a la competencia de otros proveedores de bienes o servicios que puedan considerarse intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios

---

<sup>29</sup> Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia/I*. Óp. cit. , p. 164.

y destino previsto”<sup>30</sup>, por lo tanto se calcula la participación de las empresas involucradas en el mercado para poder concluir si es que el operador económico analizado tiene un gran porcentaje de esta participación. Por lo tanto, las cuotas sirven para establecer la presencia de los distintos participantes en el mercado analizado.

Asimismo, se deberá considerar la capacidad financiera de los operadores económicos ya que “[c]onstituyen también factores relevantes para medir el poder de mercado de una empresa sus recursos financieros, dimensión y su eventual inscripción en un gran grupo internacional de sociedades”<sup>31</sup>. La capacidad financiera es un elemento importante dado que en operaciones económicas en las cuales dos o más empresas unan sus recursos, en realidad se pueda fortalecer la presencia en el mercado, otorgándoles poder de mercado, como se ha establecido en la decisión de concentraciones ICI/Tioxide<sup>32</sup> de la Comisión de la Comunidad Europea.

Adicionalmente, se considerará también el hecho de que una sola empresa pueda ofrecer una gama de productos complementarios que normalmente son adquiridos por un solo cliente. Es decir, que una empresa tenga ventaja sobre las demás ya que puede ofrecer varios productos sustitutos a un cliente que está interesado en adquirir varios productos de la misma especie. Esto evidentemente le da una ventaja competitiva al operador económico al tener bajo su control la mayoría de la oferta.

Las barreras de entrada de nuevos competidores también son consideradas ya que se ha establecido que “...with generally accepted notion that in a market unprotected by entry barriers, incumbent firms cannot exercise market power”<sup>33</sup>. Esto se debe a que sin la presencia de barreras en los mercados, es relativamente fácil para nuevos competidores

---

<sup>30</sup> Lorenzo Federico Pace. *Derecho Europeo de la Competencia Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Óp. cit. , p. 133.

<sup>31</sup> Luis Ortiz Blanco, et al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Óp. cit. , p. 53.

<sup>32</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. Caso No. IV/M.0023- ICI/Tioxide. Regulación (EEC) No. 4064/89 Procedimiento de Concentraciones. Decisión de 28 de noviembre de 1990, párr. 13.

<sup>33</sup> Janusz A. Ordovery y Robert Willig. “The 1982 Department of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment”. *California Law Review*, marzo 1983, p. 563. (“...con una noción generalmente aceptada que en un mercado no protegido por barreras de entrada, los operadores no podrán ejercer su poder de mercado”).

ingresar a los mercados en cuestión, lo que impediría que los actuales participantes que ostenten una posición de dominio en el mercado abusen de ella.

Por otro lado, la fase del mercado también es analizado, es decir “[e]n los mercados cuya demanda crece, los operadores compiten eficazmente por incrementar sus cuotas, y existen posibilidades de accedan nuevos entrantes”<sup>34</sup>. Esto implica que los operadores económicos tendrán que tener la capacidad de innovar su producción constantemente para poder cumplir con los requerimientos del mercado y poder captar una mayor cuota del mercado. Podría haber la posibilidad de que la demanda de los productos se altere, por ejemplo, ya que éstos se vuelven obsoletos al ser reemplazados por otros tecnológicamente superiores, por lo que los participantes en este mercado se verán obligados a reaccionar rápidamente ante estos cambios para poder conservar su posición de dominio.

Analizados estos criterios, se puede concluir si es que un operador económico tiene poder de mercado, y por lo tanto ha alcanzado a obtener una posición de dominio, y podría llegar a abusar de él. Consecuentemente, es importante tener en cuenta que como ha establecido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto *United Brands Company y United Brands Continental BV vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, el hecho que una empresa tenga una posición dominante en general no será determinante para concluir que existe una vulneración a la competencia, para los casos de abuso de poder dominante, lo que se encuentra prohibido es que las empresas “exploten de manera abusiva”<sup>35</sup> la posición de dominio que pueden tener en los mercados, creando una ganancia injustificada basada en la falta de competencia por aquél empresa con posición dominante. Es fundamental el análisis de la determinación de una posición de dominio, por lo que se tendrán en cuenta la presencia de los siguientes elementos “... (1) una posición de fuerza económica en el mercado; (2) que permita a la empresa o empresas que la detentan una impedir o restringir la competencia efectiva en ese mercado; (3) y, en consecuencia, les permite comportarse en un alto grado con independencia”<sup>36</sup>. Debe enfatizarse que para

---

<sup>34</sup> Luis Ortiz Blanco et al. *Manual de Derecho de la Competencia. Óp. cit.* , p. 56.

<sup>35</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto *United Brands Company y United Brands Continental BV vs. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto 27/76. Sentencia de 14 de febrero de 1978, párr. 64.

<sup>36</sup> Fernando Diez Estrella. “El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia*, mayo 2006, p. 14.

que exista un abuso de la posición dominante primero deberá haber un sujeto económico calificado que ostente la posición de dominio y la realización de supuestos ilegales.

A más de la importancia que tiene la determinación del poder de mercado en casos de abuso de poder de mercado, es menester considerar que el poder de mercado también toma una dimensión relevante para el caso de concentraciones jurídico-económicas. El poder de mercado es uno de los principales factores que la autoridad considerará para resolver si es que la concentración es viable o no en el mercado, apuntando siempre a evitar la creación de monopolios. Es decir, la regualción de las concentraciones se vuelve inevitable ya que “[l]a consecuencia económica que genera una concentración empresarial es la reducción en la oferta, es decir, que el negocio jurídico lleve a la agrupación de poder en un solo agente económico, generado no por la lucha por la clientela, sino por el negocio jurídico en sí mismo”<sup>37</sup>, por lo tanto el Estado debe evitar que llegue a existir un solo operador económico con un grado de poder de mercado suficientemente alto que le permita manejar toda la oferta del mercado.

### 1.3 MERCADO RELEVANTE

Para determinar si es que el operador económico con posición de dominio se encuentra afectando el mercado, se deberá analizar el grado en el que lo está perjudicando y se debe tomar en cuenta que “...market power and market definition are closely related, because a relevant market is that group of firms that significantly constrains each other’s pricing and output decisions”<sup>38</sup>, por lo que el análisis del mercado es fundamental. En la legislación europea se ha establecido que es necesario delimitar el mercado relevante para poder llegar a la conclusión si un operador económico tiene posición dominante en el mercado, y poder predecir los posibles efectos que las conductas de éste podrían llegar a causar o que ya se encuentran causando. Se busca evitar que la conducta de un operador

---

<sup>37</sup> Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Universidad del Externado de Colombia: Bogotá, 2008, p. 230.

<sup>38</sup> Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop. “Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law”. *Georgetown Law Journal Association*, 1987, p. 14. (“...poder de mercado y la definición de mercado están muy relacionados porque un mercado relevante es un grupo de operadores que entre ellos significativamente limitan sus precios y decisiones de producción”).

económico restrinja la competencia y modifique la estructura natural de los mercados ya que

...cuando se trata de perseguir conductas prohibidas, la delimitación del mercado relevante resulta imprescindible si se trata de conductas abusivas de una posición dominante, ya que esa posición de dominio ha de producirse en un mercado determinado que previamente hay que delimitar...<sup>39</sup>.

Se le puede considerar al mercado relevante como un mercado específico que se debe analizar para concluir si es que el operador económico posee una posición dominante en el mercado y si es que efectivamente se encuentra inmerso en conductas que afecten a la libre competencia.

Por lo tanto, la definición del mercado relevante resulta imprescindible para establecer si la conducta de operadores económicos se encuentra causando efectos negativos a la libre competencia. Por ejemplo, se ha establecido que la importancia de la definición del mercado radica en que “[t]he market-definition requirement brings discipline and structure to the monopoly-power inquiry, thereby reducing the risks and costs of error”<sup>40</sup>, por lo que es el mercado la clave fundamental para llegar a la conclusión si es que una empresa se encuentra inmersa en alguna actividad que vulnera o podría llegar a vulnerar la libre competencia. Esto se debe a que el daño se produce en un segmento específico de la economía, por lo que para poder concluir si es que alguna medida debe tomarse frente a la conductas de empresas que parecería que pueden vulnerar la libre competencia, se debe analizar su efecto dentro del mercado relevante que sea pertinente.

El mercado relevante es “...a tool to identify the existing competitive constraints between undertakings and other parties in a certain area, which allows the calculation of a market share and market concentration (in a merger situation) of the company under investigation”<sup>41</sup>. Por otro lado, la Comisión de la Comunidad Europea ha definido el

---

<sup>39</sup> Luis Berenguer Fuster, César A. Giner Parreño, y Antonio Robles Martín-Laborda. *La Nueva Legislación Española Ante la Evolución del Derecho de la Competencia*. Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 132.

<sup>40</sup> U.S. Department of Justice. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. [http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter2.htm](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter2.htm). (acceso: 08/02/2015). (“[e]l requerimiento de la definición de mercado trae disciplina y estructura a la investigación de poder monopólico, por lo tanto reduciendo los riesgos y costos de error”).

<sup>41</sup> Aleksandra Belousova. *Relevant Market: the application to the E-commerce area in the EU*. [http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final\\_thesis\\_Relevant\\_Market\\_the\\_application\\_to\\_the\\_E-](http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final_thesis_Relevant_Market_the_application_to_the_E-)

mercado relevante como aquel segmento que “...constitutes the area of business in which the economic power of the undertaking in question *vis-à-vis* its competitors is to be judged”<sup>42</sup>. Consecuentemente, al ser una herramienta para determinar el grado de impacto que tiene una empresa en un mercado, desde una perspectiva económica, el mercado relevante sirve para calcular el grado de poder de una empresa en un segmento específico de bienes o servicios. Mediante la definición del mercado relevante, lo que en realidad se está analizando es la elasticidad de la demanda en cuanto a los precios del producto o productos del segmento que se encuentra bajo investigación, y el grado de incidencia que la empresa bajo investigación tiene sobre ésta.

Para poder establecer el mercado relevante se debe incluir “...un análisis que ha de comprender tanto el escenario existente antes de la concentración como aquél en el que, en su caso, ha de desarrollar sus funciones la empresa resultante de la concentración”<sup>43</sup>, de esta manera el mercado relevante sirve para analizar el efecto que la conducta de los operadores económicos tendrán en el mercado, es decir un análisis *ex ante* y *ex post*. Con la comparación del mercado antes y después de la operación que afecta al mercado, es posible concluir si es que se trata de una conducta que podrá beneficiar al mercado o en realidad lo distorsionará. Si es que la conducta distorsiona el mercado es necesario que haya intervención por parte del Estado para que no permita que se lleve a cabo la operación o que la condicione.

Por lo tanto, los factores que se consideren para la determinación del mercado relevante resulta ser de gran importancia ya que afectará el resultado del análisis. De esta manera, sobre la sentencia de *United States v. Aluminum Co. of America* del Segundo Circuito en 1945, se ha mencionado que

---

[commerce area in the EU .pdf](#). (acceso: 25/10/13). (...es una herramienta para identificar las restricciones competitivas que existen entre empresas y terceras partes en un área determinada, lo que permite el cálculo de la participación del mercado y su concentración (en una situación de fusión) de la compañía bajo investigación).

<sup>42</sup> Comisión de la Comunidad Europea. *Decisión IV/30.698- ECS/AKZO relacionado al procedimiento del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea*. Decisión de 14 de diciembre de 1985. 85/609/EEC, párr. 62. (...constituye el área del negocio en el que el poder económico de una empresa en cuestión es juzgado *vis-à-vis* al de sus competidores).

<sup>43</sup> Luis Berenguer Fuster, César A. Giner Parreño y Antonio Robles Martín-Laborda. *La Nueva Legislación Española Ante la Evolución del Derecho de la Competencia*. *Óp. cit.*, p. 210.

[e]n el caso Alcoa esta empresa controlaba el 90% de la producción de aluminio virgen en lingote de EEUU. A fin de determinar si ello constituía monopolización punible bajo la Ley Sherman, el tribunal interviniente debió precisar si el aluminio secundario, o sea el obtenido mediante la reconversión de chatarra, debía ser considerado como parte del mercado respecto del cual se acusaba a Alcoa de monopolización, pues en tal caso la participación de la nombrada empresa descendía al 64%. Resultaba así que la determinación del mercado relevante era decisiva para decidir el caso planteado. Dado que las cantidades de aluminio secundario eran función del aluminio primario producido en algún momento anterior, el tribunal interviniente consideró que la participación en el mercado de aluminio virgen era esencial para resolver la calificación de Alcoa bajo la legislación antitrust. El poder de esta empresa sobre los precios, efectuado sobre la base del análisis precedente, jugó un papel esencial en la sentencia<sup>44</sup>.

Claramente demostrando que la decisión sobre lo que se considera que participa en el mercado afecta a la decisión sobre la conducta de los operadores económicos que se encuentran en investigación.

De la misma manera, sobre el caso estadounidense mejor conocido como el “caso celofán”, la decisión sobre que debía considerarse que era el mercado relevante afectó la decisión del tribunal y sentó un precedente contrario al del caso de Alcoa. En este caso,

[d]uring the period that is relevant to this action, du Pont produced almost 75% of the cellophane sold in the United States, and cellophane constituted less than 20% of all ‘flexible packaging material’ sales [...] [du Pont] contends that the prohibition of section 2 against monopolization is not violated because it does not have the power to control the price of cellophane or to exclude competitors from the market in which cellophane is sold. The court below found that the ‘relevant market for determining the extent of du Pont’s market control is the market for flexible packaging materials’ and that competition from those other materials prevented du Pont from possessing monopoly powers in its sales of cellophane<sup>45</sup>.

Del análisis de este caso, se puede observar que la determinación del mercado relevante abarcó no sólo el papel celofán si no otros productos, lo que terminó afectando la decisión ya que se encontró que la empresa du Pont no ostentaba suficiente poder de mercado como para poder incidir en él de manera negativa. Es una práctica común que las empresas

---

<sup>44</sup>Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia/1*. Óp. cit. , p. 35.

<sup>45</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States of America v. E.I. DU PONT DE NEMOURS AND CO*. Sentencia del 11 de junio de 1956. 351 U.S. 377, párr. 3-4. (“[d]urante el período relevante a esta acción, du Pont producía casi el 75% del celofán vendido en los Estados Unidos, y celofán constituía menos del 20% de todas las ventas del ‘material flexible para empacar’ [...] [du Pont] contendía que la prohibición de la sección 2 en contra de la monopolización no estaba siendo violada porque no tenía el poder de controlar el precio del celofán o de excluir competidores del mercado en el que el celofán es vendido. La corte inferior encontró que el ‘mercado relevante para determinar el alcance del control de mercado de du Pont es el mercado de materiales flexibles para empacar’ y que la competencia de esos otros materiales prevenía que du Pont posea poder monopólico en sus ventas de celofán”).



avoquen definiciones más amplias de mercado relevante que las que determina las autoridades de competencia ya que "...the more narrowly the market is defined the more likely a firm or firms will be found to have market power"<sup>46</sup>.

Consecuentemente, lo que se considera parte del análisis del mercado relevante resulta una cuestión delicada ya que afecta la decisión sobre los efectos de la conducta del operador económico. El concepto de mercado relevante deberá ser manejado con cautela ya que aunque es el primer paso para el análisis es el segmento de mercado en el que se medirá si es que el operador económico en cuestión tiene suficiente poder de mercado como para poder distorsionar la competencia. Así se ha establecido que

[f]rom an economical perspective, by applying the relevant market concept the Commission estimates the price elasticity of demand for the product of the company under investigation. The higher the level of elasticity reduces the possibility to exercise market power, i.e. to raise the prices above the competitive level. Hence, it is important to find out what and how the price elasticity of demand for the given product might be affected. Would it be affected by the demand of substitutes, supply of substitutes as well as potential competition?<sup>47</sup>

Por lo que se trata de un concepto crucial del que la decisión de la Autoridad dependerá para poder llegar a una conclusión que se acerque a la realidad del mercado.

Entre los factores señalados anteriormente, los productos sustitutos representan el factor conductor que lleva a delimitar el mercado relevante, ya que éste representa el segmento del mercado en donde los productos que se los consumidores considerarán como intercambiables compiten entre sí. Este hecho se lo ha establecido en el caso de *Europemballage y Continental Can v. Comisión de las Comunidades Europeas* ya que se determinó que las posibilidades de que haya un mercado en competencia sólo se pueden analizar "...en función de las características de los productos de referencia, que les hagan

---

<sup>46</sup>Patrick Massey. "Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues". *The Economic and Social Review Vol. 31, No. 4*, octubre 2000, p. 310. (...mientras se defina el mercado de manera más estrecha, es más probable que se determine que un operador económico ostenta poder de mercado).

<sup>47</sup> Aleksandra Belousova. *Relevant Market: the application to the E-commerce area in the EU*. [http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final\\_thesis\\_Relevant\\_Market\\_the\\_application\\_to\\_the\\_E-commerce\\_area\\_in\\_the\\_EU.pdf](http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final_thesis_Relevant_Market_the_application_to_the_E-commerce_area_in_the_EU.pdf). (acceso: 25/10/13). "[d]esde una perspectiva económica, al aplicar el concepto del mercado relevante la Comisión estima la elasticidad del precio de la demand para el producto de la compañía bajo investigación. Mientras más alto el nivel de elasticidad se reduce la posibilidad de ejercer poder de mercado, por ejemplo, al incrementar los precios por encima del nivel competitivo. Consecuentemente, es importante determinar qué y cómo podrá afectarse la elasticidad de la demanda para el producto. Se afectará por la demanda de sustitutos, oferta de sustitutos así como la competencia potencial?").

particularmente idóneos para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos”<sup>48</sup>. Consecuentemente, para definir el mercado relevante es imperativo que establezca qué productos se los considerará como sustitutos en el mercado, productos que sean considerados como sustitutos perfectos, y cuáles serán un segmento separado. La importancia de los bienes sustitutos se debe al peso que tiene la sustitución de la demanda ya que “[d]emand substitution is the most immediate competitive constraint on suppliers. At each decision, a producer must bear in mind that customers can change supplier relatively easily and quickly”<sup>49</sup>.

Por lo tanto, para analizar si es que un operador económico se encuentra manipulando el desenvolvimiento del mercado, se empieza por analizar los productos sustitutos y la manera en que los operadores económicos establecen los precios de éstos. Es así, que en el caso du Pont la determinación de qué productos eran considerados sustitutos afectó la decisión final del tribunal, se consideró que eran productos sustitutos todos los materiales flexibles de envase y no sólo el papel celofán dado que la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que “...cellophane’s interchangeability with the other materials mentioned suffices to make it a part of this flexible packaging material market”<sup>50</sup>. Por lo que se llegó a la conclusión que la empresa du Pont no tenía poder de mercado suficiente en el mercado de materiales flexibles para empacar como para incidir en él y perjudicarlo, “...it seems to us that du Pont should not be found to monopolize cellophane when that product has the competition and interchangeability with other wrappings that this record shows”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. v. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto 6/72. Sentencia de 21 de febrero de 1973, párr. 32.

<sup>49</sup> Marc Ivaldi y Szabolcs Lörincz. *A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers*. [http://idei.fr/doc/conf/csi/papers\\_2005/ivaldi.pdf](http://idei.fr/doc/conf/csi/papers_2005/ivaldi.pdf). (acceso: 01/03/2015) (“[s]ustitución por la demanda es el límite más inmediato para los ofertantes. En cada decisión, un productor debe tomar en cuenta que los consumidores pueden cambiar de ofertante de manera relativamente fácil y rápida”).

<sup>50</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States of America v. E.I. DU PONT DE NEMOURS AND CO*. Sentencia del 11 de junio de 1956. 351 U.S. 377, párr. 37. (“...la intercambiabilidad del celofán con otros materiales mencionados es suficiente para hacerlo parte de este mercado de materiales flexibles para empacar”).

<sup>51</sup> *Id.*, párr. 42. (“...es de nuestro parecer que no debe determinarse que du Pont monopoliza el celofán cuando el producto tiene competencia y es intercambiable con otras envolturas que este proceso demuestra”).

El mercado relevante necesita que se identifiquen todos los productos a los que los consumidores tienen acceso para satisfacer sus necesidades de igual manera en un segmento del mercado específico. Por ende, se debe tomar en cuenta las empresas que se encuentran fabricando los bienes que pueden satisfacer las necesidades de los consumidores de la misma manera y se debe analizar el área geográfica en donde las condiciones de competencia del mercado son similares para que puedan considerarse bienes sustitutos. La importancia de los bienes sustitutos se debe a que el mercado relevante se define de conformidad con Jonathan B. Baker "...with regard to demand substitution, which focuses on buyers' views of which products are acceptable substitutes or alternatives"<sup>52</sup>. Por lo tanto, para el análisis de las conductas de los operadores económicos es necesario primero comparar el comportamiento de sus productos frente a los que se los considera como sustitutos para concluir si es que se encuentra manipulando los precios y en sí, su presencia en el mercado.

La competencia perfecta se da cuando existe un mercado que se encuentra en perfecto equilibrio, esto quiere decir, un mercado que no ha sufrido manipulaciones y se ha regulado por su cuenta. En un mercado en competencia perfecta no existen factores que puedan afectar a la facilidad de los consumidores de reemplazar los productos que utilizan con otros que se encuentren ofertados. Cuando no existe competencia perfecta, o existe amenaza de eliminarla, es necesario establecer el mercado relevante, es decir el conjunto de productos que deben ser tomados en cuenta, para concluir si es que el operador económico en cuestión se encuentra conculcando los principios de la libre competencia. Por lo tanto, se establece que

[l]a delimitación correcta y precisa de cuál sea el mercado relevante (tanto desde el punto de vista de producto como de la delimitación geográfica) se revela pues como una obligación insoslayable a efectos de que sea posible la declaración de que una determinada conducta reviste naturaleza abusiva<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> U.S. Department of Justice. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. [http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter2.htm](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter2.htm). (acceso: 08/02/2015). ("...con relación a la sustitución en la demanda, la cual se enfoca en el punto de vista de los compradores de qué productos son sustitutos aceptables o alternativas").

<sup>53</sup> Alberto Arribas, et. al. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Thomson Reuters: Navarra, 2012, p. 144.

Por lo tanto, es necesario determinar los productos que se les considera como sustitutos dentro del mercado relevante para concluir si es que existe una conducta abusiva. Por ejemplo, en el caso du Pont, el análisis de los productos sustitutos afectó el resultado de la decisión como se mencionó anteriormente ya que sobre la base de productos sustitutos que se tomó la decisión, "...disminuía sustancialmente la capacidad de du Pont de influir sobre el mercado"<sup>54</sup>, si el análisis del mercado relevante en este caso se hacía con un espectro de los verdaderos productos sustitutos, el resultado del caso no hubiere sido el mismo. Por lo tanto, la determinación del mercado relevante depende principalmente de los productos que se consideren sustitutos, y así,

[e]l principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva<sup>55</sup>.

Consecuentemente, la determinación del mercado relevante consiste en identificar los competidores del operador económico en cuestión que les limite en su actuación para poder concluir si es que ostentan poder de mercado y establecer si es que se encuentran en posición como para vulnerar las normas que protegen la competencia.

Para la determinación del mercado relevante se debe tomar en cuenta el mercado producto y el mercado geográfico,

...el análisis de una conducta restrictiva de la competencia requiere previamente determinar cuál es el contexto competitivo al que se enfrenta la empresa objeto de investigación. Esto supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las otras áreas geográficas próximas.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia/1*. Óp. cit. , p. 36.

<sup>55</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia 97/C 372/03*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 372/5, punto 2.

<sup>56</sup> Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. Dificultades para la definición del mercado relevante preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino. <http://www.uv.es/~frechena/estructura/NERA.pdf>. (acceso: 15/01/2015).

De esta manera, el mercado relevante es en realidad el mercado más reducido en el que se incluyen a todos los productos que los consumidores consideran como sustitutos perfectos, y debe ser al mismo tiempo lo suficientemente amplio para que abarque toda la gama de productos que se consideren como sustitutos perfectos del bien principal. Consecuentemente, al momento de incluir qué productos abarca la determinación del mercado relevante se debe agregar al mercado todos aquellos a los que se les puede considerar verdadera competencia del producto analizado. Se debe tomar en cuenta que la amplitud de la determinación del mercado relevante, es decir la decisión de qué productos conforma el mercado, es el análisis más delicado que la Autoridad deberá realizar. La determinación de qué productos debe entrar a considerarse en el mercado de producto y en el mercado geográfico es crucial, siempre tomando en cuenta las preferencias de los consumidores.

### **1.3.1. MERCADO PRODUCTO**

El mercado de producto “...entails all those products that are sufficiently close substitutes of the product under investigation”<sup>57</sup>, tomando en cuenta factores como el precio, características y el uso. Abarca todo el mercado de productos que se puedan considerar como competidores directos entre ellos. La dimensión de producto del mercado relevante enfatiza que se trata de los productos que al tener las mismas o similares condiciones, sirven para satisfacer las necesidades de los consumidores de igual manera. Por lo tanto, el mercado de producto abarca todos los productos que al contrastarlos con el producto principal, son igualmente accesibles por los consumidores y cumplen con el mismo objetivo. A manera de ejemplo, entraría en el análisis de automóviles en el mercado de producto todos aquellos automóviles que cumplan con los mismos propósitos y tengan las mismas características que el automóvil en cuestión y que adicionalmente se encuentren en un rango de precio en el cual los consumidores estén aún dispuestos a pagar.

De esta manera, se puede establecer que el mercado producto consiste del bien principal que está siendo analizado, además de los bienes sustitutos perfectos que satisfacen de igual manera las necesidades y preferencias de los consumidores. Por lo

---

<sup>57</sup> Mark Williams. “Module 1-Unit 3 Market Definition”. *Postgraduate Diploma/Masters in Economics for Competition Law*, 2011/2012, p. 13. (...abarca todos los productos que son sustitutos suficientemente cercanos del producto bajo investigación”).

tanto, para establecer el mercado de producto es necesario delimitar con cautela cuáles son los sustitutos perfectos. Por sustitutos perfectos se entiende aquellos productos que reemplazan fácilmente al bien principal, debe haber cercanía de precios y es fundamental que se otorgue satisfacción al consumidor. Es necesario tener en cuenta y no confundir a los sustitutos perfectos con los sustitutos imperfectos que son todos aquellos bienes que se acercan a la satisfacción del consumidor pero que no es posible considerar que pertenecen al mismo mercado relevante de producto ya que por consideraciones del precio u otros factores no existe el grado de sustituibilidad necesario para considerar que son productos que podrían satisfacer las necesidades de los consumidores de igual manera. La importancia de los sustitutos perfectos recae en que “[e]l mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”<sup>58</sup>, por lo que es esencial analizar al producto en función de las necesidades de los consumidores para entender cuál es la extensión de la intercambiabilidad de los productos y delimitar adecuadamente a los sustitutos perfectos.

El mercado de producto a nivel europeo ha sido definido de manera que “[l]os criterios para definir el mercado de referencia se aplican generalmente en el análisis de ciertos comportamientos en el mercado y de cambios estructurales en la oferta de productos.”<sup>59</sup>. Adicionalmente, entre los elementos que la Comisión Europea considera para determinar el mercado de producto se encuentra la opinión de clientes y competidores, preferencias de los consumidores, obstáculos y costes sobre el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos, la existencia de diferentes categorías de clientes, la discriminación de precios entre otros. Los factores enlistados a manera ejemplificativa, demuestran como existen varios factores que se deben tomar en cuenta al momento de considerar qué se debe considerar por productos sustitutos, los factores son ejemplificativos ya que variarán dependiendo del mercado analizado. Es necesario tomar en cuenta que ningún mercado es idéntico. Este análisis es de gran importancia ya que a través de la delimitación del mercado relevante, y a su vez del mercado producto, se está definiendo el segmento del mercado que debe ser protegido para

---

<sup>58</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunicación en materia de competencia 97/C 372/03. Óp. cit.* , punto 7.

<sup>59</sup> *Id.* , punto 12.

evitar que un operador económico obstaculice el desarrollo natural de la oferta y la demanda.

El factor fundamental que generalmente se analiza al momento de determinar el mercado producto, es la sustituibilidad de la demanda, y como factores secundarios se encuentran la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial, o la facilidad de entrada de nuevos competidores. El mercado relevante de producto es realmente importante para el análisis del mercado relevante ya que permite identificar los productos que el consumidor considerará como intercambiables, deberá existir sustituibilidad por el lado la demanda. La sustituibilidad de la demanda es un factor transcendental ya que

[I]a presión competitiva más inmediata que enfrenta una empresa puede venir dada por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios de su producto, sus cliente decidan redirigir el consumo hacia otros productos o servicios que consideran sustitutivos, ya sea por razones de sus características técnicas, precios o, en definitiva, su capacidad para satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable<sup>60</sup>.

Este factor busca precisar qué productos pueden ser similares para los consumidores y considerarse como sustitutos perfectos, estableciendo qué productos tienen un grado suficiente de intercambiabilidad “...entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos”<sup>61</sup>.

De esta manera el Tribunal llega a la conclusión en el caso citado, *Hoffman-La Roche & Co. AG vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, que dado que no hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre las diferentes vitaminas fabricadas por La Roche, ya que cada una tiene un propósito distinto, consecuentemente se deben considerar como mercados distintos, demostrando como en este caso no pudo considerarse que existió sustituibilidad en la demanda. Por lo tanto, no existía un grado suficiente de intercambiabilidad en las vitaminas para considerar que conformaban parte del mismo mercado.

---

<sup>60</sup> Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. *Dificultades para la definición del mercado relevante preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino*. <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>. (acceso: 15/01/2015).

<sup>61</sup> Tribunal de Justicia Europeo. *Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto No. 85/76. Sentencia de 13 de febrero de 1979. 1979/00225, párr. 28

Consecuentemente, para el análisis del mercado relevante de producto la sustituibilidad de los productos es un factor fundamental ya que se encuentra presente en las distintas definiciones del mercado relevante de producto, así se establece que las definiciones

...establecen principios muy generales, señalando como elemento central para la delimitación de los bienes sustitutos del bien o servicio investigado. Si dicho bien posee sustitos, éstos deberán ser considerados como parte del mercado relevante. El concepto de sustituibilidad nos da mayor certeza, sin embargo, definir en la práctica qué bienes son sustitutos puede ser algo complejo<sup>62</sup>.

El análisis que se realiza para determinar los productos sustitutos en el mercado recae fundamentalmente en analizar la elasticidad cruzada del precio-demanda, para efectivamente determinar la intercambiabilidad de los bienes en relación con su potencial de cumplir con las necesidades de los consumidores.

El examen de la elasticidad cruzada ayuda a cuantificar la real sustituibilidad de la demanda, es decir como la demanda reacciona en relación a un incremento de precios. Por lo tanto, existe sustituibilidad en la demanda en el siguiente ejemplo

[s]upongamos que el bien  $i$  es el té y el bien  $j$  es el café. Una subida del precio del café eleva la demanda de té. La elasticidad-precio cruzada de la demanda del té con respecto al café es positiva. Las elasticidades-precio cruzadas tienden a ser positivas cuando dos bienes son sustitutos y negativas cuando son complementarios. Esperamos que una subida del precio de la gasolina reduzca la demanda de automóviles, ya que la gasolina y los automóviles son complementarios<sup>63</sup>.

La elasticidad cruzada ayuda a establecer cuáles son los bienes sustitutos perfectos, cuáles son los bienes sustitutos imperfectos y los bienes complementarios, aquellos que en realidad no compiten con el bien principal y tampoco son sus sustitutos.

El elemento de la sustituibilidad de la oferta es un factor que se utiliza al momento de establecer "...si los suministradores de productos que en principio no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer

---

<sup>62</sup> Paulo Montt Rettig y Nicole Nehme Zalaquett. *Libre Competencia y Retail Un Análisis Crítico*. Abeledo Perrot: Santiago de Chile, 2010, p. 12.

<sup>63</sup> David Begg, et. al. *Economía*. McGraw Hill: Madrid, 2006, p. 53.



productos que sí lo sean”<sup>64</sup>, no enfocándose en la facilidad que tienen los consumidores de encontrar bienes con los que puedan sustituir sus necesidades si no más bien desde el punto de vista de los productores, la facilidad que éstos tienen para producir y ofertar bienes en el mercado que puedan efectivamente competir con el bien principal.

Por otro lado, la competencia potencial considera si las empresas tienen la capacidad de entrar en el mercado para competir, centrándose en el análisis de las barreras de entrada presentes en el mercado a las que los competidores deben enfrentarse. Se trata de un análisis realista sobre las posibilidades de los competidores de entrar en el mercado. En Europa, se ha establecido que “...las condiciones en las que la competencia potencial representará realmente una presión depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso”<sup>65</sup>, por lo que se menciona que es un análisis que se realiza en fases posteriores.

Sin embargo, a pesar de la existencia de la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial, la sustituibilidad de la demanda es el factor rector para la determinación del mercado relevante ya que sirve para delimitar todos los productos que deberán considerarse como parte de un segmento por su grado de intercambiabilidad frente a las necesidades de los consumidores. La sustituibilidad de la demanda ayuda a las autoridades pertinentes a determinar si en realidad se está perjudicando a la libre competencia y como consecuencia a los consumidores, distorsionando el mercado a tal grado que éstos no tengan alternativas en el mercado frente a sus necesidades. De esta manera, para las *Horizontal Merger Guidelines* de Estados Unidos, al producto de mercado se le define como

[w]hen a product sold by one merging firm (Product A) competes against one or more products sold by the other merging firm, the Agencies define a relevant product market around Product A to evaluate the importance of that competition. Such relevant product market consists of a group of substitute products including Product A<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Fernando Díez Estrella. Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU. [http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).

<sup>65</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunicación en materia de competencia 97/C 372/03*. Óp. cit., punto 24.

<sup>66</sup> United States Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 2010. August 19, 2010. <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger->

Buscando establecer el grado de afectación que tendrá la competencia por la conducta de dos empresas, condicionado a la posibilidad de encontrar bienes sustitutos al bien principal. Por lo tanto, es necesario y fundamental definir el mercado relevante de producto como aquel segmento del mercado que incluye al bien principal además de sus bienes sustitutos.

### 1.3.2 MERCADO GEOGRÁFICO

El segundo elemento del mercado relevante que debe analizarse es el mercado geográfico, esto es la zona en donde el operador económico se encuentra vendiendo sus productos y los consumidores están dispuestos a acudir para obtener el bien. El aspecto fundamental de la determinación del mercado geográfico es que debe tratarse de una zona en donde “...las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”<sup>67</sup>. Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado el mercado geográfico es “...el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante...”<sup>68</sup>. Por lo que para establecer el mercado geográfico se debe considerar todo el territorio en donde el bien principal compite bajo condiciones similares para todos los operadores económicos.

Es importante recalcar que se ha establecido que “...no es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores sean perfectamente homogéneas, sino que basta con que sean “similares” o suficientemente homogéneas”<sup>69</sup>, es

---

review/100819hmg.pdf (acceso: 09/11/2014) (“[c]uando un producto vendido por una de las empresas fusionadas (producto A), compite en contra de uno o varios productos vendidos por la otra empresa fusionada, las Agencias definirán el mercado relevante de productos alrededor del producto A para evaluar la importancia de esa competencia. Dicho mercado relevante de producto consiste en un grupo de productos sustitutos incluyendo el producto A.”)

<sup>67</sup>Lorenzo Federico Pace. *Derecho Europeo de la Competencia Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Óp. cit. , p. 148.

<sup>68</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

<sup>69</sup> Fernando Díez Estrella. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de*

suficiente con que las mínimas diferencias que hayan no obstaculicen el acceso al mercado. Se busca que principalmente haya similitud en las condiciones de competencia en cuanto a los costes de transporte, condiciones de comercialización y las relaciones con consumidores y proveedores.

El mercado geográfico es la zona en donde los consumidores están dispuestos a trasladarse para adquirir el bien principal, por lo tanto se deben también considerar las preferencias de los consumidores además de si las condiciones de competencia entre los operadores económicos son efectivamente similares. Consecuentemente, “[g]eographic markets for products are limited to a greater or lesser extent by (1) the cost of transporting the product and (2) legal barriers, such as those imposed by entry regulation that may prohibit trade among jurisdictions”<sup>70</sup>. Todo esto se debe a que a través de la delimitación del mercado geográfico relevante se busca establecer todas las zonas a las que los consumidores estuvieran dispuestos a ir en el caso en que se aumente el precio del bien principal.

Por lo tanto, lo que se busca analizar es el territorio en donde se encuentren todos los bienes que se puedan considerar como bienes sustitutos del bien principal. De esta manera, el mercado geográfico debe “...tanto corresponder a la realidad comercial del mercado como tener, a la vez, cierta entidad económica”<sup>71</sup>, ya que se deberá considerar las condiciones de competencia del mercado, al igual que la capacidad de los consumidores de trasladar su demanda hacía otras empresas tras una variación de precios en el bien principal.

Existen varios criterios que se toman en cuenta para delimitar al mercado relevante geográfico, entre ellos se encuentra el precio, la estructura de la oferta, la estructura

---

EEUU. [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).

<sup>70</sup> Michael A. Morrisey, Frank A. Sloan y Joseph Valvona. “Defining Geographic Markets for Hospital Care”. *Law and Contemporary Problems*, 1988, p. 167. (“[m]ercados geográficos para productos están limitados en mayor o menor medida por (1) el costo de transportación del producto (2) barreras legales, como las impuestas por la regulación de entrada, puede prohibir el comercio entre jurisdicciones”).

<sup>71</sup> Fernando Díez Estrella. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).

geográfica de compras de consumidores, características de los productos, preferencias de los consumidores, y obstáculos arancelarios. Estos criterios sirven para circunscribir al mercado en relación a un territorio específico ya que “...aunque el mercado geográfico en ocasiones abarque la nación al completo, en otras circunstancias puede perfectamente ser tan pequeño como una simple área metropolitana”<sup>72</sup>, variando el resultado sobre qué bienes deberá considerarse como sustitutos perfectos para el bien principal en razón de los criterios utilizados.

En cuanto al precio, la presencia de precios diferentes entre diferentes zonas permite establecer que se está tratando con mercados geográficos distintos ya que una gran desigualdad entre zonas permite concluir que no existe intercambiabilidad entre los productos.

La estructura de la oferta se refiere a la manera en que se encuentra proveída la oferta de los productos y cómo debe considerársela, por ejemplo se ha dicho que “...in defining geographic markets, an important role is also played by factors such as national preferences or preferences for national brands, language, culture and life style, and the need for local presence for certain services”<sup>73</sup>, por lo tanto se le otorga al mercado geográfico una connotación de mercado nacional por razones culturales y preferencias basadas en estilo de vida.

Por otro lado, el criterio de la estructura geográfica busca delimitar el mercado geográfico al lugar en donde los principales consumidores de los bienes establecidos en el mercado relevante acuden para adquirirlos, lugar en donde los distintos operadores económicos se encuentran compitiendo de manera similar.

Un criterio que es fundamental que se tome en cuenta es los obstáculos arancelarios y regulatorios que se presentan en un mercado. Esto se debe a que se ha establecido que,

[l]a existencia de derechos de aduana, o de elevadas tasas a la importación, de restricciones a la importación y de normas relativas a la calidad, a la composición o a la

---

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Filippo Amato y Kyrill Farbmann. “Applying EU competition law in the education sector”. *IJELP Issue 1-2*, 2010, p. 10. (“...al definir mercados geográficos, juegan un importante rol los factores como preferencias nacionales o preferencias por ciertas marcas nacionales, lenguaje, cultura y estilo de vida, y la necesidad de la presencia local de ciertos servicios”).

salud, con un efecto equivalente a las anteriores, limita la extensión territorial del mercado al dificultar el acceso de productores extraterritoriales<sup>74</sup>.

Por lo que las barreras de entrada al mercado son fundamentales para delimitar que operadores económicos se encuentran en las mismas condiciones para llegar a un mercado geográfico.

### 1.3.3 PREFERENCIAS DE LOS CONSUMIDORES

Para poder efectivamente determinar el mercado relevante se debe tomar en cuenta, tanto para el mercado de producto como el geográfico, las preferencias de los consumidores. El artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de mercado define el mercado relevante y establece que para poder determinarlo, se deberá considerar las “características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado”<sup>75</sup>. Esto se debe a que las preferencias de los consumidores es un criterio que puede alterar los resultados sobre la determinación de un mercado relevante, sobre todo cuando se trata de consumidores especializados. A pesar de que parecería que no es necesaria hacer la distinción, los consumidores especializados no considerarán a ciertos productos como sustitutos del bien principal por el hecho de ser especializados.

Sobre la importancia en el mercado relevante de las preferencias de los consumidores se ha establecido que

[l]as preferencias de los consumidores pueden tener una importancia sustancial (al punto de neutralizar la equivalencia de funciones y características o inhibir la sustituibilidad de la demanda en caso de incremento de precios) en productos de gran consumo y, en especial, en mercados marquistas...<sup>76</sup>

Consecuentemente, el análisis de la sustituibilidad de la demanda y la intercambiabilidad de los productos se altera por la presencia de ciertos consumidores con preferencias específicas que necesariamente deberán tomarse en cuenta si se encuentran presentes en el mercado analizado. La determinación del mercado relevante con este tipo de consumidores

---

<sup>74</sup> Luis Ortiz Blanco et al. *Manual de Derecho de la Competencia. Óp. cit.* , p. 51.

<sup>75</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.* , artículo 5.

<sup>76</sup> Alberto Arribas et. al. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Thomson Reuters: Navarra, 2012, p. 147.

debe tomar en cuenta que los sustitutos perfectos serán únicamente aquellos bienes que satisfagan de igual manera sus preferencias específicas.

Así por ejemplo, en el caso de *Federal Trade Commission v. Staples INC and Office Depot INC* se consideró al mercado relevante únicamente a las grandes tiendas de suplementos de oficina como son Staples y Office Depot, y se excluyó del análisis a otras tiendas que aunque ofrecían suplementos de oficina no eran especializadas en estos productos. La razón para hacer esta distinción se basó en que los consumidores que frecuentan tiendas como Staples y Office Depot acuden a ellas por que encuentran todos los suplementos de oficina que necesitan en un solo lugar y al por mayor, a diferencia de las otras tiendas que a pesar de tener suplementos de oficina no son especializadas en estos productos. Por lo tanto, la Corte concluyó que se trataba de un mercado relevante específico por tener consumidores especializados.

Aunque las preferencias de los consumidores no son un parámetro aparte para la determinación del mercado relevante, si es un criterio que debe tomarse en cuenta al momento de delimitarlo ya que afecta la sustituibilidad de la demanda y por ende termina afectando la delimitación del mercado relevante.

## 1.4 *SSNIP TEST*

El *SSNIP test*, o el examen del monopolista hipotético,

[e]l *test* parte de un bien, por ejemplo, X y un área geográfica, A, que conjuntamente determinan lo que podría denominarse el conjunto de partida. A continuación, se supone que el suministro del bien X dentro del área geográfica A está controlado por un monopolista (el monopolista hipotético) que decide incrementar de forma permanente los precios entre un 5% y 10% y se evalúa si dicho incremento en precios resulta rentable<sup>77</sup>.

Este examen sirve para analizar la sustituibilidad de la demanda, ya que al realizar el ejercicio hipotético de alza de precios, se delimita los productos sustitutos y se determina el mercado relevante. Este examen permite identificar el mercado relevante en el que resultaría económicamente conveniente para una empresa tener un monopolio, pudiendo

---

<sup>77</sup> Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. *Dificultades para la definición del mercado relevante preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino*. <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>. (acceso: 15/01/2015).

así efectivamente aumentar significativamente el precio de sus productos y mantener su demanda.

Lo que se analiza a través de este examen es la reacción de los consumidores frente a un alza hipotética del precio. Es decir,

...it is an iterative procedure which starts looking at the narrowest possible putative market and asks whether a hypothetical monopolist over that putative market could increase its profits by implementing a **S**mall but **S**ignificant **N**on-transitory **I**ncrease in **P**rice (SSNIP) above the competitive level. If the hypothetical monopolist were to be prevented from doing so by a readily available substitute, this substitute is included into the relevant market<sup>78</sup>.

Por ejemplo, si el alza de precio resulta rentable para el operador económico, hay una demanda inelástica, una posible posición de dominio en el mercado y quedan establecidos los productos sustitutos que sirven para satisfacer las necesidades de los consumidores de igual manera que el bien principal.

Si el alza de precio no resulta rentable, los consumidores cambian a otro producto u otra zona, entonces el mercado debe ser definido de manera más amplia y se debe considerar el mercado del bien principal y el mercado del bien con el que los consumidores han decidido sustituirlo. Con estos dos mercados se debe realizar nuevamente el examen, suponiendo que los productores de ambos bienes deciden aumentar el precio, si el alza de precios sigue sin resultar rentable entonces se debe seguir ampliando el mercado, tanto de producto como geográfico. En este caso se entiende que no hay posición de dominio en el mercado y que la demanda es elástica al poder los consumidores reemplazar con facilidad el bien principal. El mercado relevante de producto quedará definido a través del *SSNIP test* una vez que el alza de precios resulte rentable y el operador económico se encuentre actuando en el mercado como un monopolista hipotético.

Para comprender como funciona el *SSNIP test* la Comisión Europea ha utilizado un ejemplo con refrescos,

---

<sup>78</sup> Mark Williams. "Module 1-Unit 3 Market Definition". *Postgraduate Diploma/Masters in Economics for Competition Law. Óp. cit.*, p. 11. ("...es un proceso iterativo que comienza analizando al mercado putativo que sea más estrecho y preguntándose si un monopolista hipotético podría incrementar sus ganancias sobre ese mercado putativo al implementar un Aumento Pequeño pero Significativo No-transitorio en los Precios (SSNIP) por sobre el nivel competitivo. Si un monopolista hipotético no podría realizarlo por la existencia de un sustituto, este sustituto deberá ser incluido en el mercado relevante").

[s]upongamos que todos los productores del sabor A deciden aumentar de 5 a 10 por 100 los precios de su producto. Si un aumento de esta naturaleza es rentable para los productores, ello significará que el sabor A es el mercado de producto relevante. En caso contrario (es decir, en caso de que dicho aumento no sea rentable porque los consumidores decidan comprar el sabor B), el mercado de producto será más amplio. Así, el mercado de producto englobaría, al menos, los sabores A y B y habría que repetir el ejercicio suponiendo esta vez que son los productores de A y B los que decidan aumentar entre un 5 y 10 por 100 los precios del producto y observando si los consumidores migran al sabor C y así sucesivamente<sup>79</sup>.

De esta manera, el examen sirve para estudiar el grado de sustituibilidad al analizar la reacción que se produce en la demanda en el caso en que haya un alza de precios ligero pero significativo en los productos ofertados por el operador económico. El *SSNIP test* proyecta a qué productos los consumidores recurren en el caso en que haya un alza de precios, delimitando a través de su propia conducta el mercado relevante. El mercado relevante queda definido una vez que el alza de precios hipotético resulta rentable para los operadores económicos, tanto desde el aspecto de mercado de producto como el geográfico.

Este examen apareció por primera vez en los *Horizontal Merger Guidelines* creado por la Federal Trade Comisión del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1982 y se estableció que

...the Department will test further and, if necessary, expand the provisional market. The Department will add additional products to the market if a significant percentage of the buyers of products already included would be likely to shift to those other products in response to a small but significant and non-transitory increase in price<sup>80</sup>.

Una vez aplicado en los Estados Unidos, la Comisión de la Unión Europea implementó este examen el 9 de diciembre de 1997 en su Comunicado Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia y estableció que

[l]a cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores

---

<sup>79</sup> Luis Ortiz Blanco et al. *Manual de Derecho de la Competencia. Óp. cit.*, p. 41.

<sup>80</sup> 1982 Merger Guidelines. Sección 2, párr. 3, 47 Fed. Reg. 28, 493, 28, 494, 1982. (“...el Departamento examinará más y, si es necesario, expandirá el mercado provisional. El Departamento añadirá productos adicionales al mercado si es probable que un porcentaje significativo de compradores de los productos incluidos se traslada a los otros productos en respuesta a un pequeño pero significativo y no transitorio aumento en los precios”).



localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5% a 10%) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados<sup>81</sup>.

El *SSNIP test* es únicamente una herramienta metodológica para realizar un ejercicio hipotético de alza de precios y a predecir cómo reaccionaría el mercado si el operador económico investigado empieza a comportarse como un monopolista, es decir abusando de su posición de dominio.

El *SSNIP test* sirve para determinar el mercado relevante al estimar cuál es la reacción del mercado frente a una conducta de monopolista, esto ayuda a establecer si es que existen productos sustitutos a los que los consumidores tienen acceso y pueden recurrir. El examen del monopolista hipotético asegura que la determinación del mercado relevante no será restringida, sino que apunta a reflejar la verdadera reacción del mercado para evitar que haya distorsiones en la determinación del mercado relevante, es decir que no exista un mercado muy estrecho ni tampoco muy amplio. El *SSNIP test* ofrece un mecanismo para determinar el mercado relevante que tiene un sustento económico y ofrece resultados objetivos al constar en las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia, “[t]he 1982 Merger Guidelines provide a conceptual framework for horizontal merger analysis that is largely consistent with the perspectives of theoretical economics”<sup>82</sup>.

El *SSNIP test* es un método que permite establecer con exactitud cuáles son los productos sustitutos a los que se les deberá tomar en cuenta para el mercado relevante ya que son los productos a los que los consumidores acudirán en reacción al ejercicio de un supuesto poder monopólico por parte del operador económico principal. Al próximo y mejor sustituto se lo ha definido como “...the product, which is available in unlimited quantities at constant price, would account for the greatest value of diversion of demand in response to the SSNIP price increase”<sup>83</sup>, es el producto que reemplazará al producto principal en cuanto a la satisfacción de las necesidades de los consumidores.

---

<sup>81</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia 97/C 372/03*. *Óp. cit.*, punto 17.

<sup>82</sup> Janusz A. Ordover y Robert D. Willig. “The 1982 Department of Justice *Merger Guidelines*: An Economic Assessment”. *Óp. cit.*, p. 539. (“[l]as *Guidelines* de 1982 proveen un marco conceptual para las concentraciones horizontales que son muy consistentes con la perspectiva de la teoría económica”).

<sup>83</sup> Malcolm B. Coate y Jeffrey H. Fischer. “A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition”. *Journal of Competition Law & Economics*, abril 2008, p. 1036. (“...el producto, que es

Es así, que a pesar de la existencia de otros métodos para delimitar el mercado relevante, el *SSNIP test* es reconocido como el principal examen econométrico disponible para determinar el mercado relevante ya que facilita el establecimiento de los verdaderos sustitutos en el mercado. Es así que en Brasil “[t]he SDE/SEAE Merger Guidelines recognize the SSNIP test as the main econometric test to define the relevant market”<sup>84</sup>, demostrando la importancia de este método para definir el mercado relevante en el derecho de la competencia en otros países.

---

disponible en cantidades ilimitadas a un precio constante, causaría una desviación en la demanda en respuesta al incremento SSNIP en los precios”).

<sup>84</sup> Marco Botta. “The Definition of the Relevant Market and the Degree of Market Concentration in the Emerging Economies: Case Study on Brazil and Argentina”. *World Competition*, 2010, p. 669. (“[e]l SDE/SEAE Merger Guidelines reconocen al SSNIP test como el principal examen econométrico para definir al mercado relevante”).

## **CAPITULO 2- ANÁLISIS CRÍTICO DEL *SSNIP TEST* Y SU IMPLEMENTACIÓN**

Una vez definido el *SSNIP test*, es esencial relacionar la importancia de determinar el mercado relevante con su aplicación, es decir es preciso efectuar un análisis más profundo sobre el *SSNIP test* para comprobar su eficiencia. Consecuentemente, debe iniciarse comprendiendo el trasfondo en el cual se desarrolló el *SSNIP test* para poder a continuación presentar las ventajas y desventajas teóricas de la aplicación de este mecanismo para determinar eficientemente el mercado relevante. Considerando que se empezó a utilizar el *SSNIP test* por primera vez en los Estados Unidos y en Europa en los años 80 y 90, es necesario estudiar el efecto que las normas del derecho de la competencia tienen sobre la apreciación del *SSNIP test*, es decir se estudiará cómo las legislaciones de estas dos jurisdicciones se han encargado de regular los abusos de posición dominante y las concentraciones jurídico-económicas que consideran contrarias al derecho de la competencia. Esto con la finalidad de decidir si es que el análisis sobre los casos de abuso de posición de dominio o de concentraciones jurídico-económicas influencia en la consideración del *SSNIP test* como un mecanismo eficiente para la determinación del mercado relevante. Realizado el análisis normativo, debe estudiarse los efectos prácticos que ha tenido la aplicación del *SSNIP test* en casos ya decididos tanto en los Estados Unidos como en Europa con el propósito de decidir si en realidad su implementación resalta sus ventajas o desventajas.

### **2.1 INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL *SSNIP TEST* Y LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE**

La determinación del mercado relevante es el factor que va a guiar la resolución de la autoridad competente sobre la existencia de una conducta que se encuentra vulnerando al mercado, y consecuentemente a la competencia. El término mercado tiene una connotación económica, sin embargo este es distinto al utilizado en términos de defensa del derecho de la competencia, así se ha establecido que “[a] market for *antitrust purposes* is any product or group of products and any geographic area in which collective action by all firms (as through collusion or merger) would result in a profit maximizing price that

significantly exceeded the competitive price”<sup>85</sup>. De esta manera, se enfatiza que para el derecho de la competencia la determinación del mercado es importante porque permite establecer si es que los operadores económicos se encuentran manipulando los precios de tal forma en que exista un beneficio sólo para ellos, vulnerando el libre desenvolvimiento del mercado y a los consumidores. Así, la importancia de la determinación del mercado relevante para el derecho de la competencia recae en que

[t]he standard method of proving market power in antitrust cases involves first defining a relevant market in which to compute the defendant’s market share, next computing that share, and then deciding whether it is large enough to support an inference of the required degree of market power<sup>86</sup>,

por lo que se demuestra que para empezar con el análisis es fundamental primero determinar el mercado relevante para poder continuar a establecer si el operador económico ostenta suficiente poder de mercado.

Consecuentemente, queda claro que para concluir si es que un operador económico ostenta suficiente poder de mercado, la autoridad competente depende de la determinación del mercado relevante. Las autoridades competentes, al momento de analizar la conducta de los operadores económicos involucrados, se vuelven “...key players in antitrust policy...”<sup>87</sup>, ya que concluyen si la estructura de un mercado determinado o la conducta de empresas atentan con la libre competencia, y tienen la facultad de establecer precedentes.

La determinación del mercado relevante es un proceso delicado ya que se debe analizar la posible sustitución de unos productos con otros, considerando varios factores para concluir si es que lo son y si se los debe considerar como parte del mismo mercado que está siendo afectado o podría verse afectado por la conducta de los operadores

---

<sup>85</sup> Patrick Massey. “Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues”. *The Economic and Social Review Vol. 31, No. .4*, octubre 2000, p. 318. (“[u]n mercado para propósitos de competencia es cualquier producto o grupo de productos y un área geográfica en la que acción colectiva por todas las empresas (a través de colusión o fusión) resultará en precios que optimicen ganancias que excedan los precios competitivos significativamente).

<sup>86</sup> William M. Landes y Richard A. Posner. “Market Power in Antitrust Cases”. *Havard Law Review*, marzo 1981, p. 938. (“[e]l método estándar para probar poder de mercado en casos de competencia involucra primero definir el mercado relevante en el cual se debe computar la cuota de participación de los implicados, después computar esa cuota de participación, y luego decidir si es lo suficientemente grande como para soportar una inferencia del poder de mercado requerido”).

<sup>87</sup> Phillip Areeda. “Antitrust Policy in the 1980’s”. *The American Economic Policy in the 1980s University of Chicago Press*, enero 1994, p. 574. (“... [j]ugadores clave en las políticas de competencia”).

económicos. El problema radica en cómo se establece la relación entre los productos, por lo que el mecanismo utilizado para delinear el mercado relevante cobra gran importancia ya que a través de este se sustenta qué productos deben considerarse como sustitutos del bien principal.

El mecanismo utilizado para delimitar el mercado relevante es importante porque es la herramienta que define qué productos ostentan el grado de sustituibilidad necesario para que entren a formar parte del análisis de mercado. Esta herramienta juega un papel fundamental al momento de la decisión de la autoridad ya que al delinear el mercado relevante está definiendo el campo en el que se le juzgará al operador económico en cuestión. Si es que el mercado relevante no está delimitado adecuadamente pueden surgir afectaciones al mercado de la decisión de la autoridad, convirtiéndose en contraproducente su objetivo de proteger al mercado y en última instancia a los consumidores. El resultado puede llegar a afectar al mercado a tal grado que la autoridad competente que tenga la facultad de revisar la decisión puede decidir anularla por la inseguridad jurídica que esta genere; Bellamy y Child enfatizaron que “...una Decisión puede ser anulada si el análisis (la definición de mercado relevante) es incorrecto”<sup>88</sup>.

El *SSNIP test* es uno de los mecanismos utilizados para la determinación del mercado relevante, por lo que su aplicación tiene gran importancia al momento de analizar la conducta de operadores económicos, ya que será la base para que las autoridades determinen si es que los operadores económicos tienen poder de mercado. A través del *SSNIP test*, lo que se busca es establecer todos los competidores que se ven influenciados por la conducta del operador económico principal, es decir identificar efectivamente a todos los verdaderos participantes del mercado. Por lo tanto, se logra constituir un mercado específico con los productos principales y sustitutos mediante el cual se analiza si es que existe poder de mercado que tenga efectos nocivos en el mercado.

El *SSNIP test* sirve para determinar los productos que los consumidores consideran como sustitutos del bien principal, por lo que se trata de un ejercicio de simulación mediante el cual se elevan los precios por encima del nivel competitivo, alrededor de un

---

<sup>88</sup> Fernando Diez Estrella. Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EE.UU. [http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).

5%, hasta que el alza de precios resulte rentable para el operador económico. Cuando el alza de precios resulta rentable para el operador económico, queda constituido el mercado relevante. Si es que el alza de precios no le resulta rentable, se debe estudiar a qué otros productos los consumidores han recurrido para satisfacer sus necesidades. Estos otros productos deben entrar a formar parte del mercado relevante ya que para los consumidores se trata de sustitutos perfectos al bien principal.

Parecería que el ejercicio mediante el cual se desarrolla el *SSNIP test* es sencillo y arroja resultados sobre el mercado relevante fácilmente. No obstante, como se mencionó, la determinación del mercado relevante es la piedra angular en las decisiones que se toman sobre la conducta de los operadores económicos en el mercado, por lo que la aplicación del *SSNIP test* es extremadamente sensible, y las decisiones en las cuales se lo ha aplicado de igual manera han sido objeto de crítica. A continuación, un análisis sobre cuál fue el contexto de su desarrollo, los beneficios que arroja su implementación y los eventuales errores que también pueden darse de su aplicación.

### **2.1.1 CONTEXTO HISTÓRICO EN EL QUE NACIÓ EL *SSNIP TEST***

El *SSNIP test* fue creado bajo condiciones de mercado en los Estados Unidos en donde cualquier conducta sospechosa que podría llegar a restringir la competencia se la consideraba automáticamente como prohibida. Como este examen apareció por primera vez en Estados Unidos dentro de los *Horizontal Merger Guidelines*, se debe considerar el contexto bajo el cual fueron formuladas estas directrices en el año de 1982.

A la época, el mercado estadounidense se encontraba regulado por normas que eran consideradas “...excessively restrictive merger laws...”<sup>89</sup>, dado que existía la tendencia a pensar que toda concentración horizontal únicamente podría afectar al mercado, mientras que se analizaba con menos rigor los efectos que las concentraciones verticales tenían dentro de los mercados. Esto se debía a que la economía estadounidense, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se encontraba “...unchallenged by rivals. Western Europe and Japan were rebuilding from wartime devastation. Eastern Europe and the Soviet Union faced not only the rebuilding problem but also the overwhelming

---

<sup>89</sup> William Baxter. “Antitrust Policy”. *The American Economic Policy in the 1980s* University of Chicago Press, enero 1994, p. 610. (“... normas excesivamente restrictiva en cuanto a fusiones”).

handicap of command-and-control modes of economic organization”<sup>90</sup>, por lo tanto Estados Unidos buscó proteger su estatus privilegiado en la economía mundial a la época, con políticas que regulaban excesivamente el mercado.

El pensamiento hasta antes de 1980 se encontraba generalizado por creer que el permitir que grupos económicos fuertes sigan adquiriendo más poder dentro de los mercados estadounidenses, a través de concentraciones horizontales, únicamente perjudicaba a la economía. Se creía que se coartaba las posibilidades de competir a los grupos económicos más pequeños, que en realidad no eran tan poderosos. De esta manera, se describe que el panorama a la época consistía en pensar que

[l]a inminente concentración de toda la propiedad en unas pocas corporaciones gigantes y la desaparición concomitante de las pequeñas empresas son el demonio clásico del antimonopolio, [...] [e]sta concentración de la economía viene siendo profetizada libremente por lo menos desde los debates sobre la Ley Sherman de 1890, siempre sobre la base de abrumadoras tendencias actuales, y nunca se materializa<sup>91</sup>.

Resulta así, que el derecho de la competencia en Estados Unidos se desarrolla asumiendo que siempre van a existir consecuencias anticompetitivas tras la posible amenaza de la consagración de monopolios.

A pesar de esta tendencia, que predominó por un tiempo en los Estados Unidos, en realidad no existía información objetiva que demuestre la existencia de afectaciones al mercado siempre que se autorice una concentración horizontal. William F. Baxter, una figura importante para el desarrollo del derecho de la competencia en los Estados Unidos, mencionó sobre las concentraciones horizontales que “[i]f this line of merger cases was imposing substantial inefficiency on the U.S. economy, and I believe that it was and continued to do so well into the 1980’s, there was not, [...], any standard that would furnish objective support for that proposition”<sup>92</sup>. Consecuentemente, no existía sustento

---

<sup>90</sup> *Id.*, p. 609. (“... no se encontraba desafiada por rivales. Europa del Oeste y Japón se encontraban reconstruyéndose por la devastación de la guerra. Europa del Este y la Unión Soviética se enfrentaban no sólo al problema de la reconstrucción pero también a la abrumadora discapacidad que implica la modalidad del mando y control frente a la organización económica”).

<sup>91</sup> Robert Bork. *The Antitrust Paradox*. Nueva York: Basic Books, 1978, p. 202 citado en Edwin S. Rockefeller. *La Religión del Antimonopolio*. [http://www.elcato.org/pdf\\_files/antitrust.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/antitrust.pdf) (acceso: 10/12/2014).

<sup>92</sup> William Baxter. “Antitrust Policy”. *The American Economic Policy in the 1980s* University of Chicago Press. *Óp. cit.*, p. 609. (“[s]i la tendencia de casos en materia de fusiones se encontraba imponiendo ineficiencias substanciales en la economía de los Estados Unidos, y yo creo que lo estaba haciendo y

para probar fehacientemente que, como tendencia, las concentraciones horizontales perjudicaban sustancialmente el mercado.

Al no existir cómo probar con seguridad que toda concentración horizontal pueda perjudicar al mercado, y por ende a la libre competencia, empezó a generarse duda sobre los verdaderos efectos de las concentraciones en los mercados y las decisiones de las autoridades. Existió mucha disparidad en las decisiones tomadas en la época por la falta de lineamientos claros. Específicamente, la crítica que se realizó a la tendencia de esa época fue que se estaba viviendo una situación de gran “...inseguridad jurídica y falta de certeza económica en cuanto a la falta de existencia de un test preciso para determinar cuál deba ser un grado suficiente de intercambiabilidad entre los productos”<sup>93</sup>. Por lo tanto, no existía un método para efectivamente definir el mercado relevante, ni tampoco había las herramientas necesarias para establecer los niveles de concentración que se requieren para concluir que un operador económico posee poder de mercado.

Uno de los principales problemas en la época era determinar cuánto poder de mercado era necesario para considerar que era peligroso para el mercado. Así, a manera de ejemplo, se estableció en la sentencia de *United States v. Aluminum Co. of America* que más del noventa por ciento “...is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three percent is not”<sup>94</sup>, por lo que no existía un parámetro claro mediante el cual se podría considerar que existía un abuso en el mercado. Era evidente que quien tenía una alta participación del mercado tiene poder suficiente como para abusar del mercado, sin embargo el problema surgía con los partícipes que no tenían cuotas tan evidentes. La falta de seguridad jurídica se da en que se juzgó por el tamaño de la cuota, aun sin tener parámetros claros, y no necesariamente por los verdaderos efectos que se daban en el mercado. Por lo tanto, para

---

continuo sucediendo hasta 1980, no hubo, [...] ningún estándar que proporcione soporte objeto para esa proposición”).

<sup>93</sup> Fernando Diez Estrella. Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU. [http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).

<sup>94</sup> Corte de Circuito de Apelación, Segundo Circuito. *United States v. Aluminum Co. of America*. Sentencia del 12 de marzo de 1945. 148 F. 2d 416, sección I. (...es suficiente para constituir un monopolio; es dudoso si sesenta o sesenta y cuatro por ciento sería suficiente; y ciertamente treinta y tres por ciento no lo es”).



poder efectivamente determinar si es que existe un daño al mercado se requiere una adecuada delimitación del mercado relevante, y a partir de esta delimitación, poder realmente analizar si un operador económico ostenta poder de mercado y si lo tiene, se debe analizar el grado para que pueda considerarse como peligroso o no.

Bajo este contexto, se desarrollan las *Horizontal Merger Guidelines* de 1982, alterando las de 1968. Baxter, uno de los redactores de las *Merger Guidelines*, estableció que una de las principales finalidades de estas directrices fue suavizar el tratamiento que se les estaba dando a las concentraciones ya que dijo “I was convinced that a little bit of efficiency outweighs a whole lot of market power”<sup>95</sup>. Así, a partir de estas directrices se plantea que para determinar el mercado relevante se puede realizar un ejercicio hipotético mediante el cual se analice la conducta de los consumidores frente a un pequeño incremento en los precios de los productos de manera significativa pero no transitoria, determinando así los bienes que se podrán considerar como sustitutos. Con los lineamientos expuestos en los *Merger Guidelines* de 1982, se buscó que el análisis de la afectación del mercado no se base en suposiciones sino en consideraciones exactas sobre el mercado, proponiendo que las eficiencias que causa la concentración horizontal pueden ser efectivamente más beneficiosas para el mercado que las posibles y eventuales afectaciones al mercado.

A esto se le debe añadir la situación política de Estados Unidos en los años 80, acababa de ser electo presidente Ronald Reagan, quien ofreció políticas económicas mediante las que se buscaba restringir el intervencionismo estatal. Así el cambio de política en el manejo de los casos de competencia también fue afectado por las políticas ofrecidas por Reagan, se enfatizó en la necesidad de que los casos tengan un sustento no sólo legal sino también económico. De esta manera, las *Merger Guidelines* de 1982 “...represent a new positivism; a reduction of legal principles to a simple, unitary, quasi-scientific, outcome-oriented economic model that, in a generalized sense, has been offered as the model for solving all antitrust problems”<sup>96</sup>, estableciendo nuevos lineamientos para

---

<sup>95</sup> William Baxter. “Antitrust Policy”. *The American Economic Policy in the 1980s* University of Chicago Press. *Óp. cit.*, p. 610. (“Yo estaba convencido que un poco de eficiencias pesa más que la posición de dominio”).

<sup>96</sup> Eleanor M. Fox. “The 1982 Merger Guidelines: When Economists are Kings?”. *California Law Review* Volume 71 Issue 2, marzo 1983, p. 283. (“...representan un positivismo nuevo; una reducción de

resolver casos de competencia mediante los que empieza a predominar la búsqueda de posibles eficiencias a través de la conducta de los operadores económicos y deja de prevalecer el intervencionismo estatal al que las anteriores *Merger Guidelines* y demás directrices estaban sujetas. De esta manera, se empieza a considerar que no todas las concentraciones necesariamente traen implicaciones negativas al mercado y el Departamento de Justicia “...seeks to avoid unnecessary interference with that larger universe of mergers that are either competitively beneficial or neutral”<sup>97</sup>.

Las *Merger Guidelines* de 1982, desarrolladas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, tienen como fin establecer lineamientos para ofrecer seguridad y certeza sobre cuándo y cómo se va a investigar los casos de concentraciones horizontales. Se estableció que el Departamento de Justicia espera “...to reduce the uncertainty associated with enforcement of the antitrust laws in this area”<sup>98</sup>, a través de los lineamientos plasmados en estas directrices. Al paso de los años estas directrices han sido aplaudidas como criticadas, por lo que no existe consenso sobre si la forma para determinar el mercado relevante prevista en las *Merger Guidelines* en realidad es un examen que arroja resultados óptimos que ayuden al momento de la decisión del caso. Las mismas *Merger Guidelines*, en su propósito, han establecido que buscan que haya predictibilidad en las decisiones de las autoridades pero que resulta imposible eliminar “...the exercise of judgement from the evaluation of mergers under antitrust law”<sup>99</sup>, advirtiendo que es imposible eliminar cierto grado de subjetividad al momento del análisis.

Por lo tanto, a continuación la crítica positiva y negativa al *SSNIP test* propuesto por los *Merger Guidelines* y posteriormente un análisis sobre su aplicación en Estados Unidos y Europa como método para establecer el mercado relevante.

---

principios legales a un modelo económico simple, unitario, quasi-científico, orientado a resultados, que de manera generalizada ha sido ofrecido como el modelo para resolver todos los casos de competencia”).

<sup>97</sup> United States Department of Justice y Federal Trade Commission. *1982 Merger Guidelines*. Sección 1, párr. 4, 47 Fed. Reg. 28, 493, 28, 494, 1982. (“...busca evitar interferencia negativa con el gran universo de fusiones que son o competitivamente beneficiosas o neutrales”).

<sup>98</sup> *Id.*, sección 1, párr. 1. (“...reducir la incertidumbre asociada con la aplicación de las normas de competencia en esta área”).

<sup>99</sup> *Id.*, sección 1, párr. 2. (“...el ejercicio de juzgamiento de la evaluación de las fusiones en las normas de competencia”).

### **2.1.2 EL SSNIP TEST COMO UN MECANISMO EFICIENTE PARA DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE**

El análisis de la conducta de los operadores económicos depende del mercado relevante que se establezca para estos efectos ya que, “[w]ithout properly defining the market, any judgement of competitive effects will be flawed”<sup>100</sup>. La crítica que han recibido muchos de los casos de competencia se ha basado en que las autoridades pertinentes no han sabido definir el mercado relevante apropiadamente, lo que ha causado que la decisión final sobre la existencia de poder de mercado no tenga una base sólida de fundamento. Por lo tanto, se empezó a cuestionar la manera en que se estaba determinando el mercado relevante, ya que en la práctica, las decisiones de las autoridades no estaban cumpliendo su propósito, proteger el libre desenvolvimiento de los mercados. Así, el *SSNIP test* surge como el mecanismo que fundamenta la determinación del mercado relevante, no dejando al arbitrio de las autoridades su determinación.

Los problemas de la determinación del mercado relevante surgieron antes de 1982 e influenciaron con “...the inherent difficulty of measuring market power...”<sup>101</sup>, lo que ocasionó que en más de una ocasión se llegue a una conclusión equivocada sobre las posibles afectaciones del mercado. Una vez publicadas las *Merger Guidelines* la definición de mercado relevante empezó a adoptar más coherencia y consistencia, lo que permitió que las decisiones tengan fundamento. De esta manera, las *Merger Guidelines*, al establecer un mecanismo para determinar el mercado relevante a través del *SSNIP test*, prepara el campo en el que se mide el poder de mercado que un operador económico tiene al evaluar el grado de sustituibilidad existente entre los productos.

La importancia de las *Merger Guidelines* radica en que tienen un objetivo claro, están “...designed to ensure that, whenever the Department challenges a merger, the firms in the affected market could exercise market power if they were able to coordinate their

---

<sup>100</sup> Geoffrey A. Manne y William Rinehart. “The Market Realities that Undermined the FTC’s Antitrust Case Against Google”. *Harvard Journal of Law & Technology*, julio 2013, p. 7. (“...[s]in definir apropiadamente el mercado, cualquier decisión con efectos en competencia será erróneo”).

<sup>101</sup> Robert Pitofsky. “New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”. *Columbia Law Review*, noviembre 1990, p. 1810. (“...la inherente dificultad de medir el poder de mercado...”).

actions”<sup>102</sup>. Por lo tanto, los lineamientos del *SSNIP test* establecen parámetros con fundamentos económicos para determinar el verdadero mercado relevante y así, poder medir el grado de poder de mercado de los involucrados, y cumplir con los objetivos de las *Merger Guidelines* de sólo investigar aquellas concentraciones en donde esté de por medio un poder de mercado que ponga en peligro dicho mercado. El Departamento de Justicia de Estados Unidos con las *Merger Guidelines* de 1982 empezó a investigar con cabalidad únicamente las conductas de los operadores económicos que por su actual posición en el mercado podrían coordinar sus actuaciones y perjudicar al mercado, haciendo un trabajo más práctico.

Para las *Merger Guidelines* es fundamental encontrar si un operador económico tiene poder de mercado ya que este significa “[the] ability of one or more firms profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time...”<sup>103</sup> implicando la existencia de “...transfer of wealth from buyers to sellers and a misallocation of resources”<sup>104</sup>. Sin embargo, es importante destacar el hecho de que se debe distinguir entre ostentar poder de mercado y el grado de poder de mercado que un operador económico debe poseer para afectar el mercado, “[w]hen the deviation of price from marginal cost is trivial, or simply reflects certain fixed costs, there is no occasion for antitrust concern, even though the firm has market power in our sense of the term”<sup>105</sup>. De esta manera es crucial establecer si es que los operadores económicos ostentan un grado de poder en el mercado mediante el que signifique que sus conductas deben obligatoriamente ser condenadas. El grado de poder de mercado es lo que lleva a las autoridades a establecer si es que los operadores económicos se encuentran vulnerando la libre competencia o no.

---

<sup>102</sup> United States Department of Justice y Federal Trade Commission. *1982 Merger Guidelines*. *Óp. cit.*, sección 2, párr. 1. (“...diseñadas para asegurar que, cuando el Departamento analice una fusión, los operadores económicos en el mercado afectado puedan ejercer poder de mercado sí podrían coordinar sus acciones”).

<sup>103</sup> *Id.*, sección 1, párr. 3. (“[la] habilidad de uno o más operadores económicos de rentablemente mantener los precios por sobre los niveles competitivos por un período de tiempo...”).

<sup>104</sup> *Ibíd.* (“...transferencia de riqueza de compradores a vendedores y una errónea asignación de recursos”).

<sup>105</sup> William M. Landes y Richard A. Posner. “Market Power in Antitrust Cases”. *Harvard Law Review*. *Óp. cit.*, p. 939. (“...[c]uando la desviación de precio en el costo marginal resulta trivial, o simplemente refleja ciertos costos fijos, no es necesario un análisis de competencia, aunque el operador económico tenga poder de mercado”).

Sin embargo, llegar a esta conclusión es imposible sin una adecuada determinación del mercado relevante.

Queda claro que no se condena a todos los operadores económicos que ostentan poder de mercado y que empiezan a realizar conductas que parecerían contrarias al mercado, como las concentraciones, sino sólo a aquellas que efectivamente puedan perjudicar al mercado. Así se establece que, “[a]n illegal attempt to monopolize occurs, according to the majority view, only when there is a dangerous probability that the defendant will succeed in obtaining a monopoly”<sup>106</sup>, evitando perseguir toda conducta que parecería atentar con el mercado y sólo enfocarse en aquellas que tienen una alta probabilidad en ciertamente afectar el mercado. La determinación del grado de poder de mercado empieza siendo el factor fundamental para iniciar un análisis y esto se ve corroborado por las *Merger Guidelines*. Por lo tanto, para medir el grado de poder de mercado que un operador económico debe tener para llegar a considerarlo como una amenaza a la libre competencia es necesario establecer la verdadera afectación que el mercado en cuestión sufre.

La manera para poder establecer si es que la conducta de los operadores económicos afecta al mercado, y en qué grado, es necesario empezar precisando lo que se considera por mercado relevante. Una vez determinado lo que se considera por mercado relevante las autoridades pueden pasar a analizar si es que en este segmento los operadores económicos “...could exercise market power by profitably elevating price if they were to coordinate their decisions in a cartellike manner”<sup>107</sup>. Es fundamental la determinación del mercado relevante para poder luego pasar a analizar el grado de poder de mercado. La importancia de las *Merger Guidelines* de 1982 se encuentra en que proponen un examen para la determinación del mercado relevante mediante el cual se ofrece objetividad,

---

<sup>106</sup> Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop. “Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law”. *Georgetown Law Journal Association*. *Óp. cit.*, p. 2. (“[u]n intento ilegal de monopolizar ocurre, de acuerdo a la mayoría, sólo cuando hay una probabilidad peligrosa de que el acusado satisfactoriamente obtenga un monopolio”).

<sup>107</sup> Janusz A. Ordover y Robert D. Willig. “The 1982 Department of Justice *Merger Guidelines*: An Economic Assessment”. *California Law Review Volume 71 Issue 2*. *Óp. cit.*, p. 538. (“...podrían ejercer poder de mercado al elevar los precios de manera rentable si fueran a coordinar sus decisiones actuado como carteles”).

determinando el mercado relevante de manera que no resulte ni muy amplio ni muy restringido a través de la aplicación del *SSNIP test*.

El propósito del *SSNIP test*, es que los lineamientos que determinan el mercado relevante se establezcan empíricamente, por lo tanto “[t]he Guidelines stipulate that a provisional market is too narrow if a nontransitory 5% increase in the prices of products inside the market would significantly divert customer demand within one year to products outside the market”<sup>108</sup>. De esta manera, el *SSNIP test* permite pronosticar la reacción de los consumidores en el mercado frente a una eventual alza de precios por parte de los operadores económicos. La forma en que los consumidores reaccionen a este incremento de precio es el factor que establecerá si el mercado debe ampliarse o no de conformidad con el *SSNIP test*. El propósito es que se determine el mercado relevante una vez que el alza de precio resulte rentable para los operadores económicos. Cuando resulta rentable el alza de precios, se ha delimitado el mercado que podría ser afectado frente a un posible abuso de poder de mercado.

El *SSNIP test* por lo tanto se vuelve un análisis que arroja resultados reales sobre la reacción que se tiene en el mercado y resulta un mecanismo efectivo ya que “...qualitative instruments bring higher value to process the competitive assessment”<sup>109</sup>. El grado de sustituibilidad de los productos no puede medirse a través de que los productos parezcan ser similares, sino a través de una valoración objetiva que establezca que los productos pueden satisfacer las necesidades de los consumidores de la misma manera. El *SSNIP test* sirve como parámetro objetivo ya que “...the *SSNIP test* is applied through the experiment in a qualitative manner using all relevant evidence and developed assumptions through an investigation”<sup>110</sup>. Lo más importante de este examen es que permite delimitar exactamente el mercado que podría verse afectado por los operadores económicos, por lo tanto lo que

---

<sup>108</sup> *Id.*, p. 538. (“...[l]as Guidelines estipulan que un mercado provisional es demasiado restringido si un aumento no transitorio del 5% del precio de los productos dentro del mercado desvía la demanda de los consumidores dentro de un año hacia productos fuera del mercado”).

<sup>109</sup> Aleksandra Belousova. *Relevant Market: the application to the E-commerce area in the EU*. [http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final\\_thesis\\_Relevant\\_Market\\_the\\_application\\_to\\_the\\_E-commerce\\_area\\_in\\_the\\_EU\\_.pdf](http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final_thesis_Relevant_Market_the_application_to_the_E-commerce_area_in_the_EU_.pdf). (acceso: 25/10/13). (“...instrumentos cualitativos traen más valor al proceso de evaluación de competencia”).

<sup>110</sup> *Ibid.* (“...el *SSNIP test* se aplica a través de un experimento en una manera cualitativa utilizando evidencia relevante y asunciones desarrolladas a través de investigaciones.”).

hace es efectivamente velar por los intereses de los consumidores ya que lo que hace es analizar su conducta dentro del mercado.

Para empezar, el *SSNIP test* supone un incremento del 5% en el precio de los productos, y con este incremento se analiza cuántos consumidores estuvieran dispuestos a transferir su demanda hacia otros productos. Consecuentemente, lo que hace el *SSNIP test* es estudiar el grado de elasticidad de la demanda de los consumidores para establecer el mercado dentro del que se debe realizar el análisis de poder de mercado. Es importante rescatar el cambio que se da en la determinación del mercado ya que “[t]he old impermeable magic circle of market definition can now be pierced, and the market definition process no longer ignores the fact that behavior of sellers within a magic circle may be constrained by rivals outside”<sup>111</sup>. De esta manera, la determinación del mercado relevante no se la hace únicamente con base en los operadores involucrados, sino a todos los partícipes del mercado que se vean afectados por un posible incremento en los precios de sus productos. A través de la implementación del *SSNIP test* en las *Merger Guidelines*, la reacción que los participantes tienen dentro del segmento que se está analizando es lo que termina por definir lo que se considera por mercado, por lo que se trata de una determinación de mercado que se ajusta más a la realidad económica del mercado.

Es así, que se considera al *SSNIP test* como un mecanismo eficiente para determinar el mercado ya que se enfoca en determinar un mercado que resulte real, analiza la posibilidad de que un operador económico abuse de su posición sólo dentro del segmento de mercado en el que efectivamente podría hacerlo. El análisis de concentración de poder de mercado únicamente puede arrojar resultados reales cuando se lo realiza dentro de un mercado en el que los operadores económicos pueden influenciar. De esta manera, el *SSNIP test* de las *Merger Guidelines* de 1982 es un examen que tiene sustento económico, lo que hace que sus resultados se ajusten a la realidad del mercado. A manera de ejemplo, en un mercado de productos recubiertos de chocolate para establecer el mercado relevante con el *SSNIP test* se establece lo siguiente,

---

<sup>111</sup> Eleanor M. Fox. “The 1982 *Merger Guidelines*: When Economists are Kings?”. *California Law Review Volume 71 Issue 2. Óp. cit.*, p. 286. (“[e]l viejo impermeable círculo de definición de mercado puede ser penetrado ahora, y el proceso de definición de mercado ya no ignora el hecho de que la conducta de los vendedores dentro del mágico círculo puede ser constreñido por los rivales de afuera”).

[c]andy would be too broad to serve as a relevant market if producers of a subset of types of candy could, by agreement, profitably elevate prices. Chocolate-covered edibles would be too narrow to serve as a relevant market if a hypothetical cartel would lose too many sales to other candies to make a 5% price increase profitable. Chocolate candy would be a relevant market if all chocolate candy producers could profitably elevate prices by agreement, but could not do so without the participation of all subgroups, such as sellers of chocolate-covered nuts and fruits<sup>112</sup>.

De esta manera, el *SSNIP test* se enfoca en analizar la situación en donde podría ser rentable para un operador económico alzar sus precios y efectivamente afectar el mercado. Por lo que al llegar a esta conclusión, el *SSNIP test* verdaderamente delimita el mercado en el que los involucrados podrían efectivamente incidir.

El *SSNIP test* se ha convertido en una herramienta útil al momento de definir el mercado relevante ya que no se trata de lineamientos estrictos bajo los que se considera que toda conducta que involucre una concentración horizontal necesariamente se encuentra afectando el mercado. El *SSNIP test* otorga un margen para analizar si es que el posible incremento en los precios en realidad causará una disminución en la elasticidad de la demanda, por lo tanto se ofrece la posibilidad de que el operador económico incremente los precios de sus productos en un 5%, y mediante este cambio en el precio de los productos se analiza la reacción de los consumidores.

El cambio positivo que se da a través de la aplicación de este examen es que se define el mercado de manera suficientemente amplia como para que pueda resultar rentable para un operador económico aumentar sus precios un 5%. Por lo tanto, la pregunta que las autoridades realmente deban hacerse es si con este aumento de precio el operador involucrado sigue manteniendo la demanda o si esta se desvía hacía otros productos. Por lo tanto, resulta beneficioso para el análisis que se hace del mercado que “...the Guidelines standardize market definition as the first step in merger analysis so that the subsequent

---

<sup>112</sup> Janusz A. Ordovery y Robert D. Willig. “The 1982 Department of Justice *Merger Guidelines*: An Economic Assessment”. *California Law Review Volume 71 Issue 2. Óp. cit.*, p. 539. (“...[c]aramelos sería muy amplio para servir como mercado relevante si los productores de subgrupos de caramelos podrían ponerse de acuerdo y rentablemente elevar sus precios. Comestibles recubiertos de chocolate sería muy restringido como mercado relevante si un cartel hipotético perdería muchas ventas a otros caramelos para hacer que un incremento del 5% en el precio sea rentable. Caramelos de chocolate sería un mercado relevante si todos los productores de caramelos de chocolate podrían ponerse de acuerdo y elevar sus precios, pero no podrían hacerlo sin la participación de todos sus subgrupos como los vendedores de nueces y frutas recubiertas de chocolate”).



steps can focus on effects that occur within the market”<sup>113</sup>. Así, únicamente se podrá medir el grado de poder de mercado que los involucrados pueden llegar a tener en el mercado que podría verse afectado por un aumento de precios.

Anteriormente, las autoridades se enfocaron en realizar el análisis de la afectación al mercado dependiendo básicamente en las cuotas de mercado que los operadores económicos ostentaban sin realizar un examen objetivo mediante el cual se pueda previamente definir el mercado relevante. Así, era fácil incurrir en errores para la determinación del mercado, y las definiciones de mercado no se atenían a la realidad de las reacciones de los consumidores por lo que terminaban ocurriendo situaciones como por ejemplo,

[i]f the market were defined broadly- that is, if distant as well as close substitutes for firm *i*'s product were included in the market- *i*'s market share would tend to be small, but the market elasticity of demand would also tend to be low; so many substitutes would be included in the market that consumers would have difficulty substituting away from the market if market price rose<sup>114</sup>.

Esto evidentemente no determina el verdadero mercado en juego ya que se establece un mercado que no responde a las necesidades de los consumidores. Un mercado definido de manera muy amplia generalmente beneficia a los operadores económicos ya que reduce sus cuotas de participación, sin embargo definir el mercado de manera amplia no necesariamente afecta al mercado si es que la determinación efectivamente responde a la realidad del mercado. Un mercado definido de manera muy amplia o muy restringido puede ser perjudicial si no se considera la conducta de los consumidores, ya que son ellos quienes deben establecer qué productos se pueden considerar como sustitutos.

Durante algunos años la incertidumbre en cuanto a la determinación del mercado relevante causó que se den un sinnúmero de casos que no establecieron un precedente claro sobre qué se consideraba muy amplio o muy restringido al momento de definir el mercado.

---

<sup>113</sup> Id, p. 539. (“...las Guidelines estandarizan la definición del mercado como el primer paso en el análisis de concentraciones para que los pasos subsiguientes se enfoquen en los efectos que podría haber en dicho mercado”).

<sup>114</sup> William M. Landes y Richard A. Posner. “Market Power in Antitrust Cases”. *Havard Law Review*. *Óp. cit.*, p. 962. (“...[s]i el mercado se define ampliamente- esto es, si sustitutos distantes y cercanos para los productos de la firma *i* son incluidos en el mercado- la cuota de mercado de *i* será más pequeña, pero la elasticidad del mercado de la demanda también tendería a ser más baja; por lo que muchos sustitutos se incluirían en el mercado que los consumidores en realidad tuvieran dificultad sustituyéndolos fuera del mercado si es que los precios del mercado se incrementarían”).

Se desencadenó “...a series of intellectually dishonest opinions that manipulated market definition so as to produce market shares that summed to 30 percent...”<sup>115</sup>. Al fin la autoridad integró en sus directrices un método para establecer el mercado relevante que tiene parámetros medibles, lo que causa que hayan parámetros claros que ofrecen seguridad jurídica ya que se establecerá el mercado relevante analizando el verdadero comportamiento del mercado y con la firme creencia que se está dejando de lado la posibilidad de definir el mercado a conveniencia. Las *Merger Guidelines* implican un cambio en la manera en cómo determinar el mercado relevante, y por lo tanto se consideró que “[t]his generally sensible methodology probably defines broader markets than more intuitive practices found in many antitrust cases and would make even more transparent the obviously gerrymandered markets seen in some antitrust cases”<sup>116</sup>.

Por otro lado, otro beneficio del *SSNIP test* es que destaca claramente la necesidad de medir la elasticidad cruzada de los productos para considerarlos dentro de un mercado. La importancia de la elasticidad cruzada ya se vio plasmada en casos anteriores a las de la publicación de las *Merger Guidelines*, “...the cross elasticities of demand and supply came to be mentioned and considered as market delineating factors in antitrust cases by the U.S. Supreme Court and other courts”<sup>117</sup>, ya que se comprendió su importancia al momento de encontrar los productos sustitutos. A pesar de la importancia de estos factores, no existía un parámetro claro sobre cómo efectivamente medir la elasticidad cruzada y resolver determinar el verdadero mercado relevante a efectos del análisis. Más allá del reconocimiento de la importancia de la elasticidad en la demanda, se reconoció que “...products can be defined as substitutes or complements, either in demand or in supply,

---

<sup>115</sup> William Baxter. “Antitrust Policy”. *The American Economic Policy in the 1980s University of Chicago Press Óp. cit.*, p. 609. (“...serie de opiniones intelectualmente deshonestas que manipularon la definición de mercado hasta producir cuotas de mercado que sumaban el 30 por ciento”).

<sup>116</sup> Phillip Areeda. “Antitrust Policy in the 1980’s”. *The American Economic Policy in the 1980s University of Chicago Press. Óp. cit.*, p. 583. (“... [e]sta metodología generalmente sensible probablemente define mercados más amplios que prácticas más intuitivas que se encuentran reflejadas en muchos casos de competencia y hará más transparente las obvias manipulaciones al mercado que se han visto en algunos casos de competencia”).

<sup>117</sup> Anthony J. Greco. “Cross Elasticity of Supply: Seldom Heard of and Seldom Taught”. *Journal for Economic Educators Volume 5 Number 1*, 2005, p. 3. (“... la elasticidad cruzada de la demanda y la oferta empezaron a mencionarse y considerarse como factores para delinear el mercado en casos de competencia por la Corte Suprema de los Estados Unidos y otras cortes”).

only after empirical information has been gathered concerning the responses of quantities demanded or supplied to changes in the prices of other products”<sup>118</sup>.

Por lo tanto, la importancia del *SSNIP test* como un mecanismo eficiente para determinar el mercado relevante se encuentra en que se vuelve el examen empírico mediante el que se mide el grado de sustituibilidad, es decir el grado de elasticidad de la demanda y de la oferta. El *SSNIP test* es un mecanismo eficiente ya que solventa la necesidad de que la información se encuentre sustentada en data de lo que verdaderamente ocurre en el mercado. Así, el *SSNIP test* mide el grado de elasticidad en la demanda al incrementar el precio de los productos de manera significativa pero no transitoria, logrando determinar a qué productos los consumidores están dispuestos a recurrir para satisfacer sus necesidades de igual manera. Por otro lado, el *SSNIP test* mide la elasticidad en la oferta al incrementar el precio de los productos y analizar qué productores podrían incurrir en la producción de bienes que se consideren sustitutos del principal con facilidad. De esta manera, el *SSNIP test* es beneficioso ya que ofrece resultados empíricos tanto para medir la sustituibilidad de la demanda como de la oferta.

La importancia del *SSNIP test* también se ve reflejada en que resulta útil para determinar los dos principales campos para la determinación del mercado relevante, el mercado de producto y el mercado geográfico. Se puede decir que ambos mercados “...have similar pattern of measurement in a sense that both dimensions rely on criteria and evidence”<sup>119</sup>, por lo que ambos dependen de la determinación del grado de sustituibilidad en sus ámbitos para efectivamente definir un mercado relevante que se atañe a la realidad del mercado. Resulta útil tener un examen que pueda ayudar a delimitar ambos mercados ya que se utiliza el mismo parámetro de determinar el grado de sustituibilidad de los productos, sin embargo bajo un análisis distinto. Para medir el grado de sustituibilidad en el mercado geográfico el *SSNIP test* se aplica un incremento en los

---

<sup>118</sup> *Id.*, p. 4. (“... los productos pueden ser definidos como sustitutos o complementarios, tanto en la demanda como en la oferta, sólo después de que se haya recolectado información empírica sobre las respuesta sobre las cantidades demandadas u ofertadas frente a los cambios en los precios de otros productos”).

<sup>119</sup> Aleksandra Belousova. *Relevant Market: the application to the E-commerce area in the EU*. [http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final\\_thesis\\_Relevant\\_Market\\_the\\_application\\_to\\_the\\_E-commerce\\_area\\_in\\_the\\_EU\\_.pdf](http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final_thesis_Relevant_Market_the_application_to_the_E-commerce_area_in_the_EU_.pdf). (acceso: 25/10/13). (...tienen patrones similares de medición en el sentido de que ambas dimensiones dependen en criterio y evidencia”).

precios y se amplía el territorio en el que los productos puedan ser vendidos hasta que deje de ser rentable.

Por otro lado, otro beneficio de los resultados fundamentados que arroja el *SSNIP test* parecería ser que al realizarlo se analiza las conductas de todos los consumidores sin darles muy poca o mucha importancia a los consumidores especiales. La sentencia *du Pont*<sup>120</sup> recibió mucha crítica al delimitar el mercado relevante de manera muy amplia sin considerar la existencia de consumidores especiales, como los fabricantes de cigarrillos, que se verían afectados al considerar el mercado relevante como todos aquellos productos que sirven para envolver. Por otro lado, la sentencia de *United States v. Grinnell Corp*<sup>121</sup> también fue criticada ya que se estableció que el mercado relevante constituía únicamente un tipo de sistema de protección de alarmas al considerar que existía un segmento de consumidores que no estaban dispuestos a adquirir otro sistema de alarma que no fuese el de CSPPS (central de estación de servicios de protección).

La crítica en estas dos sentencias se da en que mientras la una estableció el mercado relevante de manera muy amplia, sin considerar la existencia de consumidores cautivos que se verían afectados, por cuanto no existían sustitutos del papel celofán; la otra definió a un mercado relevante muy limitado al dar demasiada importancia a un solo segmento de consumidores. Se debe considerar que estas dos sentencias datan de antes de 1982, es decir ante de la creación de las *Merger Guidelines* y del establecimiento del *SSNIP test* como mecanismo para determinar el mercado relevante, razón por la que se denota una clara disparidad en las decisiones a las que la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó.

Por lo tanto, es claro que el *SSNIP test* es beneficioso para el mercado, la competencia y la seguridad jurídica en el campo del derecho de la competencia ya que tiene por objetivo evitar que sigan dándose resultados contrarios que no ofrecen parámetros claro sin sustento sobre cómo la Autoridad llega a las conclusiones que llega. El *SSNIP test*, al efectuar una proyección de lo que ocurriría en el mercado si es que el operador económico involucrado aumenta sus precios de manera significativa y no

---

<sup>120</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* Sentencia de 11 de junio de 1956. 351 US 377.

<sup>121</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States v. Grinnell Corp.* Sentencia de 13 de junio de 1966. 384 U.S. 563.

transitoria, permite que se analice lo que realmente podría pasar en el mercado. Este examen no busca dar ni más ni menos importancia a un segmento específico de consumidores al momento de establecer cuál es el mercado relevante, sino determinar lo que realmente podría ocurrir en el mercado con sus verdaderos participantes. El *SSNIP test* efectivamente determina el mercado, evitando que se den distorsiones ya que analiza la verdadera existencia o no de bienes sustitutos con base en la reacción de los consumidores y no a su mera existencia.

### **2.1.3 EL *SSNIP TEST* COMO MECANISMO POCO EFICIENTE PARA DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE**

La crítica más fuerte que se le hace al *SSNIP test* es que no arroja resultados verdaderos sobre el mercado cuando los precios base que se consideran para realizar el incremento de precio significativo pero no transitorio ya se encuentran por encima o debajo de los niveles competitivos. Esto convierte al *SSNIP test* como un mecanismo poco eficiente para determinar el mercado ya que al tomar precios que han sido el resultado de conductas ya anticompetitivas no se obtienen resultados objetivos sino ya manipulados. Es así que se ha establecido que

...the guidelines always generate an unduly wide market when the firm(s) producing a particular product in a particular region already charge a profit-maximizing monopoly price. In that event, any price increment would necessarily be unprofitable, with the result that the government would widen the market<sup>122</sup>.

Por lo tanto se establece que el problema con la utilización del *SSNIP test* se debe a que cuando se lo utiliza en operadores económicos que ya se encuentran manipulando los precios a su favor, se termina ampliando la determinación del mercado relevante más de la cuenta, lo que causa que los resultados sobre la concentración de poder de mercado del operador económico no reflejen lo que realmente ocurre en el mercado. Esto es lo que se conoce como la falacia del celofán.

---

<sup>122</sup> Phillip Areeda. "Antitrust Policy in the 1980's". *The American Economic Policy in the 1980s* University of Chicago Press. *Óp. cit.*, p. 583. ("...las directrices siempre generan un mercado excesivamente amplio cuando la empresa(s) produciendo un producto en particular en una región particular ya se encuentran cobrando un precio monopólico que les maximiza el beneficio. En este caso, cualquier aumento de precio necesariamente no fuera rentable, resultando en que el gobierno ampliaría el mercado").

Determinar qué precio utilizar al momento de efectuar el *SSNIP test* es una de las razones por las que se le considera a este mecanismo como poco eficiente, esto se debe a que “[r]ealistically, there are often many prices for the product under scrutiny, and there is a question of which one to choose. Price data are more likely to be subject to measurement errors than are data on sales”<sup>123</sup>. De esta manera se ha establecido como crítica a las *Merger Guidelines* que pueden causar que se establezcan mercados relevantes que no se ajustan a la realidad económica del mercado, lo que hace que la aplicación del *SSNIP test* sea contraproducente.

Esta falacia en la que puede incurrir el *SSNIP test*, vuelve a ocasionar el problema con el que las autoridades se enfrentaron antes de la creación de las *Merger Guidelines*. Se vuelve a presenciar en las decisiones de las autoridades que no se cumple con el objetivo de proteger al libre desenvolvimiento del mercado, ya que se permite ciertas conductas que debían haberse prohibido, todo por una errónea determinación de lo que se considera mercado relevante. El objetivo del *SSNIP test* es evitar que se vuelvan a dar errores al momento de determinar el mercado relevante que puedan establecer que existe elasticidad en la demanda o en la oferta irreales que amplía la determinación del mercado sin que exista realmente un fundamento.

Así, se trataría de evitar lo ocurrido en el caso *du Pont*<sup>124</sup> en donde la Corte estableció que existía una alta elasticidad en la demanda al considerar como buenos sustitutos a otros productos para envolver que no sólo incluían al papel celofán. El problema de esta consideración fue que en realidad los productos eran hasta cierto grado sustituibles, y se determinó el mercado de esta manera porque erróneamente se utilizó el precio que actualmente *du Pont* se encontraba manejando, esto es un precio por encima de los niveles competitivos, lo que causó que se defina el mercado de manera más amplia.

Nunca se tomó especial consideración al hecho de que *du Pont* ya se encontraba actuando como un monopolista en el mercado, y por lo tanto le era imposible incrementar

---

<sup>123</sup> Michael A. Morrisey, Frank A. Sloan y Joseph Valvona. “Defining Geographic Markets for Hospital Care”. *Law and Contemporary Problems*, 1989, p. 169. (“[r]ealisticamente, hay varios precios para los productos bajo escrutinio, y existe la pregunta de cuál se debe escoger. La información de precios es más propensa a sufrir errores de medición que la información de ventas”).

<sup>124</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* Sentencia de 11 de junio de 1956. 351 US 377.

los precios más allá del precio actual ya que no le fuera rentable. Los consumidores desplazan su demanda hacía otros productos que sustituyen al principal ya que cuando una empresa se encuentra actuando como monopolista, cuenta con una demanda inelástica, por lo que habrá sustitución con otros bienes pero no serán con bienes que los consumidores realmente puedan considerar sustitutos del principal. Es así que se ha establecido que, “[a] single firm that already is maximizing profits cannot, by definition, increase profits by raising its price further. Thus, this single firm cannot constitute a relevant market under the Justice Department’s approach”<sup>125</sup>, estableciendo que el evidente riesgo en el que el *SSNIP test* puede incurrir al determinar el mercado.

Consecuentemente, la crítica que se le hace al *SSNIP test* es la facilidad con la que se puede volver a cometer en un error de esta magnitud al realizar un análisis con un detalle de precios que no es el adecuado. Si no se aplican los precios correctos para efectuar el *SSNIP test*, este corre el riesgo de convertirse en una herramienta que en vez de proteger el mercado termina autorizando que operadores económicos que si contaban con un alto poder de mercado se comporten de una manera en que el mercado se ve en riesgo, al igual que lo ocurrido en el caso du Pont.

Cuando no se utilizan los parámetros adecuados para aplicar el *SSNIP test* evidentemente este contará con irregularidades que causará que sus resultados no sean confiables como por ejemplo,

[a] low price elasticity of demand confers market power on the hypothetical cartel. If a member of the cartel were to be erroneously excluded from the group, the cartel’s price elasticity of demand would increase since the excluded member would be able to attract customers away from the cartel by not following the cartel’s price increase. If the cartel as a whole does not have market power, neither would two merging firms that form a subset of the cartel<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop. “Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law”. *Georgetown Law Journal Association. Óp. cit.*, p. 14. (“[u]na sola empresa que ya se encuentra maximizando sus ganancias no puede, por definición, incrementar sus ganancias al aumentar aún más sus precios. Por lo tanto, esta empresa no puede constituir un mercado relevante bajo lo establecido por el Departamento de Justicia”).

<sup>126</sup> Michael A. Morrissey, Frank A. Sloan y Joseph Valvona. “Defining Geographic Markets for Hospital Care”. *Law and Contemporary Problems. Óp. cit.*, p. 166. (“[u]na elasticidad en la demanda con precio bajo confiere poder de mercado en el cartel hipotético. Si un miembro del cartel fuera equivocadamente excluido del grupo, la elasticidad en la demanda del precio aumentaría ya que el miembro excluido podría atraer consumidores lejos del cartel al no seguir el incremento de precio del cartel. Si el cartel como un conjunto no tiene poder de mercado, tampoco ninguna de las dos empresas que conforman un subgrupo del cartel”).

El *SSNIP test* sirve para establecer el mercado sobre el cual se hace el correspondiente análisis de poder de mercado, sin embargo, en un ejemplo como este, la aplicación del *SSNIP test* no cumple con su objetivo de ofrecer resultados confiables sino más bien termina distorsionando el mercado al permitir, en este caso, que dos empresas se fusionen considerando un mercado más amplio que el verdadero. Por lo tanto, se debe tener mucho cuidado con la información y los criterios que se utilizan de base para hacer el análisis del *SSNIP test*.

Las *Merger Guidelines*, a través del *SSNIP test*, test se caracterizan por considerar como peligroso para el mercado la efectiva presencia de un alto grado de concentración de poder de mercado, dando más peso a las posibles eficiencias que las conductas de los operadores económicos pueden aportar al mercado. Sin embargo, el hecho de que la medición de concentración del poder de mercado puede verse afectado por factores como la consideración errónea sobre los precios a los que se realiza el incremento, causa que los resultados no reflejen la verdadera situación del mercado, dando además más peso a las posibles e inciertas eficiencias que se plantean dentro del caso. Si el *SSNIP test* no cumple con su objetivo de delimitar un mercado relevante a través de parámetros que pueden considerarse empíricos se da paso a que las conductas sean justificadas a través del ideal de las eficiencias que pueden aportar al mercado y no verdaderos resultados de lo que ocurre en el mercado. Esto es perjudicial para el derecho de la competencia ya que podrían empezar a sentarse precedentes que no conciernen a la realidad del mercado.

Aunque el *SSNIP test* sirve para medir la elasticidad de la demanda como la de la oferta, puede ofrecer resultados poco eficientes, que no se ajustan a la realidad del mercado, cuando se lo utiliza para medir únicamente la elasticidad de la demanda, y por las características del mercado era necesario también medir la elasticidad de la oferta. Este error generalmente se debe a que se considera que el primer y más importante factor para determinar el mercado es la sustituibilidad en la demanda para luego dar paso a la sustituibilidad de la oferta. Para ejemplificar el error en el que puede caer el *SSNIP test* se ha establecido lo siguiente,

...one would not be inclined to include producers of right-handed baseball gloves and producers of left-handed baseball gloves in the same industry on the basis of the cross elasticity of demand coefficient. Clearly, buyers of these two types of gloves would not consider the gloves to be interchangeable in use. However, respective suppliers of these different types of gloves may consider themselves to be in the same industry because they



could easily shift resources away from the production of their type of glove toward the production of their rivals' type of glove in response to an increase in the price of the latter type of glove<sup>127</sup>.

A pesar de que en las *Merger Guidelines* sí se menciona la importancia de considerar la sustituibilidad en la producción y no sólo de la demanda, la crítica que se hace al *SSNIP test* es que no es un mecanismo que arroja resultados globales del mercado, ya que debe realizárselo por separado para la sustituibilidad de la oferta y de la demanda. Por lo tanto, es susceptible de incurrir en errores si es que se lo aplica no considerando las peculiaridades del mercado, acarreando resultados que no son completos.

Es importante tomar en cuenta las peculiaridades del mercado para obtener la información sobre la que se aplica el *SSNIP test*, ya que de la información sobre la que se realiza el *SSNIP test* nacen los resultados exactos sobre la posible afectación al mercado. Así por ejemplo, en el análisis que se realiza sobre la investigación que la Federal Trade Commission de Estados Unidos llevó en contra de Google Inc. en enero de 2013<sup>128</sup>, se determinó que es fundamental para resolver casos como este que se considere las peculiaridades del mercado para determinar el mercado sobre el que se debe realizar el estudio, y medir el poder de mercado que los involucrados tienen en él. En el caso específico de Google lo que se estableció fue que en un mercado tecnológico resulta imposible determinarlo y ceñirlo ya que la información que se recolecta para analizar se convierte en inservible. Esto se debe a que por las características propias del mercado tecnológico, la innovación juega un papel fundamental, y por lo tanto la información que se recolecta ya no es útil al momento del análisis ya que probablemente las circunstancias cambiaron.

El tener que depender de las consideraciones exactas del mercado hace que el *SSNIP test* no sea un mecanismo confiable para determinar el mercado ya que si no se

---

<sup>127</sup> Anthony J. Greco. "Cross Elasticity of Supply: Seldom Heard of and Seldom Taught". *Journal for Economic Educators Volume 5 Number 1. Op. cit.*, p. 2. ("... uno no estuviera inclinado a incluir productores de guantes de baseball para diestros y productores de guantes de baseball para zurdos en la misma industria en base al coeficiente de la elasticidad de la demanda. Claramente, los compradores de estos dos tipos de guantes no considerarían a los guantes intercambiables en su uso. Sin embargo, los diferentes proveedores de guantes podrían considerar que se encuentran en la misma industria porque para ellos sería muy fácil cambiar los recursos para la producción de sus guantes hacía la producción de los guantes de los rivales como respuesta a un incremento en el precio de los guantes rivales").

<sup>128</sup> Geoffrey A. Manne y William Rinehart. "The Market Realities that Undermined the FTC's Antitrust Case Against Google". *Harvard Journal of Law & Technology*, julio 2013.

considera este tipo de factores los resultados sobre el mercado no serán exactos y causarán que las autoridades incurran en graves errores que podrían terminar distorsionando el mercado. De esta manera, el *SSNIP test* no es un mecanismo eficiente para determinar el mercado ya que aunque se caracteriza por arrojar resultados sólidos, puede no ser exacto al depender de que las autoridades hagan un trabajo minucioso en considerar las especificaciones del mercado y no dejen por fuera información crucial, o incluyan en el análisis información inservible. Consecuentemente, el *SSNIP test* en realidad no quita el elemento de subjetividad con el que se determina el mercado relevante ya que “...the needed fine-grained demand data may be unavailable to perform rigorously the 5% test of sales diversion called for by the Guidelines”<sup>129</sup>.

Otra de las críticas que se le ha hecho al *SSNIP test* es que puede ser demasiado especulativo. En realidad se trata de una proyección sobre la conducta de los consumidores en el futuro que está sujeta, para que se vuelva realidad, que las condiciones del mercado no cambien con facilidad. De esta manera, el *SSNIP test* depende en que se cumplan las conductas que ha proyectado a través de su plantamiento hipotético, “...the key decision to include or exclude often depends on fact determinations that are largely speculative-for example-, whether a substantial number of current consumers would switch to an alternative product or source of products if prices were raised”<sup>130</sup>. Por lo tanto, para que se considere como efectivo el *SSNIP test*, debe tener información que verdaderamente respalde lo que cree que suceda con los consumidores, no únicamente predicciones.

En 1984 se determinó que realizar el *SSNIP test* incrementando un 5% sobre los precios de manera significativa pero no transitoria era un parámetro rígido, por lo que el Departamento de Justicia en 1984 enmendó nuevamente las *Merger Guidelines* para determinar que en ciertas industrias resultaba adecuado practicar el examen con un

---

<sup>129</sup> Janusz A. Ordovery y Robert D. Willig. “The 1982 Department of Justice *Merger Guidelines*: An Economic Assessment”. *California Law Review Volume 71 Issue 2. Óp. cit.*, p. 542. (“...la necesidad de información detallada sobre la demanda puede que no esté disponible para realizar de manera rigurosa el examen del 5% de la diversificación de las ventas que requiere las Guidelines”).

<sup>130</sup> Robert Pitofsky. “New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”. *Columbia Law Review. Óp. cit.*, p. 1811. (“...la decisión clave de incluir o excluir depende en determinaciones de hecho que son muy especulativas-por ejemplo-, si un número sustancial de actuales consumidores se cambiarían a un producto alternativo o a una fuente de productos si los precios se incrementarían”).

incremento del que podría estar por encima o por debajo del 5%<sup>131</sup>. El cambio en el porcentaje que establecieron las *Merger Guidelines* también fue sujeto de crítica ya que se estableció que “[a] 5% figure is generous when viewed in terms of average United States profits, however, and the 10% figure, adopted in practice, is hard to justify”<sup>132</sup>, por lo que sin tener razones que justifiquen que el examen que se practica para determinar el mercado relevante tiene coherencia, los resultados de que se incremente los precios de los productos analizados con un porcentaje que no es sustentable tampoco podrán ser considerados como válidos. En este caso el *SSNIP test* no puede considerarse como un mecanismo efectivo para determinar el mercado relevante ya que nuevamente se le está dejando que sea el arbitrio de quien tenga la potestad de decidir los casos que establezca el porcentaje que le parezca adecuado en la industria para realizar el examen. El elemento de subjetividad nuevamente vuelve a estar presente, contrariando el objeto con el cual fue inicialmente incluido el *SSNIP test* en las *Merger Guidelines*.

## 2.2 UTILIZACIÓN DEL *SSNIP TEST* JURISPRUDENCIAL

Una vez analizado los beneficios y las desventajas de utilizar el *SSNIP test* como método para definir el mercado relevante, es necesario estudiar los efectos que se han producido mediante la aplicación de este examen en las decisiones de las autoridades de Estados Unidos y Europa en materia de competencia. Dado que este examen fue creado en las *Horizontal Merger Guidelines* de los Estados Unidos en 1982, las autoridades de este país fueron los precursores. En Europa, el *SSNIP test* se ve presente por primera vez en la decisión tomada por la Comisión Europea en el asunto en contra de Nestlé/Perrier<sup>133</sup>. Sin embargo, es en 1997 que la Comisión Europea publica la Comunicación Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia

---

<sup>131</sup> United States Department of Justice y Federal Trade Commission. 1984 *Merger Guidelines*. Sección II, 11, párr. 4. (“...busca evitar interferencia negativa con el gran universo de fusiones que son o competitivamente beneficiosas o neutrales”).

<sup>132</sup> Robert Pitofsky. “New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”. *Columbia Law Review*. *Op. cit.*, p. 1824. (“[u]na figura del 5% es generosa cuando se compara en términos del promedio de las ganancias en Estados Unidos, sin embargo, y la figura del 10%, adoptada en la práctica, es difícil de justificar”).

<sup>133</sup> Comisión Europea. *Asunto n° IV/M.190- Nestlé/Perrier*. Decisión de 22 de julio de 1992. 92/533/CEE.

de Competencia, y esta “...recoge [...] numerosos elementos del Derecho antitrust norteamericano contenido en las *Merger Guidelines*, publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, y en sus sucesivas reediciones de 1984 y 1992”<sup>134</sup>. Por lo que reconoce formalmente al *SSNIP test*, y comienza a aplicarse el *SSNIP test* en las decisiones de la comunidad europea. Así, resulta fundamental analizar los efectos que su aplicación ha traído al mercado estadounidense y europeo.

Tomando en cuenta que el derecho de la competencia se desarrolla primero en Estados Unidos y posteriormente en Europa, es importante analizar cómo se ha ido dando el avance jurisprudencial en estas dos jurisdicciones promotoras del derecho de la competencia. Sobre todo, debe tomarse en cuenta que son estas dos jurisdicciones las primeras en incluir en las *Merger Guidelines* o en la Comunicación Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia al *SSNIP test* como un mecanismo para determinar el mercado relevante. Aunque el desarrollo del derecho de la competencia en Estados Unidos y en Europa ha sido bastante diferente, no importan las diferencias en cuanto al beneficio que busca brindar el *SSNIP test*. Este mecanismo para determinar el mercado relevante lo que busca ofrecer es seguridad jurídica en cuanto a las decisiones adoptadas, independientemente a las diferencias existentes en la regulación de esta rama del derecho.

Es así que, dado que el *SSNIP test* fue creado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos es importante analizar cómo empezó a utilizárselo. El caso de la Comisión Federal de Comercio contra Staples Inc. Y Office Depot Inc. es importante porque destacó los puntos que la Autoridad buscaba analizar en el control de concentraciones, por lo que permitió

[f]irst, to explain how the merger would harm competition, the Commission looked to the unilateral competitive effects theory for mergers among sellers of differentiated products, set forth in the Merger Guidelines. Second, the litigants proffered extensive econometric analyses, primarily going to the importance of localized competition between the merging firms and the constraint they place upon each other. Third, the extensive courtroom discussion of the significance of efficiencies alleged by the merging firms was conducted against the background of newly-released revisions of the Merger

---

<sup>134</sup> Fernando Diez Estrella. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. [http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).

Guidelines, which set forth a new analytical approach to answering that question. Finally, the Commission and the merging firms contested whether new competition, particularly product line extension by non-office superstores selling office supplies, would solve the competitive problem from the merger<sup>135</sup>...

Por lo tanto, se trata de un análisis bastante completo de un caso de concentración horizontal entre dos tiendas de grandes superficies especializadas en la venta de suplementos de oficina en el cual se utilizó al *SSNIP test* para determinar el mercado relevante. Al ser un caso con un análisis tan completo, permite analizar la aplicación del *SSNIP test* de manera objetiva y establecer los efectos de su aplicación, por lo tanto su análisis permitirá establecer si es un mecanismo eficiente para la determinación del mercado relevante.

Por otro lado, se analizará el asunto de la Comisión Europea en contra de Nestlé/Perrier de 1992 ya que aunque para la fecha el *SSNIP test* no se encontraba reconocido como un mecanismo para determinar el mercado relevante por la Comisión Europea, fue la primera vez que se lo aplicó. De esta manera, en la decisión adoptada en este asunto se reconoció por primera vez la importancia de aplicar como el *SSNIP test* como un método empírico que arroje resultados objetivos sobre el mercado. De esta manera, los resultados de la decisión permiten analizar si es que el *SSNIP test* es un mecanismo válido para determinar el mercado relevante.

### 2.2.1 ESTADOS UNIDOS

El 30 de junio de 1997 la Comisión Federal de Comercio, agencia gubernamental de los Estados Unidos de Norteamérica que se encarga de “[p]revenir las prácticas

---

<sup>135</sup> Jonathan B. Baker. *Econometric Analysis in FTC v. Staples*. <http://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/econometric-analysis-ftc-v-staples>. (acceso: 04/03/2015). (“[p]rimero, para explicar cómo la concentración podría perjudicar la competencia, la Comisión acudió a la teoría de efectos competitivos unilaterales para concentraciones entre vendedores de productos diferenciados, incluidos en las Merger Guidelines. Segundo, los litigantes ofrecieron análisis econométricos extensivos, primeramente atendiendo la importancia de la competencia localizada entre las empresas involucradas en la concentración y el límite que se imponen entre ellas. Tercero, la extensiva discusión en la corte de la significancia de las eficiencias alegadas por las compañías involucradas en la concentración estaba dirigida hacia los antecedentes de las recientes revisiones de las Merger Guidelines, las que imponían un nuevo acercamiento analítico para responder la pregunta. Finalmente, la Comisión y las compañías involucradas en la concentración disputaron si la nueva competencia, especialmente la extensión de la línea de productos por tiendas de grande superficie no especializadas en la venta de suministros de oficina, podría solventar el problema competitivo de la concentración”).

comerciales anticompetitivas, engañosas o desleales hacia los consumidores...”<sup>136</sup>, buscó que se impongan medidas cautelares para evitar que las compañías Staples Inc. y Office Depot Inc., de aquí en adelante Staples y Office Depot respectivamente, se concentrarán.

En este caso, la Comisión Federal de Comercio, tras una extensa investigación, llegó a la conclusión que la concentración podría tener efectos negativos en el mercado, por lo que buscó que se impongan medidas cautelares que impidan la realización de la adquisición de Staples Inc. a Office Depot Inc. De esta manera, el 9 de abril de 1997, la Comisión acudió ante la Corte Distrital de Columbia para que esta imponga medidas cautelares a la concentración mientras se encontraba pendiente la decisión administrativa de la Comisión sobre la legalidad de la concentración.

Staples y Office Depot son dos tiendas de grande superficie estadounidenses que se especializan en ofrecer productos de oficina, los que incluyen suministros de oficina, máquinas para oficinas, computadoras y muebles para oficinas. A la época, Office Depot era la cadena de tiendas de productos de oficina más grande en Estados Unidos, y en 1996 vendió aproximadamente 6.1 billones de dólares. Por otro lado, Staples era la segunda cadena de tiendas de productos de oficina más grande en Estados Unidos con ventas aproximadas de 4 billones de dólares. En septiembre de 1996 ambas tiendas suscribieron un Plan y Acuerdo de Concentración mediante el cual Office Depot se convertiría en una subsidiaria de completa propiedad de Staples. De esta manera, presentaron una Notificación Previa de Concentración ante la Comisión Federal de Comercio para que esta agencia autorice la transacción. Como ya se mencionó, tras la investigación realizada por la Comisión, se llegó a la conclusión que era muy probable que la concentración perjudique al mercado por lo que se solicitó la imposición de medidas cautelares.

La Corte tiene la obligación de justificar que existe necesidad de otorgar las medidas cautelares sin que se le pruebe la existencia de un efectivo daño al mercado. Debe demostrársele únicamente que existe una alta probabilidad de que la Comisión tenga razón en su planteamiento, y esto se hace posible cuando la Comisión “...raise[s] questions going to the merits so serious, substantial, difficult and doubtful as to make them fair ground for thorough investigation, study, deliberation and determination by the FTC in the

---

<sup>136</sup> Comisión Federal de Comercio. *Acerca de la FTC*. <http://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>. (acceso: 23/12/2014).

first instance and ultimately by the Court of Appeals”<sup>137</sup>. Por lo tanto, únicamente es necesario que se pruebe que existe una probabilidad razonable de que la operación económica va a perjudicar el mercado. Esto hace necesario que la Corte haga un análisis de los posibles efectos competitivos de la concentración, por lo que empieza determinado el mercado producto, el mercado geográfico y los efectos que se dan en ellos a través de la operación.

La Comisión establece el mercado relevante geográfico las 42 áreas metropolitanas, incluyendo todas las futuras áreas en donde las empresas podrían entrar a participar y podrían darse efectos de la operación. Hubo un consenso sobre esta definición con las empresas implicadas por lo que no se realizó una discusión sobre este tema.

Sin embargo, no ocurrió lo mismo al momento de determinar el mercado relevante de producto. La Comisión determinó que el mercado relevante de producto era aquel en donde se venden los productos consumibles de oficina en tiendas de grandes superficie que se especializan en la venta de este tipo de productos, y que por bienes consumibles se debía entender todos aquellos que son fácilmente reemplazables por otros, como por ejemplo esferos, papeles, etc. Por el otro lado, Staples y Office Depot consideraron que el mercado relevante de producto era todas aquellas tiendas en donde se venden productos de oficina, mercado en el cual “...a combined Staples-Office Depot accounted for 5.5% of total sales in North America in 1996”<sup>138</sup>, por lo que argumentaron que la determinación del mercado relevante planteada por la Comisión era errónea y no tenía fundamento.

La Corte estableció que para poder delimitar el mercado relevante de producto se debía considerar el grado de intercambiabilidad que los productos tienen en su uso con otros o la existencia de elasticidad cruzada en la demanda entre los productos principales y sus sustitutos. El objetivo de esta consideración es medir el grado de sustituibilidad que existe en un mercado determinado y poder establecer si existen otras fuentes a las que los

---

<sup>137</sup> Corte Distrital del Distrito de Columbia de los Estados Unidos. *Comisión Federal de Comercio v. Staples Inc. y Office Depot Inc.* Sentencia de 30 de junio de 1997. Civ. No. 97-701 (THF). (“...crear inquietudes en los méritos que sean tan serias, sustanciales, difíciles y dudosas como para hacerlas un buen campo para una investigación, estudio, deliberación y determinación que sea detallada por la FTC en la primera instancia y finalmente por la Corte de Apelación”).

<sup>138</sup> *Ibid.* (“...la combinación de Staples-Office Depot representa un 5.5% de todas las ventas en Norte América en 1996”).

consumidores pueden acudir para satisfacer sus necesidades de igual manera. Considerando el mercado de suministros de oficina, queda claro que los productos que Staples y Office Depot ofrecen son idénticos, por lo que existe intercambiabilidad funcional entre ellos, esto quiere decir que las necesidades de los consumidores que buscan suministros de oficina se satisfacen de igual modo al acudir a cualquiera de las dos tiendas.

Una vez establecido esto, queda preguntarse qué ocurriría con el mercado si es que la concentración entre Staples y Office Depot se lleva a cabo. Es aquí donde la Comisión hace referencia al *SSNIP test* ya que establece que para considerar la elasticidad cruzada de la demanda, es fundamental establecer cuál será la respuesta de los consumidores ante un cambio en el precio de los productos principales. La Comisión estableció que si un incremento de precios en los productos vendidos por Staples y Office Depot ocurre, los consumidores de estos productos no acudirán a otras tiendas de grande superficie, tales como Best Buy o Walmart. Es más, la Comisión argumentó que si sólo Staples aumenta sus precios, sus consumidores únicamente se volcarían a otras tiendas de grande superficie que si especialicen en suministros de oficina, justamente tiendas como Office Depot.

La Corte consideró que en realidad si existían varias tiendas de grande superficie, que aunque no se especializaban en la venta de suministros de oficina, si ofertaban este tipo de productos en ellas. Bajo el supuesto de que los suministros de oficina son bienes completamente intercambiables, y por lo mismo, satisfacen de igual manera las necesidades de los consumidores, parecería ser que el mercado relevante de producto si podría haber sido todo tipo de tienda en donde se oferta suministros de oficina. Sin embargo, la Comisión estableció que se debía considerar la existencia de un subgrupo dentro de la gran categoría de venta de suministros de oficina como la venta de suministros de oficina en tiendas de grande superficie especializadas en ello, para considerarlo como el verdadero mercado relevante de producto. Para justificar la existencia de este subgrupo, la Comisión demostró la existencia de varios factores fundamentales que hacían necesario que se lo considere como el mercado en el que debía hacerse el análisis de los efectos de la concentración entre Staples y Office Depot.

Para empezar, la Comisión pudo efectivamente demostrar que existía una manipulación al momento de fijar precios por parte de Staples y Office Depot dependiendo de la presencia de tiendas de Staples, Office Depot o OfficeMax, únicas tres tiendas de



grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina, en el mismo sector. Se dividió en tres categorías, mercados en donde sólo Staples u Office Depot participaban, mercados en donde dos empresas participaban y los mercados en donde las tres empresas participaban. Se comparó los precios ofertados de algunos productos por algunos períodos de tiempo y se llegó a la conclusión que en los lugares en donde sólo Staples o sólo Office Depot participaban, los precios de los productos ofertados eran un 13% más altos que los establecidos en los mercados en donde existía la presencia de alguna otra tienda de grande superficie de suministros de oficina. Este porcentaje es evidentemente más alto que el 5% planteado en el *SSNIP test*. A pesar de este incremento en el precio los consumidores de suministros de oficina no acudieron a otras tiendas de grande superficie como Wal-Mart o Best Buy para adquirir los suministros de oficina, pues eran consumidores cautivos que buscaban los productos dentro de los esquemas proporcionados por las tiendas de grande superficie, demostrando que el incremento en el precio si resultaba rentable para Staples y Office Depot. Por otro lado, se logró demostrar que en los lugares en donde participaban Staples y Office Depot los precios eran lo más bajo posible.

De esta manera, utilizando el *SSNIP test* como parámetro rector, se logra establecer que el hecho de que Staples y Office Depot puedan incrementar sus precios en zonas en donde sólo uno de ellos se encuentra presente, demuestra que otras tiendas que ofertan suministros de oficina no son consideradas por Staples ni Office Depot como su competencia directa, ni tampoco por los propios consumidores ya que no acuden a ellas tras el incremento de precio, "...office superstore prices are affected primarily by other office superstores and not by non-superstore competitors such as mass merchandisers like Wal-Mart, Kmart or Target..."<sup>139</sup>.

El *SSNIP test* plantea que si los operadores económicos en cuestión logran aumentar su precio un 5%, de manera no transitoria, y que esto aún sea rentable para ellos, el mercado relevante queda delimitado dentro del mercado en donde esto ha sido posible. De esta manera se estableció que, "...the Court finds this evidence a compelling showing that a small but significant increase in Staples' prices will not cause a significant number of consumers to turn to non-superstore alternatives for purchasing their consumable office

---

<sup>139</sup> *Ibíd.* ("... los precios de las tiendas de grande superficie de suministros de oficina son afectados principalmente por otras tiendas de grande superficie de suministros de oficina y no por otros competidores como tiendas de consumo masivo como Wal-Mart, Kmart o Target...").

supplies”<sup>140</sup>, demostrando que existe una baja elasticidad cruzada en la demanda entre las tiendas de grande superficie especializadas en venta de suministros y aquellas que no. Por lo tanto, la Comisión al establecer que Staples y Office Depot pueden aumentar sus precios más allá de 5% sin que sus consumidores acudan a otras tiendas para adquirir suministros de oficina, significa que el mercado relevante de producto debe quedar establecido como el de tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina. Así, se determinó que “[i]n defining the product market, the opinion recognized that office superstore chains provide the primary competitive constraint on each other’s pricing”<sup>141</sup>.

Adicionalmente la Comisión estableció que las tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina tienen un formato totalmente distinto a cualquier otra tienda en donde se vende suministros de oficina. Sus diferencias se encuentran en su apariencia, tamaño, formato, cantidad y variedad de productos de oficina ofertados y especialmente el target de consumidor para el cual están diseñadas. Bajo estos parámetros, la Comisión también fundamenta que debe considerarse al mercado de tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina como un subgrupo que debe considerarse como el mercado relevante. Con estos argumentos, la Corte establece que “...the unique combination of size, selection, depth and breadth of inventory offered by the superstores distinguishes them from other retailers. Other retailers devote only a fraction of their square footage to office supplies as opposed to Staples and Office Depot”<sup>142</sup>, por lo que consumidores especializados que acuden a tiendas como Staples u Office Depot no podrán ver satisfechas sus necesidades en otras tiendas que no ofrecen el mismo concepto. Queda claro por lo tanto para la Corte que para estas tiendas

---

<sup>140</sup> *Ibíd.* (“...la Corte encuentra esta información convincente demostrando que un pequeño pero significativo incremento en los precios de Staples no causará que un número significativo de consumidores acudan a tiendas de venta masiva como alternativa para comprar sus suministros de oficina consumibles”).

<sup>141</sup> Jonathan B. Baker. *Econometric Analysis in FTC v. Staples*. <http://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/econometric-analysis-ftc-v-staples>. (acceso: 04/03/2015). (“[a]l definir el mercado de producto, la opinión reconoció que las cadenas de tiendas de grandes superficies proveen el principal límite competitivo en la fijación de precios de cada una”).

<sup>142</sup> Corte Distrital del Distrito de Columbia de los Estados Unidos. *Comisión Federal de Comercio v. Staples Inc. y Office Depot Inc.* Sentencia de 30 de junio de 1997. Civ. No. 97-701 (THF). (“...la combinación única de tamaño, selección, profundidad, y amplitud del inventario ofrecido por las tiendas de grande superficie las distingue de otras tiendas. Otras tiendas otorgan únicamente una fracción de metros cuadrados a los suministros de oficina a diferencia de Staples y Office Depot”).

competencia únicamente constituyen aquellas tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina.

Una vez establecido el mercado relevante de producto, la Corte analiza los posibles efectos en la competencia que la concentración podría acarrear. Así, se establece que si se autoriza la transacción, Staples y Office Depot alcanzarían a tener posición dominante en 42 mercados geográficos dentro de Estados Unidos y un incremento en el grado de concentración HHI de poder de mercado de 2,715 puntos. De conformidad con las *Merger Guidelines*, un incremento de más de 1,800 indica que se trata de un mercado altamente concentrado. La Corte así establece que la Comisión ha podido probar que tiene altas probabilidades en satisfactoriamente ganar en los méritos del asunto ya que “[w]ith HHIs of this level, the Commission certainly has shown a “reasonable probability” that the proposed merger would have an anti-competitive effect”<sup>143</sup>.

Un efecto que la Corte consideró al momento del análisis fue que si Staples y Office Depot ofrecen precios más bajos en los mercados en donde ambos se encuentran presentes, después de la concentración esta competencia se eliminaría, dando paso a que ambas compañías pasen a actuar cómo lo hacen en los mercados en donde sólo una opera, incrementando sus precios. Por lo tanto, es un efecto negativo de la concentración es el hecho de que se elimine la única competencia agresiva en el mercado.

A continuación, la Corte pasó a analizar la facilidad con la que nuevos competidores podrían entrar al mercado como uno de los posibles factores que podrían mitigar los efectos contrarios de la concentración en el mercado. A pesar de esto, la Corte llegó a la conclusión que la tendencia para tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina fue de salida del mercado más allá de entrada. No han ingresado al mercado nuevos competidores ya que las tres tiendas que se encontraban en el mercado a la época ya estas habían saturado el mercado. Si un nuevo competidor ingresaba al mercado se encontraría en posición de desventaja ya que no podría participar en el mercado con la misma fuerza que lo hacían ya las tres empresas presentes. Una vez dada la concentración parecería ser que al eliminar aún más la competencia y poder ofrecer precios más altos, en realidad la posibilidad de que una nueva compañía entre al mercado de

---

<sup>143</sup> *Ibid.* (“[c]on un grado de HHI de ese nivel, la Comisión ciertamente ha demostrado una “probabilidad razonable” de que la concentración propuesta tendría efectos adversos a la competencia”).

tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina en realidad era aún más complicado e improbable.

Aunque se intentó demostrar que la concentración implicaría el aporte de eficiencias al mercado, en realidad las compañías no pudieron demostrar que estas contrarresten los efectos negativos que la concentración causará al mercado. En realidad las eficiencias que se indicaron en el proceso pudieron probarse que podrían ser alcanzadas por ambas compañías de manera individual, sin ser necesaria la concentración, o que no eran realistas. Por lo tanto, no pudo argumentarse que la concentración en realidad beneficiaría al mercado.

Finalmente, la Corte consideró los beneficios y/o desventajas públicos y privados que podrían generarse tras otorgar medidas cautelares evitando la concentración. Para la Corte es claro que no habrá ganancia pública con la concentración ya que esta únicamente atenderá con la libre competencia y más bien existe un alto interés público en que se otorguen las medidas cautelares necesarias para evitar que el mercado se perjudique al igual que los consumidores. Al analizar los efectos en el ámbito privado, la Corte llega a la conclusión que si no se otorgan las medidas cautelares evitando la concentración y esta efectivamente se da, fuera improbable que puedan retrotraerse los efectos de esta hasta antes de su realización. Si ya se da la concentración y la Comisión decide que no es una operación legítima al vulnerar la sección séptima de la Ley Clayton, “[i]t would not be simply be a matter of putting the old Office Depot signs back on the stores. Office Depot would have lost its name, many of its stores, its distribution centers, and key personnel”<sup>144</sup>. Consecuentemente no existen ventajas que pesen más a las establecidas por la Corte a no otorgar las medidas cautelares, ni en un plano público ni privado.

De esta manera, la Corte concluye que es necesario otorgar las medidas cautelares solicitadas por la Comisión Federal de Comercio para evitar que se efectivice la concentración entre Staples y Office Depot y se vulnere la competencia. Es interesante que en la conclusión de la argumentación, la Corte lamenta tener que otorgar las medidas cautelares a sabiendas de que esta decisión pondría un fin al Plan y Acuerdo de

---

<sup>144</sup> *Ibíd.* (“[n]o fuera simplemente un asunto de poner los viejos letreros de Office Depot nuevamente en las tiendas. Office Depot habría perdido su nombre, muchas de sus tiendas, centros de distribución, y empleados clave”).

Concentración. La Corte establece lo siguiente, “[t]he Court feels, to some extent, that the defendants are being punished for their own successes and for the benefits that they have brought to consumers”<sup>145</sup>. De igual manera, la Corte establece que la decisión tomada en este caso responde a las cuestiones específicas planteadas en él, y que por lo mismo no debe considerarse como un precedente para la determinación del mercado relevante de producto para las tiendas de grande superficie.

Es curioso que la Corte haga estas declaraciones ya que parece ser que se arrepiente de tener que tomar la decisión que toma sabiendo que al delimitar el mercado relevante de manera tan específica era evidente que el resultado de la concentración de ambas empresas tendría efectos negativos en el mercado. Planteadas estas dudas por parte de la propia autoridad que tomó la decisión, queda la inquietud si el dictamen fue el adecuado, por lo que la decisión se convirtió en objeto de crítica.

La crítica que se le hace a la decisión de Staples y Office Depot, en cuanto a la manera en cómo se determinó el mercado relevante, es que no se consideró si los consumidores efectivamente percibían el mercado relevante como el de las tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina, “[w]hether consumers would perceive the markt for office supplies similarly apparently was not addressed directly”<sup>146</sup>. El factor al que más se le dio peso al momento de determinar el mercado relevante de producto fue la conducta de fijación de precios por parte de Staples y Office Depot, lo que permitió establecer que estas empresas sólo consideran que existe competencia la que se da entre ellas y OfficeMax.

Sin embargo, la Corte si analiza la conducta de los consumidores al momento de determinar el mercado relevante de producto ya que al considerar la conducta de fijación de precios de Staples y Office Depot se demuestra como ambas compañías son capaces de incrementar su precio, en un porcentaje aún por encima al planteado en las *Merger Guidelines* para el *SSNIP test*, de manera que todavía les resulta rentable ya que sus

---

<sup>145</sup> *Ibid.* (“[l]a Corte siente, en cierta medida, que los acusados están siendo castigados por su propio éxito y por los beneficios que han otorgado a los consumidores”).

<sup>146</sup> Kent B. Monroe. “Some Lessons Learned from *FTC v. Staples*”. *Journal of Public Policy & Marketing Vol 18, No. 1*, primavera 1999, p. 22. (“[s]i los consumidores percibirían al mercado para suministros de oficina de igual manera aparentemente no fue abordado directamente”).

consumidores siguen acudiendo a ellas para adquirir los suministros de oficina que requieren. Consecuentemente, al momento en que se establece que el mercado relevante es todas las tiendas de grande superficie que se especialicen en la venta de suministros de oficina ya que los únicos competidores del mercado son Staples, Office Depot y OfficeMax, en realidad también se está considerando la percepción de los consumidores ya que es la conducta de estos lo que ha ayudado a determinar el mercado de esta manera. Si por el incremento de precio los consumidores desplazarían su demanda hacía las otras tiendas de grande superficie, fuere necesario incluirlas en la determinación del mercado relevante, sin embargo esto no sucede.

La aplicación del *SSNIP test* en este caso es un ejemplo de cómo es un examen empírico que arroja resultados reales del mercado, establece el riesgo y ayuda a delimitar el mercado relevante teniendo un fundamento económico. A pesar de que la Corte expresó su lamento al momento de emitir la decisión, sabía que no podía hacer nada al respecto ya que tenía datos exactos proporcionados por la Comisión que corroboraban sus planteamientos de que la concentración afectaría al mercado. A pesar de existir crítica, el *SSNIP test* ayuda a que la decisión de la autoridad tenga un sustento que parece ser irrefutable y que considera la verdadera conducta de los consumidores en el mercado, no sólo hace suposiciones sobre la sustituibilidad de los productos. En este caso en concreto se demostró que un incremento de más del 5%, en el caso de Staples alrededor del 13%, aún era rentable para estas dos compañías sin que los consumidores viertan su demanda hacía otras tiendas, delimitando el mercado relevante de conformidad con lo establecido al *SSNIP test* en las *Merger Guidelines*. Es claro que si se logra incrementar los precios en un 13% y siga siendo rentable para las compañías, un incremento del 5% lo sería también.

En este caso no podría argumentarse que se le está dando una atención especial a un segmento de consumidores especiales ya que si así fuera, en los lugares en donde existe, por ejemplo, un Staples y un Wal-Mart, y Staples ha efectuado un aumento en sus precios, los consumidores acudirían a Wal-Mart para satisfacer sus necesidades ya que en estas tiendas también se puede encontrar, en diferentes condiciones, suministros de oficina que se establecieron como productos con un alto grado de intercambiabilidad funcional. Los consumidores que acuden a tiendas como Staples, Office Depot y OfficeMax se encuentran buscando los productos, servicios, condiciones y características específicas que sólo estas tiendas pueden ofrecer. Por lo tanto, no se puede considerar que al determinar el mercado

relevante de producto como se hizo se está reconociendo únicamente las conductas de un segmento específico de consumidores, sino más bien reconociendo la conducta de los actores que verdaderamente participan en el mercado.

### **2.2.2 EUROPA**

En febrero de 1992, la empresa Nestlé, dedicada a la fabricación y comercialización de productos alimenticios, notificó a la Comisión Europea con un plan de adquisición de la totalidad de acciones de la compañía Perrier, empresa francesa dedicada a la producción y distribución de agua embotellada. El 30 de enero del mismo año, Nestlé celebró un acuerdo con la compañía BSN para vender el manantial Volvic, de propiedad de Perrier, una vez que se realice la transacción entre Nestlé y Perrier. BSN es también una compañía productora y comercializadora de agua embotellada en Francia. Estas tres empresas son los tres grandes productores y distribuidores de agua embotellada, incluyendo agua con gas, sin gas y saborizada, en Francia. De esta manera, después de la transacción el mercado de agua mineral embotellada de Francia quedaría en manos de Nestlé y BSN.

Para analizar los efectos que esta concentración podría traer al mercado, la Comisión Europea empezó por establecer cuál es el mercado afectado. Nestlé propuso que por mercado relevante de producto en este caso se debía entender el de las bebidas refrescantes no alcohólicas, incluyendo en un mismo segmento a los refrescos como al agua embotellada. Este mercado fue propuesto bajo el supuesto de que "...todas estas bebidas cumplen con una misma función básica: calmar la sed del consumidor"<sup>147</sup>. Sin embargo, al igual que en Staples, la Comisión estableció que para determinar el mercado relevante no era suficiente establecer la posible sustitución de los productos en base a su función, sino que era necesario tener sustento económico para determinarlo. De acuerdo a la Comisión, bajo el supuesto de que el mercado relevante esté conformado todos los productos que calmen la sed, no se deben incluir únicamente los refrescos sino también otros productos como la cerveza, el té, leche, etc.

---

<sup>147</sup> Comisión Europea. *Asunto n° IV/M.190-Nestlé/Perrier*. Decisión de la Comisión de 22 de julio de 1992. 92/522/CEE, párr. 8.

La Comisión empezó analizando que el agua mineral embotellada tiene características especiales que lo diferencia de otros productos del mercado de bebidas. El agua mineral está asociado con "...la pureza, la limpieza, la ausencia de contaminación y a la salud y la vida sana en general"<sup>148</sup>, por lo que las compañías productoras y distribuidoras de este producto se enfocan en estas distintivas cualidades del agua para promocionarlo en este sentido. Asimismo, de estudios de mercado efectuados en Francia, se estableció que los consumidores del agua lo beben por considerarlo un producto limpio, y que se lo asocia con un estilo de vida sana.

Contrastantemente, se encontró que las bebidas refrescantes, al tener un sabor distinto al agua y no contar con sus mismos beneficios "...se consumen en menor cantidad y no sólo para calmar la sed, sino también por su sabor o por su asociación con determinados acontecimientos sociales"<sup>149</sup>. De esta manera las bebidas refrescantes, a diferencia del agua, no son un producto de consumo básico que reflejan un estilo de vida sano, sino más bien son una opción de los consumidores, y su consumo responde a diferentes factores, principalmente su sabor.

Bajo estas consideraciones la Comisión estableció que existía una baja elasticidad cruzada en la demanda entre el agua embotellada y los refrescos y no podía considerárselos como productos sustitutos. Por lo tanto, la Comisión mencionó que "...la demanda de agua embotellada y de bebidas refrescantes responde a la satisfacción de necesidades muy distintas [...] y que las bebidas refrescantes no son una alternativa al agua mineral embotellada con suficiente poder sustitutivo"<sup>150</sup>. Para poder sustentar estas afirmaciones la Comisión hizo uso por primera vez del *SSNIP test* en Europa, sustentándose en él para efectivamente determinar cuál debería ser el mercado relevante en este caso. De esta manera, la Comisión afirmó que si se efectuará un pequeño, pero apreciable y no transitorio, incremento en los precios de las aguas embotelladas, no podría esperarse que los consumidores desplacen su demanda hacía la de bebidas refrescantes, por lo que no podría considerarse que son bienes sustitutos y por lo tanto ambos productos no entrarían a

---

<sup>148</sup> *Id.*, párr. 10.

<sup>149</sup> *Id.*, párr. 11.

<sup>150</sup> *Id.*, párr. 12.



formar parte de un mismo mercado relevante de producto. Esta afirmación fue hecha en base a las siguientes consideraciones.

Primero, antes de efectuada la concentración ya existía una considerable diferencia en los precios del agua embotellada y de las bebidas refrescantes, “[to]omando como referencia el agua mineral nacional sin gas, que representa la mayor parte del consumo francés (más del 70%), las bebidas refrescantes, a precio de fábrica, resultan dos o tres veces más caras que el agua mineral”<sup>151</sup>. Es así, que la Comisión establece que si las bebidas refrescantes son dos o hasta tres veces más caras que el agua embotellada, un aumento del 5% en los precios de este producto no podrá considerarse suficiente como para que los consumidores desplacen su demanda hacía las bebidas refrescantes. Aún con un eventual aumento del 5%, para los consumidores resultaba rentable sustituir el agua embotellada con bebidas refrescantes como la Coca-Cola.

En segundo lugar, la Comisión estableció que más allá del precio, debía considerarse que los consumidores al adquirir agua embotellada buscaban satisfacer sus necesidades de obtener productos que sean naturales, puros y sanos. Características asociadas con el agua embotellada por la alta actividad de marketing y publicidad que las tres principales compañías productoras y distribuidoras de agua embotellada en Francia realizaban. De esta manera, la Comisión también argumentó que “...un pequeño aumento en el precio del agua mineral probablemente no indujera al consumidor a sustituir, de forma apreciable, el agua mineral embotellada por bebidas refrescantes”<sup>152</sup>. La Comisión consideró que existe una baja sustituibilidad en los productos no sólo por la marcada diferenciación del precio de los productos y el improbable desplazamiento de la demanda, sino primordialmente por el hecho de que los consumidores no verán realmente satisfecha su necesidad con bebidas refrescantes ya que estas no están asociadas a la idea de ser productos naturales, puros y sanos.

Finalmente, como tercer argumento la Comisión señaló que la política de precios para el agua embotellada en los cinco años previos al análisis era muy distinta a la de las bebidas refrescantes. Mientras que la conducta entre los comercializadores de bebidas

---

<sup>151</sup> *Id.*, párr. 13.

<sup>152</sup> *Ibíd.*

refrescantes estaba caracterizada por bajar precios, la de los productores y distribuidores de agua embotellada se dedicaron a incrementar sus precios. La Comisión determinó que a pesar de esta marcada conducta de precios, el mercado de bebidas refrescantes y el mercado de agua embotellada son dos mercados separados e independientes y la política de precios manejada nada tenía que ver con la conducta del uno frente al otro mercado.

De esta manera, la Comisión lo que hace es indirectamente establecer que Nestlé puede aumentar sus precios en el agua embotellada, aproximadamente un 5%, de manera no transitoria, sin que sus consumidores acudan a otros productos para satisfacer sus necesidades. Así, se demuestra que para Nestlé si resultaría rentable aumentar sus precios ya que la demanda no se desplazaría, quedando de esta manera determinado el mercado relevante de producto, mediante el uso del *SSNIP test*.

En cuanto a la sustituibilidad en la oferta, por las regulaciones a la industria del agua embotellada no es posible que “...fabricantes de bebidas refrescantes o de cerveza pudieran destinar sus actuales instalaciones productivas a la producción de agua, mineral o de manantial”<sup>153</sup>, por lo que a la época no existían reales sustitutos en la oferta ya que no existían productores de otras bebidas que fácilmente puedan cambiar a producir agua embotellada que compita de igual manera con la ya existente en el mercado. Consecuentemente, el mercado relevante de producto quedó fijado como el del agua mineral embotellada. Una vez establecido el mercado relevante de producto, la Comisión estableció que el mercado geográfico era únicamente Francia por la dificultad que otros competidores tenían de entrar a participar en el mercado francés.

Determinado el mercado en el que debía efectuarse el análisis, la Comisión concluyó que

...incluso sin la fusión, el mercado francés del agua envasada muestra ya un alto grado de concentración y que la fusión no haría sino aumentarla, ya que sólo dos productores controlarían un 82% del mercado en valor y casi un 75% en volumen, así como más del 90% del agua sin gas mineral<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> *Id.*, párr. 18.

<sup>154</sup> *Id.*, párr. 48.

Así, el mercado quedaría en manos de Nestlé y de BSN, compañías que se demostró se encontraban colaborando para manejar el mercado. Por lo tanto, la Comisión encontró que “...la estructura de mercado resultante de la fusión de Nestlé y Perrier [...] crearía un oligopolio dual en el mercado francés del agua embotellada que impediría una competencia efectiva y perjudicaría considerablemente a los consumidores”<sup>155</sup>. La Comisión concluye que esta operación es riesgosa para los consumidores franceses de agua embotellada ya que se estaría entregando el mercado a dos proveedores únicamente, quienes tienen una posición dominante en el mercado, y lo que facultará que Nestlé, después de la transacción, actúe con total independencia del mercado.

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión concluyó que “...tanto con la venta de Volvic a BSN como sin ella, el proyecto de fusión crearía una posición dominante que supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común...”<sup>156</sup>, perjudicando a los consumidores de agua embotellada y vulnerando la normativa que protege la competencia. Para que se autorice la transacción, Nestlé se comprometió a vender a un nuevo competidor las marcas comerciales de algunos de sus manantiales y a proveer de tres millones de litros de agua al año para que pueda entrar a participar en el mercado en igualdad de condiciones. Asimismo, Nestlé se comprometió a no divulgar su información de volumen de ventas o cualquier otro tipo de información que pueda beneficiar a otros competidores en el mercado. Nestlé tampoco podrá disponer de los activos y pasivos de Perrier hasta que haya cumplido con la condición, por lo que deberá manejarlos separadamente a los de Nestlé, ni tampoco podrá afectar la estructura de Perrier. La venta de Volvic a BSN quedó pendiente al cumplimiento de la condición por parte de Nestlé. La Comisión finalmente declaró a la operación como compatible con el mercado común, siempre y cuando Nestlé cumpla con su condición, a la Comisión le interesó que “...surja un competidor adecuado capaz de oponer una competencia efectiva a Nestlé y BSN, evitándose la posición dominante colectiva que se crearía con la propuesta de concentración y la subsiguiente venta de Volvic a BSN”<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> *Id.*, párr. 131.

<sup>156</sup> *Id.*, párr. 136.

<sup>157</sup> *Id.*, párr. 137.

Esta decisión por parte de la Comisión Europea, marcó el comienzo del uso del *SSNIP test* como mecanismo para determinar el mercado relevante en Europa. Al igual que en el caso de Staples, el examen fue utilizado como el parámetro con el que se midió el verdadero grado de sustituibilidad existente en los consumidores. Sirvió para delimitar cuál es el mercado relevante que debería considerarse ya que en ambos casos las empresas implicadas argumentaban que se debía considerar un mercado más amplio, en el cual se reduciría su participación considerablemente. Así, el *SSNIP test* sirvió de base para fundamentar cuál debía ser en realidad el mercado relevante, dándole la importancia que merece en esta determinación a la conducta de los consumidores. Si a través de las decisiones de las autoridades se busca proteger al mercado y a los consumidores, se debe empezar por delimitar el mercado en base a cómo los consumidores reaccionan y se comportan dentro de él, no en especulaciones.

### **2.2.3 COMPARACIÓN DEL RESULTADO DE LA UTILIZACIÓN DEL *SSNIP TEST***

Resulta curioso que en el caso de Nestlé, la decisión de la Comisión fue permitir que la concentración se dé sujetándola al cumplimiento de una condición, mientras que en el caso de Staples, la Corte Distrital de Columbia decidió negar por completo la operación económica. A la Comisión Europea le interesa que nuevos competidores puedan entrar a un mercado de difícil acceso como el de agua embotellada en Francia, por lo que decidió permitir que la transacción se lleve a cabo siempre y cuando se garantice que un tercer competidor entre al mercado en condiciones que le permita efectivamente competir con Nestlé y BSN, y hasta crecer en dicho mercado. Por otro lado, la Corte Distrital niega que la operación entre Staples y Office Depot se lleve a cabo, pero no hace nada para promover que el mercado de tiendas de grande superficie especializadas en venta de suministros de oficina sea un mercado más competitivo al que otros competidores aparte de Staples, Office Depot y OfficeMax puedan entrar a participar.

La aplicación del *SSNIP test* en ambos casos ayudó a que tanto la Corte Distrital como la Comisión, justifiquen la verdadera existencia de mercados más estrechos a los originalmente planteados por las partes. De esta manera, la decisión de las autoridades pertinentes se sustentó en resultados y no dependió únicamente de criterios subjetivos como antes se hacía “[a] falta de reglas coherentes y verificables en la legislación

antimonopolio, los magistrados y otros funcionarios del Estado toman decisiones arbitrarias empleando doctrinas antimonopolio que se basan en una creencia que no se doble fácilmente ante la razón, la lógica o los datos empíricos”<sup>158</sup>. Así, el *SSNIP test* sirve como una directriz clara para eliminar el alto grado de subjetividad con el que se determinaba antes el mercado relevante.

La diferencia en los resultados de las decisiones de Staples y Nestlé ejemplifican que a pesar de tener un mercado relevante sustentado en información racional, al haber sido determinados a través del uso del *SSNIP test*, aún se encuentra presente la potestad discrecional de las autoridades al momento de tomar la decisión final. En ambos casos la determinación del mercado relevante tuvo sustento económico, asimismo en ambos casos los operadores económicos involucrados ostentaban ya un alto grado de poder de mercado hasta antes de la concentración económica, sin embargo el resultado de ambos casos fue totalmente contrario. La decisión final de las autoridades debería siempre estar encaminada a proteger los intereses del mercado y promover la competitividad dentro de ellos, sin embargo esto no siempre ocurre.

En el caso de Nestlé, la Comisión decidió tomar una resolución que aunque riesgosa, ya que reconocía la posición dominante de Nestlé y BNS en el mercado de agua embotellada en Francia, tenía en su mira beneficiar al mercado en un futuro cercano al obligar que se le permita la entrada al mercado a un tercer participante. En el caso de Staples, la Corte Distrital toma la decisión de otorgar medidas cautelares para evitar que se dé la concentración ya que se concluyó que esta afectaría al mercado, sin embargo el juez Hogan lamenta su decisión ya que siente que está castigando a los operadores económicos por el éxito que han obtenido dentro del mercado.

No obstante, queda claro que la aplicación del *SSNIP test* en ambos casos, es decir un mecanismo empírico, ayuda a establecer y esclarecer con mayor exactitud el mercado relevante. Es así que para el caso de Staples se ha reconocido que

[i]n almost all merger cases before *Staples*, the DOJ or FTC relied primarily, if not exclusively, on indirect structural evidence of the kind presented above to infer that a significant price increase could be expected from that merger. *Staples* is unique, however,

---

<sup>158</sup> Edwin S. Rockefeller. *La Religión del Antimonopolio*. [http://www.elcato.org/pdf\\_files/antitrust.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/antitrust.pdf) (acceso: 10/12/2014).

in terms of the large number of independent sources of strong, consistent, and direct evidence that were introduced at trial to show that prices would likely increase as a result of their merger<sup>159</sup>.

Consecuentemente, el *SSNIP test* es un mecanismo que se emplea para no tener que depender en información indirecta sobre el mercado ni tener que hacer predicciones sin tener un sustento económico, por lo que claramente ofrece un beneficio para la determinación del mercado relevante y es un apoyo para la decisión de las Autoridades ofreciendo seguridad jurídica.

---

<sup>159</sup> Serdar Dalkir y Frederick R. Warren-Boulton. *Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot* (1997). <http://www.law.berkeley.edu/faculty/rubinfeld/Profile/publications/Dalkir.Warren-Boulton..staples-office%20depot.pdf>. (acceso: 04/03/2015).

## **CAPITULO 3- APLICABILIDAD DEL *SSNIP TEST* EN EL ECUADOR**

Presentadas las ventajas y desventajas en la utilización del *SSNIP test* como mecanismo para establecer el mercado relevante, consideradas las consecuencias que la aplicación del *SSNIP test* han ocasionado a los mercados en Estados Unidos y Europa, es fundamental realizar un estudio normativo sobre la regulación de los casos de abuso de posición dominante y concentraciones jurídico-económicas en la normativa de estas jurisdicciones para determinar si es que esta afecta a la aplicabilidad del *SSNIP test*. Posteriormente, deberá efectuarse un análisis centrado en la normativa que protege a la competencia en el Ecuador con el fin de verificar que su regulación de los abusos de posición dominante como las concentraciones jurídico-económicas no influya en la eficacia en cuanto al uso del *SSNIP test*. A continuación se considerarán las decisiones que ya han sido adoptadas por la autoridad competente ecuatoriana para demostrar cómo se está determinando el mercado relevante actualmente, si es que en realidad se han tomado decisiones objetivas sobre la definición del segmento del mercado que se utilizará para la investigación. Una vez que se estudian los casos decididos, y los efectos que la determinación del mercado relevante ha tenido en estos, deberá establecerse si en realidad la implementación del *SSNIP test* como método técnico para determinar el mercado relevante en el Ecuador es viable. En otras palabras, si su aplicación brinda resultados objetivos en los que la autoridad puede basarse para indudablemente determinar el mercado relevante.

### **3.1 APLICACIÓN DEL *SSNIP TEST* BAJO LA NORMATIVA QUE PROTEGE LA COMPETENCIA**

Existen varios tipos de conductas reguladas por el derecho de la competencia, sin embargo para efectos del análisis de esta tesina, se tomará en cuenta a los abusos de la posición dominante y por otro lado las concentraciones económicas que podrían llegar a distorsionar el mercado. Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran prohibidas ya que estas perjudican a la competencia y el libre desenvolvimiento del mercado. Por otro lado, es importante tener en cuenta que no todas las concentraciones económicas están reguladas por el derecho de la competencia, sólo aquellas que posiblemente podrían llegar a afectar al mercado, de esta manera las legislaciones que

regulan el derecho de la competencia suelen incluir umbrales para especificar qué concentraciones están sujetas a análisis y posible regulación. Específicamente en el caso ecuatoriano, el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha establecido que habrá obligación de notificar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado todas las concentraciones económicas en las que el volumen de negocios total de los partícipes supere las doscientas mil remuneraciones básicas unificadas o cuando los involucrados que se dedican a la misma actividad alcanzan a obtener o superar el treinta por ciento de la participación del mercado. Consecuentemente, tanto las prácticas restrictivas de la competencia como las concentraciones económicas que deben ser reguladas requieren de un análisis previo del poder de mercado para poder estudiar su verdadero efecto en el mercado.

Por abuso de posición dominante se entiende la existencia de un operador económico que ostenta ya una posición de dominio en el mercado y que se encuentra abusando de su poder de mercado de tal manera que distorsiona el mercado. A diferencia de las concentraciones, en casos de abuso de posición dominante, “...it is necessary to inquire into whether the defendant possesses monopoly power or is in a position to obtain monopoly power”<sup>160</sup>, no se enfoca en el hecho de si la conducta podrá aumentar el poder de mercado sino en la determinación de si el involucrado ostenta suficiente poder de mercado como para que sea riesgoso. Es así, que para determinar si es que en realidad se ha dado un abuso a la posición dominante se deberá examinar dos factores, “[e]n primer lugar, que exista una posición de dominio en el mercado, de una o de varias empresas, y en segundo lugar, que se explote de forma abusiva esa posición”<sup>161</sup>.

Por otro lado, las concentraciones económicas que deben ser reguladas por su posible impacto en el mercado son aquellas mediante las que se concentra la participación de uno o varios operadores económicos en un segmento determinado del mercado a tal grado que resulta peligrosa la formación de un monopolio que perjudique al mercado y a

---

<sup>160</sup> Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. “Roundtable on Market Definition”. *Organisation for Economic Co-operation and Development*, June 2012, p. 5. (“...es necesario cuestionar si el operador involucrado posee poder monopólico o si está en posición de alcanzar poder monopólico”).

<sup>161</sup> Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Marcial Pons: Madrid, 2005, p. 415.



los consumidores. Esto se debe a que las concentraciones jurídico-económicas podrían arriesgar los mercados y la economía de los Estados, por lo tanto "...las concentraciones jurídico-económicas de empresas que participen en un mismo mercado deben ser informadas al Estado, previa su realización, para que éste a su vez estudie desde el punto de vista económico las consecuencias de la operación..."<sup>162</sup>. Evidentemente, el Estado apunta a evitar que puedan darse escenarios en donde las empresas involucradas en la concentración lleguen a manejar el mercado en el que participan al ser las únicas beneficiarias de la operación. De esta manera, para analizar las concentraciones se ha establecido que "[t]he analysis focuses not on the market power of the firms as such, but on the increase in the market power caused by the merger"<sup>163</sup>.

De todas maneras, queda claro que en ambos casos es fundamental establecer que los operadores económicos involucrados ostenten suficiente poder de mercado como para poder realmente perjudicar al mercado. Se ha establecido que el procedimiento habitual para analizar la existencia de poder de mercado "...is first to define a relevant market, then to compute the defendant's market share, and finally to infer the presence or absence of market power from that share"<sup>164</sup>. Por lo tanto, es necesario comenzar con la determinación del mercado relevante para establecer si es que los operadores económicos podrán influenciar en el segmento de mercado en el que se desarrollan. Las dos conductas plantean diferentes escenarios que alteran el mercado, o podrían hacerlo en un futuro, por lo que es necesario analizar si es posible aplicar el *SSNIP test* de igual manera en ambos escenarios para establecer el mercado relevante, y sólo así analizar el efecto de las conductas en los mercados. Consecuentemente, es necesario concluir si cualquier conducta que se encuentra prohibida por el derecho de la competencia podrá ser examinada bajo la luz del *SSNIP test* y si este podrá ofrecer resultados indiscutibles sobre el mercado relevante. Esto ayudará a concluir si en realidad el *SSNIP test* es un mecanismo eficiente para determinar el mercado

---

<sup>162</sup> Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. *Óp. cit.*, p. 227.

<sup>163</sup> William M. Landes y Richard A. Posner. "Market Power in Antitrust Cases". *Havard Law Review*. *Óp. cit.*, p. 972. ("[e]l análisis se enfoca no en el poder de mercado de las empresas involucradas como tal, sino en el incremento del poder de mercado causado por la concentración").

<sup>164</sup> William M. Landes y Richard A. Posner. "Market Power in Antitrust Cases". *Havard Law Review*. *Óp. cit.*, p. 960. ("...es primero definir el mercado relevante, después computar la cuota de participación del acusado, y finalmente inferir la presencia o ausencia de poder de mercado de esa participación").

relevante para cualquiera de las conductas previamente expuestas, prohibidas bajo el derecho de la competencia.

### 3.1.1 ESTADOS UNIDOS

Al hablar del derecho de competencia en Estados Unidos existen varias Leyes creadas para este propósito, sin embargo se da especial énfasis a tres normas que contemplan los supuestos prohibidos, la Ley Sherman, la Ley de la Comisión Federal de Comercio y la Ley Clayton. Así se ha establecido que,

[s]ection one of the Sherman Act forbids ‘restraint of trade’; section two makes it unlawful to ‘monopolize’ or ‘attempt to monopolize’; the Federal Trade Commission Act forbids ‘unfair methods of competition’; and the Clayton Act condemns tying arrangements, exclusive dealing contracts, and mergers that may ‘substantially lessen competition or tend to create a monopoly’<sup>165</sup>.

Por lo tanto, cada Ley se ocupa de regular diferentes tipos de conductas que atentan con la libre competencia y que por lo tanto se encuentran expresamente prohibidas. Cada una de estas Leyes se creó con diferentes propósitos, pero todas han tenido como finalidad combatir las conductas de los operadores económicos que han distorsionado el mercado al buscar únicamente beneficios propios. De esta manera, este conjunto de Leyes son la base de protección de la libre competencia en Estados Unidos.

La Ley Sherman fue la primera en ser promulgada en 1890, y como se mencionó, básicamente se encarga de “...reprim[ir] los pactos o convenios que restrinjan la competencia cualquiera sea su contenido y forma que adopten, así como los monopolios o el intento de monopolizar la economía...”<sup>166</sup>. Consecuentemente, fue la primera Ley en Estados Unidos mediante la que se apuntó regular cualquier intento de monopolización que pondría en riesgo al mercado y la competencia o cualquier acuerdo restrictivo de la competencia. De esta manera, se estableció que

---

<sup>165</sup> Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop. “Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law”. *Georgetown Law Journal Association. Óp. cit.*, p. 3. (“[s]ección uno de la Ley Sherman prohíbe ‘restricciones de comercio’; sección dos hace ilegal ‘monopolizar’ o ‘intentar monopolizar’; la Ley de la Comisión Federal de Comercio prohíbe ‘métodos desleales de competencia’; y la Ley Clayton condena acuerdos de ventas atadas, acuerdos exclusivos, concentraciones que puedan ‘sustancialmente perjudicar la competencia o causar la creación de un monopolio’”).

<sup>166</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Óp. cit.*, p. 48.

[s]e trata de una Ley Federal, que pretende atajar el proceso de concentración económica, promovido por la gran riqueza de recursos naturales, un espíritu marcadamente individualista, a cuyo tenor el poder económico es sinónimo de éxito, la aparición de invenciones y perfeccionamientos técnicos y tecnológicos, el acentuado proteccionismo público a las industrias nacionales-ayudas directas, política arancelaria- y, en último término, la magnitud de un mercado como el norteamericano<sup>167</sup>.

Así, con esta Ley se pretendió en Estados Unidos proteger a los mercados y evitar a toda costa que las empresas tengan la facultad de limitar o restringir la libre competencia, intentando proteger a toda costa los mercados norteamericanos.

Es importante reconocer que a pesar de la publicación de esta Ley, la aplicación del derecho de la competencia en los Estados Unidos no empezó con lineamientos claros. En otras palabras, no estaba claro la extensión de la regulación y prohibición de las conductas reguladas por la Ley Sherman. A la época de publicación de la Ley Sherman, “[e]l legislador cree que el rol principal de un sistema de libre competencia es que funcione en un modelo de competencia perfecta y por ello debe evitarse las empresas enormes”<sup>168</sup>. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que el desarrollo jurisprudencial fue acoplándose a la realidad práctica, por lo que se ha establecido que

[I]a propia jurisprudencia de aplicación de esta legislación parece oscilar a lo largo de las diferentes etapas entre criterios más o menos flexibles. La *per se condemnation theory* resulta templada muchas veces por consideraciones de conveniencia, referencias al interés público y apreciación de las circunstancias del caso (*rule of reason*)<sup>169</sup>.

Esto es palpable en los casos de *Addyston Pipe and Steel Company v. United States*<sup>170</sup> y *The Standard Oil Company of New Jersey et al. v. United States*<sup>171</sup>, en donde es evidente cómo en casos en donde se utiliza regla *per se* empiezan a notar rasgos de razonamientos en donde debe emplearse la regla de la razón. Esto implica que las conductas dejen de

---

<sup>167</sup> Hermenegildo Baylos Corroza, et al. *Tratado de Derecho Industrial Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica y Disciplina de la Competencia Desleal*. Óp. cit., p. 344.

<sup>168</sup> Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Óp. cit., p. 45.

<sup>169</sup> Hermenegildo Baylos Corroza, et al. *Tratado de Derecho Industrial Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica y Disciplina de la Competencia Desleal*. Óp. cit., p. 348.

<sup>170</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *Addyston Pipe and Steel Company v. United States*. Sentencia de 4 de diciembre de 1899. 175 U.S. 211.

<sup>171</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *The Standard Oil Company of New Jersey et al. v. The United States*. Sentencia de 15 de mayo de 1911. 211 U.S. 1.

considerarse ilegales *per se* y más bien necesitan un análisis para demostrar si es que en realidad se trata de conductas que están perjudicando el mercado, se va tomando en cuenta que lo importante era la efectiva protección a la competencia en los mercados y no el desincentivo de la formación de grandes empresas.

Por otro lado, en 1914 se buscó reforzar la protección a la libre competencia mediante la creación de la Ley de la Comisión Federal de Comercio y la Ley Clayton. La Ley de la Comisión Federal de Comercio es importante porque mediante ella se creó la Comisión Federal de Comercio, órgano administrativa de los Estados Unidos que se encarga de investigar y prevenir las conductas anticompetitivas prohibidas, así como “...impedir y reprimir la competencia desleal a través de un proceso administrativo”<sup>172</sup>. La importancia de este órgano administrativo es que es la entidad que verifica que los actores de los mercados estadounidenses no se encuentren vulnerando ninguna norma que protege la libre competencia.

La Ley Clayton nace con la finalidad de complementar la Ley Sherman, creada veinte años antes. La importancia de esta Ley es que “...prohíbe las adquisiciones empresariales ‘cuando [...] el efecto de esa adquisición puede ser una reducción sustancial de la competencia o la tendencia a crear un monopolio’”<sup>173</sup>, por lo que se enfoca en evitar que los operadores económicos puedan manejar y controlar los mercados en los que participan. Asimismo, la Ley Clayton fue enmendada en 1936 por la Ley Robinson-Patman<sup>174</sup> para prohibir que se aplique una discriminación de precios a un segmento específico de consumidores cuando se trata de productos que tienen igualdad de condiciones.

Las conductas prohibidas bajo estas leyes requieren un análisis por parte de la autoridad competente para determinar si en realidad se encuentran vulnerando al mercado o no. Para analizar si es que la monopolización y los acuerdos que limitan la competencia, bajo la Ley Sherman, o las concentraciones que restringen la competencia, bajo la Ley

---

<sup>172</sup> Pinkas Flint. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. *Óp. cit.*, p, 48.

<sup>173</sup> Edwin S. Rockefeller. *La Religión del Antimonopolio*. [http://www.elcato.org/pdf\\_files/antitrust.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/antitrust.pdf) (acceso: 10/12/2014).

<sup>174</sup> Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. (acceso: 05/03/2015).

Clayton, se encuentran perjudicando al mercado, es fundamental empezar con un análisis del grado de poder de mercado que los involucrados ostentan. Por lo tanto, es necesario empezar el análisis determinado cuál es el mercado relevante para medir el poder de mercado dentro de este segmento económico. Considerando que es fundamental la delimitación del mercado relevante, es necesario analizar si es posible aplicar en todos los casos el *SSNIP test*.

Por lo tanto, una vez estudiado el *SSNIP test* como mecanismo eficiente y poco eficiente para determinar el mercado relevante, es necesario establecer si es que el tipo de conducta que se está analizando afecta en que la consideración del *SSNIP test*. Es decir, si es que el tipo de conducta analizada en cada caso específico tiene alguna implicación en la consideración del *SSNIP test* como un método eficiente o poco eficiente para determinar infaliblemente el mercado relevante. Consecuentemente, se debe analizar si hay diferencias en si se está investigando un caso de abuso de posición dominante o un caso de concentración jurídico-económica.

Ya se estableció que el *SSNIP test* es un mecanismo que ofrece resultados empíricos sobre el mercado, por lo que delimita el segmento del mercado que realmente podría verse afectado por la conducta de los operadores económicos. Sin embargo, también se planteó que si no se considera ciertas particularidades del mercado y de cómo los operadores se encuentran actuando dentro del mercado, los resultados que el *SSNIP test* ofrece no reflejarán el verdadero mercado relevante que debería considerarse para el análisis. Es de esta manera que resulta fundamental analizar si es que es un mecanismo eficiente o no para determinar mercados relevantes en los casos de monopolizaciones, incluyendo los acuerdos que limitan la competencia, prohibidas por la Ley Sherman, y en casos de concentraciones, reguladas por la Ley Clayton, ya que en cada escenario las autoridades deben realizar un análisis distinto.

En el caso de monopolios y acuerdos que limitan la competencia establecidos en la Ley Sherman, lo que se empieza a analizar es la efectiva existencia de poder de mercado para pasar a determinar si es que mediante esta posición, un operador económico se encuentra vulnerando el mercado. En otras palabras, se busca establecer si los operadores económicos ostentan suficiente poder de mercado cómo para poder llegar a manipular el mercado y perjudicarlo. Sólo de esta manera se podrá concluir que existe un operador

económico que se encuentra afectando al mercado o que existen acuerdos de operadores económicos que efectivamente se encuentran limitando la competencia. Por otro lado, en el caso de concentraciones, lo que se trata de determinar es si a través de una concentración de participación de varios operadores económicos se estaría dando paso a que estos tengan suficiente poder de mercado como para poder actuar como un monopolio, abusar de él y de esta manera perjudicar al mercado.

Tomando en cuenta que lo que la autoridad analiza en ambos casos son dos supuestos distintos, resulta cuestionable si el *SSNIP test* puede considerarse un mecanismo eficiente para determinar el verdadero mercado relevante en los dos tipos de conductas. De esta manera se ha establecido que “[i]t is clear that market power must be determined for actions brought pursuant to either statute, but it is also clear that the degree and level of market power necessary for finding a violation under each differs”<sup>175</sup>, lo que da una clara pauta que lo que difiere en el análisis de las dos conductas es el grado de poder de mercado que deben tener para considerar que se está vulnerando la libre competencia. Parecería ser que el mayor problema que podría presentarse al aplicar el *SSNIP test* es que este mecanismo no considera la pre existencia de un alto grado de poder de mercado, y al realizar el incremento no transitorio de precios no se está considerando la posibilidad de que los precios no se encuentren a un nivel competitivo. Esto refleja una de las mayores críticas que se le ha hecho al *SSNIP test* cuando se establece que falla en determinar el mercado relevante al depender de qué precios utilizar para efectuar el ejercicio hipotético. Esto podría llegar a ocasionar la falacia del celofán ya que “[t]he cellophane fallacy occurs when assessing the market power of a monopolist by applying the *SSNIP test* at the monopoly price”<sup>176</sup>.

En los supuestos previstos en la Ley Sherman, monopolios y acuerdos que limitan la competencia, es necesario que estos ya tengan un alto grado de poder de mercado, por lo

---

<sup>175</sup> Glenn William Brown. “Relevant Geographic Market Delineation: The Interchangeability of Standards in Cases Arising Under Section 2 of the Sherman Act and Section 7 of the Clayton Act”. *Duke Law Journal*. (1979), p. 1154. (“[e]s claro que el poder de mercado debe determinarse por acciones bajo cualquiera de las dos Leyes, pero también es claro que el grado y nivel de poder de mercado necesario para encontrar una violación bajo cada una difiere”).

<sup>176</sup> Debra J. Aron y David E. Burnstein. “Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy”. *Journal of Competition and Economics*, 2010, p. 975. (“[l]a falacia del celofán ocurre cuando se analiza el poder de mercado de un monopolista al aplicar el *SSNIP test* a precios monopólicos”).

que realmente se analiza es si se encuentran abusando de él por la posición ventajosa en el mercado en la que se encuentran. Por otro lado, en el caso de concentraciones, se está buscando la posibilidad de que los involucrados lleguen a tener un grado de poder de mercado que sea suficiente para poder abusar de él, y se termine por afectar el mercado. Cuando se emplea el *SSNIP test*, el incremento de precios refleja la verdadera elasticidad en el mercado ya que en teoría, se considera un mercado que aún no se encuentra distorsionado, por lo que refleja los verdaderos sustitutos del mercado. De esta manera, el primer paso a seguir es medir el poder de mercado de los involucrados dentro del mercado relevante fijado.

Aunque en ambos casos se está analizando supuestos distintos que podrían distorsionar el mercado, para comenzar con el análisis es necesario determinar el grado de poder de mercado. El *SSNIP test* es un mecanismo que ofrece resultados empíricos sobre el mercado, sin embargo se debe tener cuidado al aplicar el *SSNIP test* con los operadores económicos que se encuentran ofertando sus productos o servicios con precios por sobre el nivel competitivo. Se ha establecido que cuando no se consideran los precios a niveles competitivos las autoridades pueden llegar a una conclusión

...failing to recognize that a firm with monopoly power finds it profitable to raise price- above the competitive level- until demand becomes elastic. Hence, [...] at monopoly price the firm faces close substitutes and would not be able profitably to raise price further<sup>177</sup>.

El problema de efectuar el *SSNIP test* con estos precios es que realmente no se mide el verdadero grado de elasticidad en la demanda, por lo que no se determina el verdadero mercado relevante, lo que causa que el *SSNIP test* no sea un mecanismo idóneo.

Cuando los operadores económicos ya se encuentran utilizando precios por encima de niveles competitivos, y a estos se les incrementa aún más el precio se obliga a los consumidores a que desplacen la demanda hacia otros productos que en realidad no son verdaderos sustitutos. Por lo tanto, no existe una verdadera determinación del mercado relevante

---

<sup>177</sup> U.S. Department of Justice. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. [http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter2.htm](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter2.htm). (acceso: 08/02/2015). (“...equivocada al reconocer que un operador económico con poder de monopolio pueda incrementar sus precios rentablemente-por encima de los niveles competitivos-hasta que la demanda se vuelva elástica. Por lo tanto, [...] a precios monopólicos los operadores económicos encuentren sustitutos cercanos y no puedan rentablemente incrementar más los precios”).

[b]ecause a monopolist will rationally increase price to a point where other goods or services become substitutable, applying the SSNIP test at the monopolist's profit-maximizing price would lead analysts to find more substitutability (broader product markets) than is warranted and to infer erroneously a lack of market power<sup>178</sup>.

De esta manera, se puede concluir que al momento de determinar el mercado relevante, el *SSNIP test* no considera el hecho de que un operador económico antes del ejercicio pueda ya tener un alto grado de poder de mercado y que se encuentra abusando de él al establecer precios altos. Esto ocasiona que se incluyan sustitutos dentro del mercado que en realidad no son sustitutos perfectos al bien principal, delimitando el mercado relevante de manera muy amplia, causando que las autoridades lleguen a una equivocada conclusión sobre la afectación del mercado.

A este error al momento de determinar el mercado relevante se lo conoce como la falacia del celofán y ocasiona que "...en respuesta a un incremento en precios, el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia productos que no consideraría como sustitutivos en caso de que los precios se situasen en el nivel competitivo"<sup>179</sup>, consecuentemente determinando el mercado relevante de manera muy amplia, lo que causa que se "...dilu[ya] de forma artificial el poder de mercado que en realidad posee (y ejerce) el operador objeto de investigación"<sup>180</sup>.

Es así que la determinación de mercado relevante no puede efectuarse de igual manera con el *SSNIP test* bajo todos los supuestos. Aunque se ha establecido que "[i]n contrast to section 2, which deals with actual monopolization as the ultimate question of fact, section 7 concerns monopolization in its incipient stages"<sup>181</sup>, proponiendo que el

---

<sup>178</sup> Debra J. Aron y David E. Burnstein. "Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy". *Journal of Competition and Economics*. *Op. cit.*, p 975. ("[p]orque un monopolista incrementará racionalmente el precio a un punto donde otros bienes o servicios se vuelvan sustituibles, aplicando el SSNIP test con precios que optimizan ganancias causará que los analistas encuentren más sustituibilidad (mercados relevantes de producto más amplios) que los garantizados e inferir equivocadamente la falta de poder de mercado").

<sup>179</sup> Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. *Dificultades para la definición del mercado relevante preprado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino*. <http://www.uv.es/~frequentia/estructura/NERA.pdf>. (acceso: 15/01/2015).

<sup>180</sup> *Ibíd.*

<sup>181</sup> Glenn William Brown. "Relevant Geographic Market Delineation: The Interchangeability of Standards in Cases Arising Under Section 2 of the Sherman Act and Section 7 of the Clayton Act". *Duke Law Journal*. *Op. cit.*, p. 1154. ("[e]n contraste con la sección 2, que trata con monopolización como la última pregunta de hecho, la sección 7 se preocupa de la monopolización en sus etapas iniciales").



grado de poder de mercado que se analiza en estas dos normas es distinto, no se ha establecido que el *SSNIP test* se vea afectado directamente por esto. Es decir, no existe prueba que la aplicación del *SSNIP test* se vea afectada por casos de abuso de posición dominante o concentraciones. Por el contrario, parecería ser que la aplicación del *SSNIP test* se complica cuando existen precios que no se encuentren a nivel competitivo, sea para casos bajo la Ley Sherman o la Ley Clayton. Consecuentemente, la inaplicabilidad del *SSNIP test* no se debe a que el grado de poder de mercado que se mide en las conductas prohibidas por la Ley Sherman y en las de la Ley Clayton es distinto, sino a la práctica que los involucrados estén manteniendo dentro del mercado, como en los precios que establecen.

### 3.1.2 EUROPA

El derecho de la competencia en Europa se encuentra regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los artículos 101 al 106. El artículo 101 de este Tratado establece que,

[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior ...<sup>182</sup>.

Por lo que este artículo penaliza cualquier tipo de acuerdo entre empresas que ponga en riesgo la libre competencia y cualquier intento de concentración que de igual manera restrinja la competencia. Asimismo, se ha establecido que lo que se busca a través de este artículo es "...evitar el ejercicio abusivo del poder económico introduciendo una forma de control a las grandes concentraciones"<sup>183</sup> además de ejercer control sobre cualquier tipo de contrato que tenga por efecto interferir con la libre competencia. Por otro lado, el artículo 102 del Tratado se encarga de prohibir el abuso de la posición dominante por parte de cualquier operador económico, y lo determina como incompatible con el mercado interior.

---

<sup>182</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Comunidad Europea del 30 de marzo de 2010. C 83/47. Artículo 101.

<sup>183</sup> Pinkas Flint. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. *Óp. cit.*, p. 51.

Consecuentemente, las conductas prohibidas para el derecho europeo que protege la competencia se encuentran básicamente en los artículos 101 y 102 del Tratado, sin embargo existe una clara distinción entre los dos tipos de conductas. Para comenzar, el artículo 102 se encarga de penalizar el abuso de la posición dominante, “[s]erá incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior...”<sup>184</sup>. Por otro lado, el artículo 101 penaliza cualquier tipo de conducta que pueda “impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”, incluyendo en este grupo de conductas a las concentraciones. De esta manera, quedan diferenciados en dos grupos de conductas prohibidas que tratan sobre circunstancias distintas que pueden darse en el mercado. Por lo tanto, por los distintos tipos de conductas y sus peculiaridades, parece ser necesario hacer una distinción sobre el grado de poder de mercado que se necesita en ambos casos para considerar a las conductas prohibidas por el Tratado.

En el primer supuesto, para que haya un abuso de posición dominante debe haber un alto grado de poder de mercado mediante el cual haya un abuso y se esté distorsionando el mercado, mientras que en el segundo caso queda claro que será necesario analizar si es que existe un grado de poder de mercado suficiente que cause que a través de las conductas se pueda afectar al mercado. Es así, que al igual que en el caso de Estados Unidos, se debe iniciar determinando el grado de poder de mercado de los involucrados. Asimismo, la utilización del *SSNIP test* no podrá ofrecer resultados verdaderos sobre el mercado relevante cuando se esté analizando la conducta de un operador económico que ya se encuentra actuando como un monopolista dentro del mercado, y por lo tanto se encuentra utilizando precios por encima de los niveles competitivos.

La Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante estableció que

---

<sup>184</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Óp. cit.*, artículo 102.

[e]n general, y en particular para el análisis de los casos de concentración, el precio que debe tenerse en cuenta es el prevalente en el mercado. Esto podría no ser así cuando este precio haya sido determinado en ausencia de un grado suficiente de competencia.<sup>185</sup>

De esta manera, para el análisis de los casos que afectan a la libre competencia, la Comunicación de la Comunidad Europea, que se ha encargado de establecer lineamientos para determinar el mercado relevante, advierte que podrán haber casos, tanto de concentraciones como de abuso de posición dominante en donde el precio ya se encuentre aumentado sustancialmente, lo que causará que el *SSNIP test* no ofrezca resultados idóneos. Esto se debe a que

...la noción misma de dominancia implica que la empresa en esa situación puede funcionar con independencia de sus competidores, y por tanto no está sujeta a restricciones competitivas de ningún tipo, lo que provocará que tenga la facultad de elevar artificialmente los precios<sup>186</sup>,

cuestión que podría aplicarse tanto para casos de abusos de posición dominante como de concentraciones en donde se debe tener cuidado con aplicar los precios del mercado al no ser precios competitivos.

La Comunicación es clara al establecer que este supuesto podrá darse en casos de concentraciones como en casos de abuso de posición dominante, por lo que no puede concluirse que el *SSNIP test* sea eficaz para una conducta y para la otra no. Lo que si hace la Comunicación es enfatizar que los casos de tratar con operadores económicos que se encuentre utilizando precios por encima del nivel competitivo podrá darse con algo más de facilidad que en el caso de concentraciones, “[e]n particular, para la investigación de los abusos de posición dominante ha de tenerse en cuenta el hecho de que el precio prevalente puede haber sido aumentado ya sustancialmente”<sup>187</sup>. Por lo tanto, para la aplicación del *SSNIP test* es fundamental tomar en cuenta las características del mercado y de la actuación de los involucrados.

---

<sup>185</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia 97/C 372/03*. Óp. cit., punto 19.

<sup>186</sup> Fernando Diez Estrella. “El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?”. *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia* N° 242, mayo 2006, p. 12.

<sup>187</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia 97/C 372/03*. Óp. cit., punto 19.

Consecuentemente, al igual que lo ocurrido en Estados Unidos, se puede concluir que el *SSNIP test* si es un mecanismo viable para las diferentes conductas, sin embargo puede resultar problemático cuando los operadores económicos, en cualquier supuesto, se encuentran actuando ya como monopolistas y no se toma en cuenta este importante factor. El incremento de precios que supone el *SSNIP test* en estos casos únicamente causará que se obtenga una determinación del mercado relevante que no es real y por lo tanto que den paso a serios errores sobre el mercado. Sin embargo, esto no le quita valor a la utilización del *SSNIP test* para apropiadamente fijar el mercado relevante.

### **3.2 IMPLEMENTACIÓN DEL *SSNIP TEST* EN EL ECUADOR**

Una vez establecido el régimen del *SSNIP test* en Estados Unidos, país en donde fue creado, y en la Comunidad Europea, lugar en dónde luego fue adoptado, es necesario analizar si es posible y conveniente su implementación en el Ecuador. Por consiguiente, tomando en cuenta lo que la legislación ecuatoriana de competencia proscribire y la manera cómo se ha ido determinando el mercado relevante en las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, será necesario ponderar si pesan más los beneficios o las desventajas de utilizar al *SSNIP test* como un mecanismo para determinar el mercado relevante. Asimismo, dentro de este análisis se deberá establecer si la regulación ecuatoriana del abuso de la posición de dominio o las concentraciones jurídico-económicas en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado influye en la aplicación del *SSNIP test* para efectivamente establecer su viabilidad.

Así pues, es necesario empezar a analizar las conductas sujetas al análisis de este estudio para concluir si es que el *SSNIP test* es aplicable en todas ellas o si debe existir una diferenciación en su aplicación para poder considerarlo como un mecanismo ideal al momento de determinar el mercado relevante en el Ecuador.

#### **3.2.1 REGULACIÓN DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE Y LAS CONCENTRACIONES JURÍDICO-ECONÓMICAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

La Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder del Mercado entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, por lo que se trata de una Ley relativamente nueva en el Ecuador ya que la Superintendencia de Control de Poder del Mercado la ha aplicado únicamente los últimos tres años. Las normas establecidas en esta Ley tienen por objetivo garantizar a las empresas el libre acceso en condiciones competitivas a los bienes y servicios necesarios para la producción, fomentando la eficiencia económica y buscando el bienestar de los consumidores. Tomando en cuenta el poco tiempo de aplicación de la Ley, puede decirse que no existe mucho análisis al respecto de ella. Sin embargo, si puede establecerse que se trata de una Ley que regula ciertas conductas de manera parecida a la legislación estadounidense y europea previamente analizadas y en otras es completamente distinta. Es una Ley que parece determinar con exactitud las conductas prohibidas ya que en más de una ocasión enumera, parecería ser de manera taxativa, las conductas que la ley penaliza. Para efectos de este estudio, el análisis se centrará únicamente en el abuso de poder de posición dominante y en las concentraciones jurídico-económicas sujetas a regulación.

Las conductas prohibidas, y que son consideradas infracciones para la Ley, comienzan con el artículo 9 en donde se empieza por establecer que se considera que existe abuso de poder de mercado "...cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general"<sup>188</sup>. Aunque parecería ser que con esta definición de abuso de poder de mercado ya queda establecido lo que se entiende por él y el tipo de conducta que estará sancionado, la Ley en este mismo artículo enumera las conductas que se consideran como abuso de poder de mercado. Por lo tanto, parecería ser que la Ley ofrece una lista taxativa de las conductas que se considerarán por parte de la Superintendencia como abuso de poder de mercado.

A continuación, la Ley en el artículo 14 regula las concentraciones económicas y establece que se considerará que existe una operación de concentración cuando existe un cambio en el control de los operadores económicos involucrados mediante actos de fusión; transferencia; adquisición de derechos sobre acciones, participaciones o títulos de deuda que den derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital, cuando la adquisición de estos otorgue el control, o influencia sustancial, sobre el operador

---

<sup>188</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.*, artículo 1.

económico involucrado; vinculación de administración común; y, cualquier otro acto mediante el que se transfiera los activos de un operador económico o se le otorgue el control o influencia determinante en la toma de decisiones de administración de un operador económico.

Consecuentemente, para los actos de concentración sujetos a regulación, el factor decisivo parecería ser que exista un acto mediante el cual se dé un cambio de control en la administración de los operadores económicos involucrados. El artículo 15 de la Ley establece que “[e]n caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones...”<sup>189</sup>, por lo que el factor de poder de mercado será determinante para la Superintendencia al momento de autorizar o negar la transacción.

La propia Ley se encarga de establecer qué parámetros se deben cumplir para que los supuestos prohibidos sean sancionados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado por encontrarse impidiendo, restringiendo, falseando o distorsionando en general la competencia. De esta manera, el propio artículo 9, que regula el abuso de poder de mercado, establece que se considerará que existe una infracción a la Ley y estará prohibido que los operadores económicos utilicen su poder de mercado para afectar la competencia, por lo que la Ley hace referencia a un poder de mercado ya existente en los operadores económicos para considerar que existe un abuso de él. Considerando esto, resulta necesario tomar en cuenta al momento de analizar esta conducta prohibida que se debe iniciar analizando el grado de poder de mercado que los operadores económicos ostentan para poder concluir si ha existido un abuso o no.

En el caso de concentraciones, para negar una operación de concentración o condicionarla a ciertas medidas para que se de su autorización, la Autoridad considerará si la concentración se encuentra creando, modificando o reforzando el poder de mercado de los operadores económicos involucrados. Se ha establecido que en el caso de concentraciones el control que se hace en ellas “...relies on an *ex ante* analysis, aiming at

---

<sup>189</sup> *Ibíd.*

identifying the future anticompetitive concerns caused by a notified concentration”<sup>190</sup>. Consecuentemente, en el caso de concentraciones, para poder tomar una decisión, la Superintendencia basará su resultado en el poder de mercado que los involucrados vayan a alcanzar a obtener mediante la concentración y si este podrá poner en riesgo la competencia. Es decir, al establecer que la Autoridad determinará si la concentración crea, modifica o refuerza el poder de mercado, se está analizando si los operadores económicos que se encuentran inmersos en el proceso de concentración alcanzarán un grado de poder de mercado mediante el cual puedan distorsionar el mercado con facilidad. No obstante, el hecho de que este mismo artículo haga mención a que la Superintendencia también dependerá si la concentración económica refuerce el poder de mercado parece ser un indicador de que la Ley reconoce que puede haber casos de concentraciones en donde los operadores económicos ya ostentan poder de mercado.

De esta manera, queda claro que la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder del Mercado se encarga de regular el abuso de poder de mercado y concentraciones jurídico-económicas basándose en el poder de mercado que los involucrados ostentan. Parecería ser que al medir el poder de mercado en estos casos lo que se quiere evitar es que uno o varios operadores económicos, que operen conjuntamente, “...en relación a un concreto producto o servicio, resulten ser las únicas demandantes u oferentes de aquéllos, en la totalidad o parte del mercado, o cuando sin ser las únicas, no haya probabilidad alguna de que otras empresas puedan hacer una competencia sustancial...”<sup>191</sup>. En los casos de abuso de poder de mercado debe configurarse primero el hecho de que los operadores económicos ostentan una posición de dominio, es decir un alto grado de poder de mercado cómo para poder incidir en él al abusarse de esta posición. En las demás conductas, como en el caso de concentraciones, lo que se examina es el poder de mercado que los operadores económicos podrían alcanzar mediante la operación. Por lo tanto, resulta necesario establecer si es que el *SSNIP test* podrá ser viable para determinar el mercado

---

<sup>190</sup> Marco Botta. “The Definition of the Relevant Market and the Degree of Market Concentration in the Emerging Economies: Case Study on Brazil and Argentina”. *World Competition* 33 no. 4. *Óp. cit.*, p. 663. (“...depende en un análisis *ex ante*, apuntando a identificar las futuras cuestiones anticompetitivas causadas por una notificación de concentración”).

<sup>191</sup> Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad. *Estudios de Derecho de la Competencia*. *Óp. cit.*, p. 472.

relevante en el análisis de cualquiera de estas conductas para medir inequívocamente el poder de mercado de los operadores involucrados.

### **3.2.2 ANÁLISIS DEL *SSNIP TEST* Y SU APLICABILIDAD EN LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS**

Al igual que lo sucedido en la legislación norteamericana y europea, parecería ser que esta diferenciación en las conductas, basada en el diferente grado de poder de mercado que los involucrados ostentan, dificulta la aplicación del *SSNIP test*. Al existir esta diferenciación en las conductas, basándose en el diferente grado de poder de mercado, parecería ser que el *SSNIP test* no podría considerarse un mecanismo eficiente para determinar el mercado relevante en todos los casos ya que

[t]his standard method of proving market power has more problems in abuse of dominance cases (or Section 2 cases in the United States) than in merger cases. In merger cases, the current price is typically used as the benchmark price of the small but significant non-transitory increase in prices (SSNIP) test for the relevant market. In abuse of dominance cases (or Section 2 cases in the United States), however, the current price may be a monopoly price, leading to the “cellophane fallacy” if the SSNIP test is implemented on the current price. Therefore, the competitive price is preferred as the benchmark price. It is not easy to figure out the competitive price level in most antitrust cases<sup>192</sup>.

No obstante, como ya se examinó en la normativa estadounidense y europea, el problema de utilizar precios no competitivos puede darse en casos de abuso de la posición dominante como en casos de concentraciones jurídico-económicas, lo que permite establecer que el *SSNIP test* sí es un mecanismo aplicable para la investigación de estas dos conductas.

En el caso ecuatoriano, para los abusos de posición dominante, si se considera que la sección 2 de la Ley Sherman prohíbe cualquier intento de monopolización en cualquier parte del comercio, y que los monopolios en sí no son malos, es decir ostentar poder de mercado no es ilícito, lo que se considera prohibido es un abuso de este poder, se puede equiparar esta conducta con el abuso de poder de mercado mencionado en el artículo 9 de

---

<sup>192</sup> Sangin Park. “Market Power in Competition for the Market”. *Journal of Competition Law & Economics*. *Óp. cit.*, p. 572. ([e]l método estándar para probar poder de mercado tiene más problemas en los casos de abuso de poder de mercado (o sección 2 de los casos en Estados Unidos) que en los casos de concentraciones. En casos de concentraciones, el precio actual es típicamente utilizado como precio referencial para el examen del pequeño pero significativo incremento no transitorio en el precio para determinar el mercado relevante. En casos de abuso de poder de mercado (o sección 2 de los Estados Unidos), sin embargo, el precio actual podría ser un precio monopólico, causando la “falacia del celofán” si el SSNIP test es implementado en los precios actuales. Por lo tanto, el precio competitivo es preferido como precio referencial. No es fácil encontrar el precio competitivo en la mayoría de casos de competencia”).



la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Debe distinguirse que ostentar poder de mercado no es igual a que tener poder monopólico, “[m]onopoly power entails both greater and more durable power over price than mere market power and serves as an important screen for section 2 cases”<sup>193</sup>, por lo que no puede considerarse que tener poder de mercado y mantenerlo por sí mismo sea perjudicial para los mercados, como se establece, el poder monopólico resulta mucho más peligroso que el poder de mercado porque implica una postura más fuerte en los mercados, sin embargo para considerar que existe una ilicitud en base a este poder es necesario que exista un abuso.

El abuso de poder de mercado se penaliza cuando algún operador económico utiliza el poder de mercado que ya ostenta para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. Por lo tanto, si se establece que el *SSNIP test* es un mecanismo óptimo para determinar el mercado relevante para los casos sancionados bajo la sección 2 de la Ley Sherman y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, puede considerarse bajo este mismo supuesto que el *SSNIP test* es un mecanismo efectivo para determinar el mercado relevante en los casos de abuso de poder de mercado considerados como infracciones en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ecuatoriana ya que permite medir el grado de poder de mercado.

Por otra parte, en el caso de concentraciones jurídico-económicas “...se ha de controlar la posibilidad de ocasionar perjuicios al eficaz funcionamiento del mercado, pero no las concentraciones empresariales, que en sí mismas no tienen por qué significar un abuso de posición dominante”<sup>194</sup>. Por lo tanto, primero resalta el hecho de que en los casos de concentraciones no todas deberán ser reguladas ya que no todas tendrán efectos nocivos en el mercado, y segundo es importante notar como se establece que existe la necesidad de controlar las concentraciones mediante las que se de o vuelva posible que los involucrados alcancen un poder de mercado que les podría permitir abusar de él. Es decir, se hace mención a que en el caso de concentraciones lo que se examinará es que no se les facilite a

---

<sup>193</sup> U.S. Department of Justice. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. [http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter2.htm](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter2.htm). (acceso: 08/02/2015). (“[p]oder monopólico implica un mayor y duradero poder sobre el precio que el mero poder de mercado, y sirve como un importante filtro para casos de la sección 2”).

<sup>194</sup> Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Óp. cit., p. 469.

los involucrados acceso a que puedan llegar a abusar de su posición dominante. De esta manera, al igual que en el caso de abuso de la posición dominante, si el *SSNIP test* funciona efectivamente en los casos de la Ley Clayton y en los supuestos del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que buscan evitar la formación de operadores económicos que lleguen a manipular los mercados a través de concentraciones, es de igual manera aplicable para determinar el mercado relevante en los casos de concentraciones jurídico-económicas en el Ecuador.

De esta manera, queda claro que la normativa ecuatoriana da importancia, tanto para los casos de abusos de posición de dominio como en los casos de concentraciones jurídico-económicas, al concepto de poder de mercado. A pesar de que se trata de dos conductas distintas, en donde los supuestos que las regularán no implican que exista el mismo grado de poder de mercado, es fundamental medir el poder de mercado de los operadores para establecer si en realidad se encuentran o podrían encontrarse en posición para vulnerar al mercado. Así, es de extrema necesidad que primero se determine el mercado relevante ya que "...la noción de posición dominante sólo tiene sentido referida a un mercado determinado sobre el que se tiene dominio"<sup>195</sup>, en otras palabras no habrá forma de medir el grado de poder de mercado de los operadores económicos sin primero establecer el mercado relevante. Consecuentemente, la aplicación del *SSNIP test* es tan necesaria en los casos de abuso de posición dominante como de concentraciones ya que en ambos casos es necesario establecer correctamente el mercado relevante.

Considerando que la regulación ecuatoriana de los casos de abuso de posición dominante y concentraciones jurídico-económicas es parecida, y por lo tanto comparable, con la normativa de Estados Unidos y Europa, la aplicación del *SSNIP test* en el Ecuador podrá realizarse indiscriminadamente al caso que la autoridad se encuentre investigando. Claro está que para la debida aplicación del *SSNIP test* deberá tomarse en cuenta las particularidades de los mercados siendo analizados para garantizar los resultados de este mecanismo técnico. Una errónea interpretación del mercado analizado podría causar que no se utilicen correctamente sus datos para la aplicación del *SSNIP test*, como en el caso de la falacia del celofán en el que no se tomaron en cuenta los precios a nivel competitivo; sin

---

<sup>195</sup> *Id.*, p. 417.

embargo, debe quedar claro que este problema podría presentarse tanto en casos de abuso de la posición dominante como en casos de concentraciones jurídico-económicas.

No obstante de lo mencionado en el párrafo anterior, es evidente que el *SSNIP test* es un mecanismo técnico viable para ser aplicado en casos de abuso de la posición de dominio como en los casos de concentraciones jurídico-económicas en el Ecuador. Para establecer el objetivo del *SSNIP test* se ha establecido que “[t]his conceptual process proceeds until the smallest group of products is found that has the property that a hypothetical profit-maximizing monopolist would impose at least a 5 percent increase in price”<sup>196</sup>, por lo que delimita el segmento de mercado que realmente podría resultar afectado si es que los involucrados empezarían a abusar de su posición, independientemente al caso investigado. Delimitado este segmento, la autoridad podrá continuar a efectuar el requerido análisis del grado de poder de mercado.

No existe fundamento para considerar que por la forma en que están reguladas estas dos conductas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado este mecanismo se vuelve en ineficiente y por lo tanto inaplicable, ambas conductas tienen por objetivo esclarecer el grado de poder de mercado de los involucrados. Es así que tanto las ventajas como las desventajas en la aplicación del *SSNIP test* podrán experimentarse en casos de abuso de la posición de dominio como en los de concentraciones a pesar de la diferencia en el grado de poder de mercado investigado. Consecuentemente, considerando que el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará el mercado relevante para cada caso, puede establecerse que el *SSNIP test* es un mecanismo que podría ser aplicado para la determinación del mercado relevante en el Ecuador en los casos de abuso de posición dominante y concentraciones, al ser viable de conformidad con la normativa actual.

### **3.2.3 DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

---

<sup>196</sup> Robert D. Willig. “Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines”. *Brookings Papers: Microeconomics*, 1991, p. 283. “[e]l proceso conceptual continúa hasta que el grupo más pequeño de productores se encuentra y efectivamente puede imponer un incremento en los precios de al menos 5% como un monopolista hipotético que se encuentre maximizando sus ganancias”).

Una vez establecido que el *SSNIP test* es aplicable tanto en casos de concentraciones como en casos de abuso de posición dominante, es necesario analizar las decisiones ya adoptadas por la autoridad competente en el Ecuador para poder llegar a la conclusión si en realidad fuera beneficioso implementar el *SSNIP test* como método para determinar el mercado relevante de manera general en el Ecuador. Es decir, si es que resultaría beneficioso para los participantes de los diversos mercados ecuatorianos el saber que el mercado relevante se definirá utilizando los parámetros establecidos por el *SSNIP test*, y si efectivamente éste podrá arrojar resultados objetivos y confiables para iniciar el respectivo análisis de investigación.

Es menester determinar si es que el *SSNIP test* en realidad podría ofrecer seguridad jurídica al momento de la toma de decisiones por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y por lo mismo si es que existiría estabilidad y lineamientos claros al momento en que esta emita sus decisiones. La poderosa facultad que tiene esta autoridad al poder decidir sobre las conductas de los operadores económicos en los distintos mercados puede llegar a ser peligrosa si es que no existen decisiones con criterios objetivos. Se debe enfatizar que el propósito de entidades como la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es proteger a la libre competencia y los consumidores, logrando que los mercados puedan desenvolverse por sí solos, sin que los involucrados en ellos puedan distorsionarlo. Por esta razón, para que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado pueda efectivamente cumplir con sus objetivos, es esencial que cuente con los mecanismos adecuados para determinar el mercado relevante, debe tenerse en cuenta que “[c]hoosing that market which most accurately measures market power is probably closest to what most analysts, enforcement agencies, and courts have in mind when they attempt to define the relevant market in a particular setting”<sup>197</sup>.

Por esta razón, a continuación se analizará la decisión adoptada en el caso de concentración obligatoria entre las compañías AT&T INC. y DIRECTV, y la decisión adoptada en el caso de investigación de abuso de posición de dominio por parte de la compañía PFIZER. Se analizará el caso de AT&T INC. y DIRECTV ya que es un caso

---

<sup>197</sup> Louis Kaplow. “Why Ever Define Markets?”. *Harvard Law Review*, 2010, p. 468. (“[e]scoger aquel mercado que de manera precisa mida el poder e mercado es probablemente lo más cercano o lo que la mayoría de analistas, entidades encargadas, y cortes tengan en mente cuando apunten a definir el mercado relevante en un escenario particular”).

reciente de concentración en el cual es factible observar como la autoridad no se encuentra proveyendo de sustento al momento de establecer el mercado relevante y la evidente falta que esta hace. Sobre todo considerando que la propia autoridad hace mención a la decisión adoptada en otra jurisdicción, utilizándola como fundamento, pero termina por no determinar el mercado relevante de la misma manera sin dar explicación alguna. Por otro lado, se analizará el caso de abuso de posición de dominio de PFIZER ya que a pesar de que no es un caso resuelto por la actual Superintendencia de Control del Poder de Mercado, si fue resuelto por la autoridad competente al momento de la investigación, y es un caso que contiene un análisis del mercado relevante con el *SSNIP test*, análisis que resalta con el reciente informe de la Intendencia de Control de Concentraciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Así, podrá resolverse si en casos en donde el *SSNIP test* no ha sido aplicado hace falta un método técnico de este tipo para determinar el mercado relevante, y si es que en los casos en que si se ha sido utilizado ha resultado ventajoso para el mercado.

### **3.2.3.1 CASO AT&T**

El 4 de noviembre de 2014 la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emitió el Memorando SCPM-CRPI-577-2014 mediante el cual adoptó la decisión referente a la autorización de concentración notificada por la compañía estadounidense AT&T INC. La Notificación Obligatoria de Operación de Concentración Económica Internacional fue presentada el 27 de mayo de 2014, y en ella se determinó que habrían únicamente implicaciones indirectas en el Ecuador ya que la adquisición de las compañías involucradas es a nivel internacional. Mediante el Acuerdo y Plan de Fusión celebrado entre las partes involucradas, se acordó que la compañía de nacionalidad ecuatoriana, DIRECTV ECUADOR, se adquiriría indirectamente por la concentración por parte de la compañía vehículo STEAM MERGER SUB LLC, controlada por AT&T, de las compañías dueñas de DIRECTV ECUADOR.

La compañía AT&T es una compañía estadounidense que se dedica en Estados Unidos a proveer servicios de televisión por suscripción, servicios de internet por banda ancha y servicios de voz. Por otro lado, DIRECTV es una compañía también estadounidense que ofrece servicios de televisión por satélite en forma directa tanto en

Estados Unidos como en América Latina, opera con nueve satélites lo que le permite ofrecer una amplia variedad de servicios de programación.

Para el análisis del mercado, la Superintendencia ha comenzado por estudiar el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones y cómo esta ha definido el mercado relevante en el que los involucrados en la operación participan. De esta manera, se estableció que DIRECTV ECUADOR participa en el mercado de televisión por suscripción, mercado diferente al de la televisión abierta, siguiendo los lineamientos de la Comunidad Europea. La división establecida por la Comisión Europea, de conformidad con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se basa en que "...la televisión abierta se financia con ingresos de publicidad, mientras que la televisión de pago, su principal fuente de ingreso son las cuotas de sus abonados"<sup>198</sup>, por lo tanto se determina que los parámetros básicos en la televisión abierta son los índices de audiencia y la publicidad mientras que en la televisión por suscripción los parámetros básicos son los contenidos de la programación, que deberán responder a la demanda de los suscriptores y sobre esta se establecerán los precios respectivos de los paquetes de programación. Por lo tanto, parecería ser que el mercado relevante de producto queda definido como aquel de televisión por suscripción. En cuanto al mercado geográfico, se estableció que este corresponde a todo el territorio continental de Ecuador.

La decisión de la Intendencia correspondiente de la Superintendencia determinó que DIRECTV ECUADOR poseía altas cuotas de mercado, ya que para el año 2013 dicho operador tenía una participación de 99% del mercado, dejando el 1% restante del mercado para operadores como Satcontv, Cine Cable TV, Kablestar y Eno Visión. De los participantes mencionados, queda claro que el análisis realizado fue sobre el mercado de televisión pagada satelital. La Superintendencia reconoce que este análisis corresponde al del año 2013 y que a principios de 2014 TV Cable entró a participar en el mercado, posiblemente reestructurando la participación de los involucrados en él. Este análisis y exclusión de TV Cable en el porcentaje de participación del mercado para el año 2013 resulta curioso ya que esta empresa se dedica también a la televisión por suscripción.

---

<sup>198</sup> Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Memorando SCPM-CRPI-577-2014*. Gaceta de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado Noviembre 2014, Antecedentes punto 4.

Al continuar con el análisis de mercado, la Superintendencia establece que

[e]l estudio realizado muestra de manera general la estructura del sector de telecomunicaciones en la rama correspondiente al servicio de audio y video por suscripción, dado que DIRECTV ECUADOR ofrece dicho servicio y AT&T no tiene presencia en el Ecuador, [se] realiza el análisis macro en el sector de audio y video por suscripción, pero la operación de concentración se limita al servicio de televisión satelital<sup>199</sup>.

Por lo tanto, las cuotas de participación del mercado antes mencionadas corresponden al segmento específico de televisión pagada satelital y no al de televisión por suscripción. No existe fundamento dentro de la decisión que avale el por qué se decidió que el mercado en cuestión debía ser el del mercado satelital y no el del mercado de televisión por suscripción, mercado en el que evidentemente habrían otros participantes con altas cuotas de participación en el mercado como es el caso de TV Cable.

Una vez analizado el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones, la Superintendencia establece que para dar cumplimiento al artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir para la definición del mercado relevante, "...se considera únicamente los productos ofrecidos por la empresa DIRECTV ECUADOR, que son televisión por suscripción en modalidad postpago y televisión por suscripción modalidad prepago..."<sup>200</sup>. Consecuentemente, para establecer el mercado relevante la Autoridad menciona que se toma en cuenta que DIRECTV ECUADOR opera prestando servicios de audio y video por suscripción, modalidad que puede ser proveída de distintas maneras como la televisión por cable, codificada satelital y codificada terrestre UHF.

Con estas consideraciones, la Superintendencia establece que DIRECTV ECUADOR participa en un mercado que se encuentra prácticamente totalmente concentrado ya que al utilizar el índice medidor de concentración HHI (Índice Herfindahl e Hirschmann) resulta que DIRECTV ECUADOR tiene una participación de 9.816 puntos, considerando que 10.000 puntos indica que se trata de un mercado totalmente concentrado. Sin embargo, la Autoridad reconoce que aunque se trata de un mercado altamente concentrado, "...parece poco probable [que se den] efectos anticompetitivos en dicho

---

<sup>199</sup> *Id.*, Fundamentos de Hecho punto 1.

<sup>200</sup> *Id.*, Fundamentos de Derecho punto 4.

mercado porque no se evidencia precios que estén fuera del promedio de cobro por este tipo de servicio”<sup>201</sup>. Aunque no se hace mención específica, parecería ser que la Superintendencia está realizando el análisis de mercado sobre la televisión por suscripción satelital, sin considerar la participación en el mercado de otros operadores económicos que si operan en el mercado de televisión por suscripción.

Adicionalmente, la Superintendencia incluye en el análisis otra modalidad para proveer el servicio, la televisión prepago y postpago, y aclara que el mercado de televisión postpago está desconcentrado ya que tiene el índice HHI establecido para el año 2013 es de 1.104 puntos, mientras que en el mercado de televisión prepago el índice HHI es de 9.816 puntos. Agrega que

...DIRECTV ECUADOR posee un número muy amplio de competidores en el mercado de televisión por suscripción postpago con una participación del 19%, no permitiéndole tener influencia relevante sobre el mercado; sin embargo dicho operador en el mercado de televisión por suscripción prepago posee una participación del 99% en el año 2013...<sup>202</sup>

por lo que no queda claro cuál es el mercado relevante en el que se está realizando el análisis de mercado o si en realidad este último análisis hace referencia a la presencia de subgrupos dentro del mercado relevante de televisión por suscripción.

Lo que resulta curioso de este análisis es como inicia por establecer que el mercado relevante a tomarse en cuenta es el de televisión por suscripción como lo estableció la Comisión Europea, para luego hacer énfasis en que debe ceñirse el análisis al mercado de televisión por suscripción satelital. Evidentemente, mientras más estrecha sea la determinación del mercado relevante se encontrará que los involucrados tienen más poder de mercado, lo que les facultaría poder incidir a través de la concentración en los mercados en los que participan, “[o]f course, the narrower the relevant market, the higher the possibility that the merger may raise concerns from a competition law perspective”<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> *Id.*, Fundamentos de Derecho punto 5.

<sup>202</sup> *Ibíd.*

<sup>203</sup> Filippo Amato y Kyrill Farbmann. “Applying EU competition law in the education sector”. *IJELP Issue 1-2*, 2010, p. 9. “[c]laro, mientras más estrecho el mercado relevante, más altas las posibilidades de que la concentración pueda aumentar inquietudes desde una perspectiva del derecho de la competencia”).



Consecuentemente, queda establecida la inquietud si es que es correcta la determinación del mercado relevante.

La Comisión Europea ha establecido que para estudiar casos en los que existan operadores económicos que se dediquen a proveer servicios de televisión, es necesario hacer una distinción entre la televisión por suscripción y la televisión abierta. La distinción la hacen en base a las preferencias tanto de consumidores así como la relación con sus proveedores por lo que han llegado a la conclusión de que “[p]ay-TV constitutes a relevant product market separate from that for free-to-air or free-access television (free TV), i.e. advertising-financed private television and public television financed through fees and partly through advertising<sup>204</sup>”. Así, se ha establecido que el contenido y los programas ofrecidos en la televisión abierta son muy distintos a los de la televisión por suscripción, además de que en el caso de la televisión abierta esta se financia a través de publicidad o fondos públicos, mientras que la televisión por suscripción se financia por las cuotas que pagan los suscriptores para adquirir el servicio y se debe tomar en cuenta que para poder proveerlo se necesita de un equipo, un decodificador, que no hace falta en el caso de la televisión abierta.

De esta manera, la Comisión Europea establece que existen varios factores que ocasionan que se diferencie la modalidad de televisión por suscripción de la televisión abierta. Adicionalmente, la Comisión analiza que para los consumidores la televisión abierta difiere de la televisión por suscripción y por lo tanto es “...unlikely that an increase of 5-10% in the subscription fee for a pay-TV platform would induce consumers to “switch” and terminate an existing suscription or refrain from subscribing<sup>205</sup>”. Consecuentemente, la Comisión está utilizando el parámetro del *SSNIP test* para establecer que aunque se incrementen los precios en la televisión por suscripción, este es un servicio totalmente

---

<sup>204</sup> European Commission. *Case No COMP/JV.37-B SKY B/KIRCH PAY TV Regulation (EEC) No 4064/89 Merger Procedure*, 2000 punto 23. (“[t]elevisión pagada constituye un mercado relevante de producto separado de la televisión abierta o de acceso gratis (televisión gratis), por ejemplo aquella televisión privada financiada por publicidad y la televisión pública financiada por tasas y en parte por publicidad”).

<sup>205</sup> European Commission. *Case No COMP/M.2876-NEWSCORP/TELEPIU Regulation (EEC) 4064/89 Merger Procedure*, 2003, punto 32. (“... improbable que un aumento del 5-10% en la cuota de televisión por suscripción induciría a los consumidores a “cambiar” y terminar una suscripción existente o causaría que se abstengan de hacerlo”).

distinto al de la televisión abierta, lo que causa que los consumidores no desplacen su demanda y por lo tanto no se trata de dos mercados sustituibles.

La Comisión ha reiterado este lineamiento en varias decisiones, y lo que resulta más relevante en este caso es que concluye que “[t]he Commission has previously held that there is a separate market for pay-TV, without distinguishing between terrestrial, satellite, cable or other means of transmission”<sup>206</sup>, por lo tanto estableciendo que la distinción que realmente importa para el análisis del servicio de transmisión de televisión es si se trata de televisión abierta o por suscripción. Lo que los consumidores buscan satisfacer a través de la televisión por suscripción difiere de lo que obtienen en la televisión abierta, es decir la programación en cuanto a películas, deportes, shows, música, etc., sin embargo estos servicios los pueden obtener independientemente al canal mediante el cual se ofrece el servicio de televisión por suscripción. El definir el mercado relevante como aquel de la televisión por suscripción por satélite es una definición extremadamente limitada que en realidad podría estar distorsionando los resultados que se obtengan del mercado. Debe considerarse que el mercado de televisión por suscripción por satélite, cable, terrestre o cualquier otra modalidad en realidad podría considerarse como servicios que si son sustituibles entre sí ya que mediante todos ellos se está ofreciendo la programación que difiere de la televisión abierta.

Es importante destacar que en Colombia se realizó un análisis similar para aprobar la concentración de dos empresas de telecomunicaciones UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y GLOBAL T.V. TELECOMUNICACIONES S.A. en el 2011. Para determinar el mercado relevante de producto, se estableció que

[t]al como lo señala la CNTV, sin importar la tecnología utilizada el servicio de TV por suscripción es el mismo: “Es el servicio de televisión cuya señal, independientemente de la tecnología y el medio de transmisión utilizados y con sujeción a un mismo régimen jurídico de la prestación, está destinada a ser recibida solamente por las personas autorizadas para la recepción”<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> *Id.*, punto 40. (“[L]a Comisión ha sostenido previamente que existe un mercado separado para la televisión por suscripción, sin hacer una distinción entre la transmisión terrestre, satelital, por cable u otro medio”).

<sup>207</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. *Estudio Económico de Integración UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y GLOBAL T.V. TELECOMUNICACIONES S.A.*, 2011, p. 8.

Por lo tanto, el mercado relevante nuevamente queda establecido como aquel de la televisión por suscripción, sin importar el medio de transmisión.

La decisión que adoptó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre el mercado relevante para el caso de concentración entre DIRECTV y AT&T no tiene ningún sustento empírico y se va en contra de lo establecido en casos referenciales dados en otras jurisdicciones en los análisis sobre casos de concentraciones similares. Así, en Europa como en Colombia se estableció que el mercado relevante debía considerarse como el mercado de televisión por suscripción, sin importar el medio de transmisión de él, diferenciándolo del mercado de televisión abierta ya que en estos dos tipos de televisión se ofrece un servicio distinto a los consumidores que por varios factores no puede considerarse como intercambiable.

En el caso ecuatoriano, se hace la distinción entre la televisión por suscripción y la televisión abierta pero se va más allá estableciendo que debe tomarse en cuenta que DIRECTV ECUADOR ofrece sus servicios a través de satélites, por lo que parecería ser que ciñen el mercado aún más, causando que se encuentre que DIRECTV ECUADOR para el mercado de televisión por suscripción satelital tiene un alto poder de mercado. La razón para considerar que el mercado relevante debería ser el de televisión por suscripción satelital no tiene sustento en la decisión de la Superintendencia, por lo que la realización de un examen empírico como el *SSNIP test* podría demostrar si es realmente necesario considerar el mercado como el de televisión por suscripción satelital o si bastaba con el de televisión por suscripción al ser los servicios que este ofrece totalmente intercambiables por las distintas modalidades en el que este servicio puede ser transmitido, como lo establecido por la Comisión Europea.

El *SSNIP test* sirve para fundamentar si es que la Superintendencia está correctamente delimitando el mercado o si en realidad se encuentra delimitándolo mucho, causando una verdadera distorsión en el mercado. Es importante la aplicación del *SSNIP test* para casos como este porque este mecanismo ayuda a que la definición de los mercados se ajuste a la realidad del mercado, es decir que no existan definiciones limitadas mediante las que se termine perjudicando al mercado y a los consumidores, “[t]he hypothetical monopolist test (SSNIP) can be used flexibly to ensure that relevant markets

are not overly narrow in this respect”<sup>208</sup>. Resulta clara la poca fundamentación que utiliza la Superintendencia para determinar el mercado relevante, lo que se encuentra causando que se emitan decisiones pobres y exista una grave inseguridad jurídica.

### 3.2.3.2 CASO PFIZER

El 6 de abril de 2011, la Ministra de Industrias y Productividad se pronunció sobre la Resolución No. MIPRO-001-2011 en relación al Proceso de Investigación No. I-C17885-2009-SCs que acumula el proceso de investigación No. SCC-DC-0012-2010. Dentro de este proceso de investigación, las empresas farmacéuticas BIODENTAL CIA. LTDA., GINSENBURG ECUADOR S.A., HELSINPHARM CIA LTDA., REPRESENTACIONES WHITEHOUSE S.A., SIONPHARM CIA LTDA., SWISS & NORTH GROUP S.A., VARTRAX HEALTH S.A. y WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. denunciaron la conducta anticompetitiva de la farmacéutica de PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS, PFIZER CIA. LTDA., PFIZER OVERSEAS PHARMACEUTICALS y PFIZER RESEARCH AND DEVELOPMENT N.V./S.A., de aquí en adelante referidas como PFIZER, por un supuesto caso de abuso de posición de dominio.

Las empresas mencionadas denunciaron que PFIZER se encontraba abusando de su derecho sobre la patente, otorgada por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, del principio activo Sildenafil, principio que sirve para la fabricación de medicamentos para tratar condiciones médicas como la disfunción eréctil, artritis, angina de pecho, entre otros. PFIZER cuenta con “...un registro de segundo uso, lo cual impedía que en el Ecuador, nadie, p[ueda] producir medicamentos que contengan el principio activo Sildenafil”<sup>209</sup>, por lo tanto esta farmacéutica utilizó sus derechos de propiedad intelectual para impedir que cualquier operador económico pueda importar, distribuir, comercializar o vender cualquier tipo de medicamento para uso humano con el principio activo de Sildenafil. Esto ocasionó que se le acuse a PFIZER de mantener una posición dominante

---

<sup>208</sup> Long Dai. “Relevant Market Definition in U.S. Antitrust Law and the Alternatives of China”. 45 *R.J.T.* 565, 2011, p. 576. (“[e]l examen del monopolista hipotético (SSNIP) puede ser utilizado flexiblemente para asegurar que los mercados relevantes no sean excesivamente limitados a este respecto”).

<sup>209</sup> Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución No. MIPRO-001-2011*, 6 de abril de 2011, p. 3.

en el mercado de medicamentos que contienen este principio activo, ya que cuando aparecieron nuevos operadores económicos en el mercado, PFIZER planteó acciones legales en contra de ellas para que estas cesen de comercializar los medicamentos que contengan el principio activo Sildenafil.

Consecuentemente, se le acusó a PFIZER de estar incurriendo en una conducta que denota un abuso de la posición de dominio ya que se estableció que

...la aplicación y ejecución de derechos derivados de una patente por parte de PFIZER solicitando y ejecutando las medidas cautelares de forma abusiva y por ende ilegal, le ha permitido a la denunciada restringir, afectar y distorsionar en forma sustancial el mercado relevante con el principio activo Sildenafil<sup>210</sup>.

Por lo tanto, PFIZER buscó eliminar o sacar completamente a su competencia del mercado para no perder su posición de dominio en el mercado. Es así que se le acusó a PFIZER de infringir el artículo 8 literal g de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, normativa aplicable al momento del cometimiento de la conducta acusada de ser abusiva de la posición de dominio por parte de PFIZER.

En este caso, la autoridad competente para resolver la denuncia fue la Ministra de Industrias y Productividad, en virtud de lo dispuesto por la Decisión 616 de la Comunidad Andina de Naciones y el Decreto Ejecutivo 1614, publicado en el Registro Oficial No. 558 del 27 de marzo de 2009, ya que esta autoridad ostentaba la competencia para aplicar la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, disposición con normas que regulan el derecho de la competencia para las Naciones miembros de la Comunidad Andina. Por lo tanto, para iniciar el análisis sobre las alegaciones del abuso de la posición dominante, la Ministra de Industrias y Productividad determinó el mercado relevante en el que PFIZER se encontraba participando para decidir si esta compañía en realidad abusó de su posición dominante.

La Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor en su investigación concluyó que existe sustituibilidad únicamente entre los medicamentos que contienen el mismo principio activo. Es decir, dado que cada principio activo contiene compuestos específicos que afectan a los pacientes de distinta manera, no podría considerarse que estos son sustitutos perfectos entre sí. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los

---

<sup>210</sup> *Id.*, p. 15.

medicamentos que se prescriben únicamente mediante receta médica no pueden ser cambiados por otros, las recetas médicas son restrictivas al principio activo específico que el médico ha decidido utilizar para tratar la condición del paciente. Por lo tanto, aunque existan medicamentos que tengan la finalidad de tratar una misma condición, no podría considerarse que estos son sustitutos perfectos si es que en realidad no contienen el mismo principio activo, por lo que se determinó el mercado relevante en virtud del principio activo.

Contrariamente, PFIZER argumentó que el mercado relevante debía considerarse como todos los medicamentos que se utilicen para el tratamiento de la disfunción eréctil y determinó que dentro de este mercado no ostenta posición de dominio al existir otros medicamentos que tratan la misma condición. PFIZER intentó delimitar el mercado relevante en virtud de la finalidad terapéutica del medicamento, incluyendo en la determinación del mercado relevante en este caso a medicamentos con más principios activos y no sólo a Sildenafil.

El análisis de la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor se basó en las características del mercado farmacéutico. De esta manera, comenzó estableciendo que es importante considerar que en este mercado existe un organismo estatal que fija los precios máximos de venta, lo que impide que exista una diferencia sustancial entre los medicamentos. Asimismo, se estableció que en el mercado de medicamentos de uso humano, existen dos clases de mercado, el mercado popular que abarca todos los medicamentos que no necesitan de receta para su comercialización, y el mercado ético, en el que obligatoriamente debe haber una receta médica para que estos medicamentos puedan ser comercializados. El principio activo de Sildenafil, obligatoriamente debe comercializarse a través de una receta médica, por lo que el médico para recetarlos debe tomar en cuenta las consideraciones del paciente y debe especificar en la receta que este será el principio activo con el que tratará al paciente, cumpliendo así con las disposiciones de la Ley Orgánica de Salud. La misma Ley permite que los pacientes cambien de medicamento únicamente cuando este contiene el mismo principio activo recetado, por lo que la sustitución entre medicamentos que no contengan el mismo principio activo no es factible. Resulta importante recalcar que cuando se calcula la concentración de los medicamentos en el mercado ético, se considera como principal factor el principio activo de los medicamentos, lo que establece que “[e]n el caso de los

medicamentos comercializados en el mercado ético, **necesariamente para ser sustituidos deben tener el mismo principio activo**<sup>211</sup>.

De conformidad con las disposiciones legales, los establecimientos que suministren productos farmacéuticos no podrán poner a disposición de sus clientes medicamentos que no contengan el mismo principio activo al recetado por los médicos, sin importar que los medicamentos puedan cumplir funciones parecidas. La Subsecretaría tomó en cuenta que en este mercado los consumidores no tienen acceso a la información sobre qué otros medicamentos podrían cubrir sus necesidades ya que los consumidores de medicamentos del mercado ético no tienen la libertad de cambiar a otros medicamentos que no contengan el mismo principio activo dadas las limitaciones legales expuestas.

Además de estas consideraciones sobre el mercado de medicamentos para el uso humano, la Subsecretaría estudió la aplicación del examen del monopolista hipotético (*SSNIP test*) para calcular la elasticidad cruzada del precio del Sildenafil con medicamentos que sirven para tratar la misma condición pero con otros principios activos. La Subsecretaría concluyó que tras la aplicación de este examen, la relación de la elasticidad cruzada del precio era muy baja, lo que permitió establecer que no existe sustituibilidad entre los medicamentos con distintos principios activos. Se confirmó que

...un aumento en el precio de los productos relevantes del mercado reducido, en este caso los productos con principio activo Sildenafil, no generarían un aumento en la cantidad demandada de productos para la disfunción eréctil con principio activo distinto al Sildenafil; en razón de que el consumidor no tiene “libertad absoluta” para escoger el medicamento de acuerdo al principio activo que lo contiene<sup>212</sup>

por lo tanto, se desvirtuó el mercado relevante propuesto por PFIZER a través de la implementación de un examen empírico que es capaz de ofrecer resultados con sustento económico ya que se realizó el estudio del grado de elasticidad cruzada de la demanda y además se consideró las peculiaridades del mercado de medicamentos para consumo humano.

Determinado el mercado relevante, se estableció que dado que el precio del producto de PFIZER, Viagra, era casi dos veces más alto que el resto de los productos con

---

<sup>211</sup> *Id.*, p. 41.

<sup>212</sup> *Id.*, p. 45.

el mismo principio activo, Sildenafil, por los altos índices de concentración de mercado de conformidad con el índice HHI en el mercado y por el Índice de Dominancia, las medidas cautelares que PFIZER impuso en contra de sus competidores ayudaron a que esta mantenga su posición de dominio y se beneficie con la salida del mercado del principio activo Sildenafil de sus principales competidores. Consecuentemente, se concluyó que

[e]ste es un caso de abuso de posición de dominio horizontal donde el actor que impone las medidas cautelares busca alterar el rendimiento o ganancias del demandado dentro de un mercado o excluir totalmente al competidor (demandado) sin que medie justificación relacionada con la eficiencia económica<sup>213</sup>

y se declaró que PFIZER incurrió en una conducta de abuso de su posición dominante, infringiendo el artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones.

Resulta interesante la decisión adoptada por la Ministra de Industrias y Productividad ya que determina el mercado relevante aplicando el *SSNIP test*, enfatizando las restricciones legales del mercado farmacéutico. Es importante notar que es beneficiosa la aplicación del *SSNIP test* porque “...simplistic approaches to market definition, such as including all drugs for a given condition, without analyzing evidence of actual and potential substitution between different types of drugs, are likely to produce misleading answers in many cases”<sup>214</sup>. Una decisión sin sustento sobre la verdadera sustitución al alcance de los consumidores de fármacos únicamente arrojaría decisiones que no se apegan a la realidad del peculiar mercado de farmacéuticos. En este caso la aplicación del *SSNIP test* se la realizó con especial énfasis en las limitaciones legales que establecen que no existe posibilidad de sustituir medicamentos que no contengan el mismo principio activo por las limitaciones legales y médicas existentes en este mercado. Consecuentemente, se delimita el mercado relevante de manera limitada.

Adicionalmente, es importante notar que la decisión, que se hace pública a las partes, contiene el análisis del mercado utilizando el *SSNIP test* ofrece a las partes

---

<sup>213</sup> *Id.*, p. 127.

<sup>214</sup> Kevin Green. *Competition and Relevant Market Definition in the Pharmaceutical Industry: The Case of PAH Drugs*. [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=kevin\\_green](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=kevin_green). (acceso: 06/03/2015). (“...aproximaciones simplistas a la definición de mercado, así como incluir todos los medicamentos para una condición determinada, sin analizar evidencia de la verdadera y potencial sustitución entre diferentes tipos de medicamentos, son probables a conllevar a respuestas erróneas en muchos casos”).



involucradas un sustento económico para la determinación del mercado relevante, por lo que se trata de una decisión debidamente justificada. El hecho de que la autoridad haya establecido que no puede haber sustituibilidad entre principios activos causa que obligatoriamente se determine el mercado relevante teniendo en cuenta esta realidad, por lo tanto al aplicar el *SSNIP test* se tiene en cuenta que “...market analysis serves to build the foundation for a case-specific competitive analysis that reaches well beyond the confines of any one particular economic model”<sup>215</sup>. Es claro que la aplicación del *SSNIP test* para definir el mercado relevante en este caso se ha visto influenciada por la importancia que se le ha dado a las restricciones legales fijadas por la Ley Orgánica de Salud del Ecuador, por lo que queda la duda si los resultados en la aplicación del *SSNIP test* se han visto alteradas por el criterio escogido para determinar el mercado relevante en el sector farmacéutico, sin considerar todos los demás factores que juegan un papel fundamental en este mercado. No obstante, es claro que contar con un examen empírico de esta naturaleza ofrece que los involucrados cuenten con fundamentos válidos para comprender la decisión de la autoridad.

La decisión del mercado relevante en el mercado farmacéutico adoptada por la Ministra de Industrias y Productividad contrasta con la determinación del mercado relevante establecida en el último informe de la Intendencia de Control de Concentraciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia para que se adopte una decisión sobre el caso de una concentración entre dos compañías farmacéuticas en el Ecuador. La determinación del mercado relevante empleada en este Informe difiere del establecido previamente en el caso de PFIZER ya que en este caso se concluye que existen catorce diferentes mercados relevantes que responden a las categorías de medicamentos ATC en las cuales las compañías involucradas tienen productos coincidentes. Las categorías ATC responden al Sistema de Clasificación Anatómica, Terapéutica y Química mediante el cual cada medicamento se ubica en una categoría dependiendo del lugar en el cuerpo humano sobre el cual actúan y en segundo lugar las propiedades químicas, farmacológicas y terapéuticas de cada medicamento, existen catorce categorías, las cuales se han considerado como

---

<sup>215</sup> Malcolm B. Coate y Joseph J. Simons. “In Defense of Market Definition”. *The Antitrust Bulletin*, 2012, p. 667. (“...el análisis de mercado sirve para construir la base para un análisis competitivo específico al caso que alcance más allá de los límites de un solo modelo económico”).

mercados relevantes para el análisis de esta concentración. Podría establecerse por lo tanto, que se trata de una clasificación que apunta más a la finalidad terapéutica del medicamento y no a los principios activos que contengan.

En este caso, no se ha tomado en cuenta el principio activo como característica fundamental para determinar el mercado relevante sino más bien la finalidad terapéutica del producto. Así se estableció que cada categoría se considerará como un mercado relevante separado por estar en diferentes clases terapéuticas pero que los productos que se encuentren dentro de estos mercados relevantes, fabricados y/o comercializados por distintas compañías, se considerarán como sustitutos perfectos al ser sustitutos terapéuticos según este análisis.

El problema de este Informe es que no se detalla cómo la autoridad ha llegado a la conclusión que este es el mercado relevante que deberá considerarse para la investigación, por lo que no existe un sustento empírico que apoye la determinación del mercado relevante en este caso. La autoridad establece que el mercado relevante será definido a través las catorce categorías ATC establecidas en el Informe, no obstante no motiva sus razones para llegar a esta decisión. Esto demuestra que es necesario contar con decisiones que ofrezcan seguridad jurídica para determinar el mercado relevante, considerando que este concepto es piedra angular en la decisión de la autoridad competente. Únicamente así, podrá impedirse que se configuren perjuicios y distorsiones al mercado. Es evidente la falta que hace en el análisis del Informe la aplicación de un mecanismo técnico como el *SSNIP test* para eliminar el alto grado de discrecionalidad con el que las autoridades se encuentran adoptando sus decisiones. La fundamentación en su decisión para establecer el mercado relevante daría más peso a su conclusión que podría estar del todo no errada, considerando que en el caso de PFIZER se estableció el mercado relevante aplicando el *SSNIP test*, pero limitándolo a las restricciones legales impuestas por la Ley Orgánica de Salud.

En la decisión del Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones no se ha mencionado la importancia del principio activo ni el hecho de que no existe posibilidad de sustituir medicamentos para los pacientes sino únicamente entre los que contienen el mismo principio activo, como lo establece la Ley Orgánica de Salud. Esto se debe a que la importancia que el caso de PFIZER le da a las limitaciones legales podría considerarse

como un error ya que el análisis de la Subsecretaría de la Competencia no considera otros factores importantes en el mercado farmacéutico para adoptar su decisión, lo que termina por fijar un mercado relevante limitado. Así, se ha establecido que en los mercados farmacéuticos “[t]he analysis must consider the impact of doctors, pharmacists, patients, and third-party payers on the use of drugs, to analyze the likelihood of switching in response to relative price increases, and the impact of such switching on profitability”<sup>216</sup>, factores que en la decisión de PFIZER no se ven analizados y que podrían alterar la decisión a la que llegó.

Al efectuar la aplicación del *SSNIP test* en el caso de PFIZER la autoridad concluye que

...un aumento en el precio de los productos relevantes del mercado reducido, en este caso los productos con el principio activo Sildenafil, no generarían un aumento en la cantidad demandada de productos para la disfunción eréctil con principio activo distinto al Sildenafil; en razón de que el consumidor no tiene “libertad absoluta” para escoger el medicamento de acuerdo al principio activo que lo contiene<sup>217</sup>.

Esto demuestra como la autoridad ha ceñido la aplicación del *SSNIP test* al hecho de que por las restricciones legales del mercado farmacéutico el consumidor no tiene libertad absoluta para escoger el medicamento. Sin embargo, debe enfatizarse que los pacientes no son los únicos participantes involucrados en este mercado, los doctores juegan un rol fundamental ya que se ha determinado que “[s]everal different market participants are involved today in purchasing pharmaceuticals, which may complicate market definition analysis. The patient is the ultimate consumer, but patients cannot obtain prescription pharmaceuticals without a physician’s prescription”<sup>218</sup>. Por lo tanto, en realidad las restricciones legales impuestas demuestran que el doctor juega un rol fundamental en la

---

<sup>216</sup> M. Howard Morse. “Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry”. *Antitrust Law Journal*, 2003, p. 676. (“[e]l análisis debe considerar el impacto de doctores, farmacias, pacientes y terceros contribuyentes en el consumo de medicamentos, para analizar la probabilidad de sustituir en respuesta a incremento de precios relativos, y el impacto del cambio en la rentabilidad”).

<sup>217</sup> Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución No. MIPRO-001-2011*, 6 de abril de 2011, p. 45.

<sup>218</sup> M. Howard Morse. “Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry”. *Antitrust Law Journal. Óp. cit.*, p. 638. (“[v]arios participantes en el mercado están involucrados hoy en la compra de farmacéuticos, lo que podría complicar el análisis de definir el mercado. El paciente es el consumidor final, pero los pacientes no pueden obtener farmacéuticos que requieran prescripción sin la prescripción de un médico”).

determinación del mercado relevante que debería considerarse pero no se lo hace en el caso de PFIZER.

Así, resulta discutible el mercado relevante establecido en el caso de PFIZER, no por la aplicación del *SSNIP test* ya que este mecanismo técnico sirve para determinar la verdadera sustituibilidad en los productos y es un fundamento confiable, sino porque se limitó su aplicación dándole demasiado peso a las restricciones legales impuestas por la Ley Orgánica de Salud. Esto no ocasiona que la aplicación del *SSNIP test* pierda peso o que sus resultados puedan considerarse equivocados, el problema en la determinación del mercado relevante este caso es no haber considerado las particularidades esenciales del mercado farmacéutico. Así, el mercado que termina definiendo la autoridad en este caso es extremadamente limitado lo que indica que es necesario considerar todos los factores de los mercados investigados para su análisis.

A pesar de que se ha establecido que el mercado farmacéutico es un mercado que cuenta con varias peculiaridades que deben considerarse, “[m]arket definition in the pharmaceutical industry should not be different from that in other industries. The same rules apply. But they must be applied with sensitivity to the industry’s characteristics”<sup>219</sup>. Por lo tanto, es posible concluir que la aplicación del *SSNIP test* en mercados farmacéuticos es completamente viable siempre que se consideren todas las características de este mercado altamente sensible. Así, se puede resaltar que la aplicación del *SSNIP test* será necesario para fundamentar las decisiones de la autoridad y eliminar el grado de discrecionalidad, tomando siempre en cuenta todas las particularidades del mercado para definir adecuadamente el mercado relevante.

Consecuentemente, aunque el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones establece un mercado relevante que no es tan limitado, beneficiando en última instancia al mercado farmacéutico en general, es clara la falta de sustento para la determinación del mercado relevante como las catorce categorías ATC en las cuales los operadores económicos involucrados tienen productos coincidentes según el Informe. Podría efectivamente concluirse que la determinación de mercado relevante a la que la Intendencia de Control de Concentraciones ha llegado es correcta y así se podría corregir

---

<sup>219</sup> *Id.*, p. 676. (“[d]efinir el mercado en la industria farmacéutica no debería ser diferente a cualquier otra industria. Las mismas reglas se aplican. Pero deberían ser aplicadas considerando la sensibilidad de las características de la industria”).

el error en el caso de PFIZER, sin embargo es necesario contar con información para respaldar esta aseveración, información con sustento económico que demuestre que existe sustituibilidad entre las catorce categorías ATC. Considerando que no existe este sustento, hay una indiscutible inseguridad jurídica e inestabilidad en cuanto a los precedentes ya que el hecho de que esta decisión no cuente con sustento empírico sobre la realidad del mercado farmacéutico le resta credibilidad.

## **CAPITULO 4- CONCLUSIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DEL *SSNIP TEST* COMO MÉTODO TÉCNICO PARA DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE EN EL ECUADOR**

Resulta claro que falta objetividad a la hora en que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determina el mercado relevante. Ni en el caso de AT&T ni en el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones se ha ofrecido una explicación sobre la manera en que la autoridad ha llegado a establecer el mercado relevante en la forma en que lo ha hecho. Como se estableció anteriormente, las autoridades regulatorias del derecho de la competencia tienden a establecer el mercado relevante limitadamente para de cierta manera proteger a los mercados y la libre competencia mientras que los operadores económicos tienden a determinarlo de manera más amplia. Sin embargo es necesario que se tenga en cuenta que para efectivamente proteger a los mercados, a la libre competencia y al bienestar de los consumidores es fundamental que la determinación del mercado relevante se la haga de la manera más objetiva posible, acercándose a la realidad de los mercados. Por lo tanto, analizadas las ventajas y desventajas del *SSNIP test*, desde un punto teórico y práctico, queda por precisarse si es que en realidad es un método técnico que vale la pena incorporar en la legislación ecuatoriana para definir el mercado relevante.

### **4.1 CONCLUSIONES**

La determinación del mercado relevante es el primer análisis que debe realizar cualquier autoridad al momento de conocer casos de competencia. Por ende, la definición del mercado relevante es la piedra angular del análisis que se realiza y la decisión de la autoridad competente sobre las afectaciones en el mercado depende del mercado relevante. Dicho esto, queda establecido que la definición del mercado relevante es extremadamente importante. Es así, que debe considerarse que la

...market definition is an empirical, not a theoretical exercise. One could speculate about whether the market is “apples and pears”, but the answer depends on the *empirical* magnitude of just how much substitution there would be and the precise level of marginal costs<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> Mark Williams. “Module 1-Unit 3 Market Definition”. *Postgraduate Diploma/Masters in Economics for Competition Law. Óp. cit.*, p. 21. (“...definición del mercado es un ejercicio empírico, no teórico. Uno podría especular sobre si el mercado es “manzanas” o “manzanas y peras”, pero la respuesta depende en la magnitud empírica de cuánta sustitución habría y el nivel preciso de los costos marginales”).

La determinación del mercado relevante no puede depender de conceptos teóricos sino debe reflejar lo que ocurriría en la práctica, por lo tanto depende de un análisis empírico y no teórico para poder ser una base confiable y sustentar el análisis de las autoridades competentes.

El *SSNIP test* es un mecanismo empírico que sirve para determinar el mercado relevante, por lo que su aplicación permite tener un concepto de mercado relevante que se ajusta más a la realidad de los mercados al momento del análisis. El problema con la determinación del mercado relevante es que de manera general

...the government considers a relevant market in which the merging firms have very substantial shares, but the merging firms claim that the government's proposed market is not a relevant antitrust market and that in the proper relevant antitrust market, which is broader, their shares are much lower<sup>221</sup>.

De esta manera, el *SSNIP test* sirve para efectivamente determinar cuál de las dos aseveraciones se acerca a la realidad del mercado. Es decir, objetivamente trata de establecer el mercado relevante sin prejuicios estatales ni privados de por medio.

Al aplicar el *SSNIP test*, existe el riesgo de que pueda darse la falacia del celofán como en el caso du Pont, es decir que puedan darse "...challenges inherent in defining a market where market power may already exist"<sup>222</sup>. Al emplear un incremento en estos precios, la determinación del mercado relevante resultará más amplia de lo que debería ser ya que al estar ya ofertando productos con precios que no están a un nivel competitivo, los consumidores obligatoriamente desplazarán la demanda hacía otros productos que en realidad no son sustitutos directos del bien principal. Evidentemente esto ocasiona que los resultados del *SSNIP test*, aun siendo un mecanismo empírico, no sean correctos y afecten la decisión final a la que las autoridades alcancen. Sin embargo, es fundamental recordar que a pesar de las críticas que este mecanismo recibe, "[t]he hypothetical monopolist test is the standard market definition test in the United States. It was designed for use in merger

---

<sup>221</sup> Joseph Farrell y Carl Shapiro. "Recapture, Pass-Through, and Market Definition". *Antitrust Law Journal*, 2010, p. 585. ("...el gobierno considera un mercado relevante en el que los operadores económicos tienen participaciones sustanciales, pero los operadores económicos afirman que el mercado relevante propuesto por el gobierno no es el mercado relevante competente y que en el adecuado mercado relevante, el cual es amplio, sus participaciones son mucho menores").

<sup>222</sup> Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. "Roundtable on Market Definition". *Organisation for Economic Co-operation and Development. Óp. cit.*, p. 10. ("...retos inherentes a la definición de mercado en donde poder de mercado podría ya existir").

cases, in which the prevailing price level normally is the benchmark for evaluating power over price”<sup>223</sup>. Por lo tanto, es el método técnico que se ha adoptado de manera general para establecer el mercado relevante.

Para evitar este inconveniente se establece que no se debería utilizar el precio prevalente de los productos sino asegurarse que se trate de un precio que se encuentre a nivel competitivo para realizar el ejercicio hipotético. Se ha establecido que

[i]n principle, when defining the relevant market with SSNIP, the benchmark price selected must be the market price in full competition. In cases of concentration of business operators who abuse their dominant market positions, try to make collusion or have already made collusions, anti-monopoly agencies should adjust current price into more competitive market price<sup>224</sup>.

De esta manera queda claro que el *SSNIP test* es un mecanismo efectivo para determinar el mercado relevante, utilizándose los precios a niveles competitivos y siempre considerando todas las particularidades de los mercados investigados.

El *SSNIP test* ofrece una gran garantía al momento de su uso para la definición del mercado relevante al ofrecer un sustento empírico que conceda seguridad jurídica a los operadores económicos involucrados. El *SSNIP test* es realmente útil para determinar el mercado relevante ya que en realidad no está escrito en piedra lo que constituye un mercado relevante, “...there is no canonical, operational statement of the standard for determining what constitutes a relevant market...”<sup>225</sup>, dependerá de cada mercado. Este método es ventajoso porque ejemplifica con claridad la elasticidad cruzada de la demanda mediante el ejercicio hipotético sobre lo que ocurriría con el mercado si habría un pequeño, pero significativo y no transitorio incremento en los precios.

---

<sup>223</sup> *Id.*, p. 10. (“[e]l examen de monopolista hipotético es el examen estándar para la definición de mercado en los Estados Unidos. Estaba diseñado para el uso de casos de concentraciones, en el que el nivel de los precios prevalentes es normalmente el mejor parámetro para evaluar poder sobre precio”).

<sup>224</sup> Long Dai. “Relevant Market Definition in U.S. Antitrust Law and the Alternatives of China”. 45 *R.J.T.* 565. *Óp. cit.*, p. 579. (“[e]n principio, al definir el mercado relevante con el SSNIP, el precio estándar utilizado debería ser el precio al mercado en plena competencia. En los casos de concentración de operadores económicos que abusan de su posición dominante en el mercado, intentan hacer prácticas de colusión o que ya se encuentran realizando prácticas de colusión, las agencias de competencia deberían ajustar los precios actuales a precios más competitivos en el mercado”).

<sup>225</sup> Louis Kaplow. “Why Ever Define Markets?”. *Harvard Law Review*. *Óp. cit.*, p. 466. (“...no existe ninguna declaración canónica operacional para determinar qué constituye un mercado relevante...”).



Es claro que actualmente no existe seguridad jurídica en cómo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se encuentra determinando el mercado relevante para los distintos casos en los que debe llegar a una decisión. Esto es evidentemente riesgoso ya que influencia en el análisis de poder de mercado de los involucrados, “...acknowledgement of the existence or significance of market power in a particular case may lead to inappropriate legal condemnation...”<sup>226</sup>, por lo que es necesario determinar el mercado relevante de manera diligente para hacer consideraciones sobre la afectación del mercado.

La manera en que las resoluciones están siendo emitidas no ofrecen un sustento confiable en cómo se llegó a la determinación del mercado relevante, lo que claramente pone en duda la decisión final. Por lo tanto,

[c]on el fin de ofrecer seguridad jurídica y garantía de objetividad en la intervención administrativa en aplicación del derecho de la competencia, las autoridades suelen hacer públicos los criterios utilizados a la hora de definir mercados. En el caso de la Unión Europea, se utiliza el denominado *test SSNIP* o *test del monopolista hipotético*<sup>227</sup>.

El hecho que el *SSNIP test* sea un mecanismo que ofrezca sustento para explicar el por qué se ha determinado el mercado relevante de la manera en que se lo ha hecho, resulta más favorable para los operadores económicos que participan en los mercados ecuatorianos.

Tomando en cuenta que el derecho de la competencia tiene mucho que ver con la economía, una explicación económica sobre la determinación del mercado relevante tiene más peso que las posibles desventajas que la aplicación del *SSNIP test* podría presentar. Como se estableció, el mercado relevante es el parámetro fundamental para iniciar el análisis de la conducta de las empresas involucradas. De esta manera, para que la autoridad no tome decisiones discrecionales sobre las afectaciones en el mercado, si tiene gran importancia la explicación que se le pueda dar a su determinación.

En los casos analizados, resueltos por la autoridad de competencia en el Ecuador, se puede establecer que existe una evidente falta de razonamiento y sustento sobre la

---

<sup>226</sup> *Id.*, p. 498. (“...el reconocimiento de la existencia o importancia de poder de mercado en un caso particular podría causar a una condena legal inapropiada...”).

<sup>227</sup> Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. *Dificultades para la definición del mercado relevante preprado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino*. <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>. (acceso: 15/01/2015).

decisión que se alcanzó. En el caso de la concentración entre AT&T y DIRECTV Ecuador, el mercado relevante se determinó de manera confusa y limitada, por lo que se concluyó que la compañía DIRECTV Ecuador tenía una alta participación en el mercado. La determinación del mercado relevante en este caso contrasta con las decisiones de otras autoridades sobre hechos similares, lo que causa que se cuestione los fundamentos y el razonamiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para llegar a esta decisión. Claramente, si es que hubiere aplicado el *SSNIP test* para determinar el mercado relevante para la definición del mercado relevante no cabría duda que este debía ser el de la televisión por suscripción por satélite y no el de la televisión por suscripción.

En el mismo sentido, la decisión adoptada por la Intendencia de Control de Concentraciones en su Informe sobre el caso de farmacéuticas contiene una determinación del mercado relevante que se contrapone con la decisión de la Ministra de Industrias y Productividad del año 2011. Este Informe no provee un sustento económico que fundamente la forma en que la Intendencia de Control de Concentraciones ha determinado el mercado relevante, a diferencia del caso de PFIZER, lo que le resta credibilidad a su determinación del mercado relevante. Si es que la Intendencia de Control de Concentraciones hubiera aplicado el *SSNIP test* para sustentar su determinación de mercado relevante, su decisión gozaría de credibilidad y podría ofrecer seguridad jurídica a las partes involucradas. Asimismo, una efectiva aplicación del *SSNIP test* en este caso podría fundamentar inequívocamente que el mercado relevante establecido en el caso de PFIZER, al haberlo delimitado en base únicamente a las restricciones legales, era muy limitado al no contar con un análisis de todos los factores importantes en este mercado, constituyendo un precedente peligroso y en realidad poniendo en riesgo al mercado ecuatoriano de farmacéuticos.

Evidentemente esto causa desconfianza en el órgano competente para decidir sobre los casos que regula el derecho de la competencia ya que los operadores económicos no tienen conocimiento cómo la autoridad competente llega a delimitar el mercado relevante en el que realiza el análisis. Puede establecerse que existe demasiada discrecionalidad por parte de la autoridad al no ofrecer sustento de cómo ha llegado a la conclusión de la delimitación de los mercados relevantes. En los casos de Staples en Estados Unidos y Nestlé/Perrier en Europa se ha podido demostrar cómo la aplicación del *SSNIP test* en estas legislaciones ha ofrecido decisiones objetivas con sustento económico. En el caso de

Staples se argumentó que “...simple price comparisons (as well as more sophisticated econometric analysis) demonstrated that office supply superstores’ (OSS) sales in individual metropolitan areas constituted separate relevant markets”<sup>228</sup>, la diferenciación en los precios en los sectores en donde había competencia de Office Depot y Staples y en las que no permitió determinar con claridad que a pesar de que en estas tiendas exista un incremento de precios en sus productos, los consumidores no acudieran a otras tiendas de grande superficie no especializadas en la venta de suministros de oficina como Walmart. Esto sirve de fundamento para explicar por qué debía considerarse que el mercado relevante en este caso eran las tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros.

Por lo anteriormente expuesto, puede decirse que es mejor contar con el *SSNIP test* a que no para poder establecer el mercado relevante, este mecanismo debe aplicarse con sumo cuidado para arrojar resultados que se acerquen a la realidad del mercado. Pesa más el hecho de contar con un mecanismo que pueda ofrecer seguridad jurídica para regular el derecho de la competencia ecuatoriano. Es importante tener en cuenta que al estar analizando la conducta y desarrollo de mercados es necesario estudiar todo el entorno del mercado de las empresas involucradas, por lo que su aplicación no puede tomarse a la ligera.

Como se ha podido determinar, el tipo de conducta analizada no tiene que ver con la efectividad del *SSNIP test* para determinar el mercado relevante. La falta de análisis y consideración del mercado que se está investigando, es decir la falta de concientización del entorno del mercado, son los principales causantes de que la aplicación del *SSNIP test* no arroje resultados óptimos del mercado o que se determine que no podrá ser aplicado en un caso determinado.

Considerando que el *SSNIP test* permite alcanzar decisiones motivadas y razonadas para la determinación del mercado relevante, y que es un método técnico viable de conformidad con la legislación ecuatoriana, es fundamental que se encuentre reconocido

---

<sup>228</sup> Lawrence J. White. “Wanted: A Market Definition Paradigm for Monopolization Cases”. *New York University, Center for Law and Business*, febrero 1999, p. 7. (“...simples comparaciones de precio (así como análisis econométricos más sofisticados) demuestran que las ventas de tiendas de grande superficie especializadas en la venta de suministros de oficina (OSS) en áreas individuales metropolitanas constituían un mercado relevante separado”).

como un mecanismo óptimo para determinar el mercado relevante. Consecuentemente, de conformidad con el artículo 44 numeral 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que establece como una de las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado “[e]xpedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento”<sup>229</sup>, este órgano debería redactar una resolución de general de carácter administrativo o una guía que sea vinculante para que se aplique el *SSNIP test* para determinar el mercado relevante en la investigación de casos de abusos de posición dominante y concentraciones jurídico-económicas en las que sea factible utilizar los precios competitivos de los productos de los operadores económicos involucrados y se haya tomado en cuenta todos los factores sensibles de los mercados.

Debe ser una resolución general de carácter administrativa o una guía y no incluírselo en la Ley o tener carácter normativo ya que el órgano ecuatoriano de control no debe estar atado para siempre a aplicar el *SSNIP test* por dos razones. Primero, por tener en mente los eventuales casos en que la aplicación del *SSNIP test* no sea conveniente, como en el caso de empresas que ya se encuentran actuando como monopolistas y no sea posible determinar el precio competitivo de los bienes; y, segundo por el hecho que en el futuro podría ser que sea necesario la aplicación de un mecanismo técnico distinto por la innovación y desarrollo constante de los distintos mercados. No obstante, debe considerarse que el uso del *SSNIP test* para los casos en que los precios competitivos pueden utilizarse para el análisis y sea posible tomar en cuenta todas las características del mercado, resultaría ideal que los operadores económicos involucrados que se encuentren en procesos investigativos sepan que la autoridad llegará a una conclusión sobre el mercado relevante en el que participan aplicando el *SSNIP test*.

Claramente, esto ofrece seguridad jurídica para las empresas que participan en los distintos mercados ecuatorianos ya que sabrán que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se ceñirá a los parámetros del *SSNIP test* para determinar el mercado relevante, y con sustento económico será más complicado poner en duda la decisión adoptada por la autoridad. Es importante recordar que el mercado relevante afectará todo el análisis que la Superintendencia realice, por lo que si no está bien determinado, en vez de cumplir con el objetivo de proteger a la libre competencia y el bienestar de los

---

<sup>229</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 44. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

consumidores, se termina perjudicándolos gravemente. Por lo tanto, la inclusión del *SSNIP test* en una resolución general de carácter administrativa o una guía como el mecanismo óptimo para determinar el mercado relevante para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ayudaría a reducir la discrecionalidad con la que actualmente se está tomando decisiones.

## BIBLIOGRAFIA

- Abanto Vásquez, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997.
- Amato, Filippo Y Farbmann, Kyrill. “Applying EU competition law in the education sector”. *IJELP Issue 1-2*, 2010.
- Areeda, Phillip. “Antitrust Policy in the 1980’s”. *The American Economic Policy in the 1980s University of Chicago Press*, enero 1994.
- Aron, Debra J. y Burnstein, David E. “Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy”. *Journal of Competition and Economics*, 2010.
- Arribas, Alberto. et. al. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Thomson Reuters: Navarra, 2012.
- Baker, Jonathan B. *Econometric Analysis in FTC v. Staples*. <http://www.ftc.gov/public-statements/1997/07/econometric-analysis-ftc-v-staples>. (acceso: 04/03/2015).
- Baxter, William. “Antitrust Policy”. *The American Economic Policy in the 1980s University of Chicago Press*, enero 1994.
- Baylos Corroza, Hermenegildo. et. al. *Tratado de Derecho Industrial Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica y Disciplina de la Competencia Desleal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.
- Begg, David. et. al. *Economía*. McGraw Hill: Madrid, 2006.
- Belousova, Aleksandra. *Relevant Market: the application to the E-commerce area in the EU*. [http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final\\_thesis\\_Relevant\\_Market\\_the\\_application\\_to\\_the\\_E-commerce\\_area\\_in\\_the\\_EU.pdf](http://pure.au.dk/portal/files/9751/Final_thesis_Relevant_Market_the_application_to_the_E-commerce_area_in_the_EU.pdf). (acceso: 25/10/13).
- Berenguer Fuster, Luis, Giner Parreño, César A. y Robles Martín-Laborda, Antonio. *La Nueva Legislación Española Ante la Evolución del Derecho de la Competencia*. Marcial Pons: Madrid, 2010.
- Bork, Robert. *The Antitrust Paradox*. Nueva York: Basic Books, 1978, p. 202 citado en Edwin S. Rockefeller. *La Religión del Antimonopolio*. [http://www.elcato.org/pdf\\_files/antitrust.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/antitrust.pdf) (acceso: 10/12/2014).
- Botta, Marco. “The Definition of the Relevant Market and the Degree of Market Concentration in the Emerging Economies: Case Study on Brazil and Argentina”. *World Competition* 33 no. 4, 2010.
- Brown, Glenn William. “Relevant Geographic Market Delineation: The Interchangeability of Standards in Cases Arising Under Section 2 of the Sherman Act and Section 7 of the Clayton Act”. *Duke Law Journal*, 1979.

- Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia/I*. Heliasta: Buenos Aires, 2005.
- Coate, Malcolm B. y Fischer, Jeffrey H. “A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition”. *Journal of Competition Law & Economics*, abril 2008.
- Coate, Malcolm B. y Simons, Joseph J. “In Defense of Market Definition”. *The Antitrust Bulletin*, 2012.
- Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunicación en materia de competencia 97/C 372/03*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 372/5.
- Comisión Federal De Comercio. *Acerca de la FTC*. <http://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>. (acceso: 23/12/2014).
- Dai, Long. “Relevant Market Definition in U.S. Antitrust Law and the Alternatives of China”. *45 R.J.T.* 565, 2011.
- Dalkir, Serdar y Warren-Boulton, Frederick, R. *Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot (1997)*. <http://www.law.berkeley.edu/faculty/rubinfeldd/Profile/publications/Dalkir.Warren-Boulton..staples-office%20depot.pdf>. (acceso: 04/03/2015).
- Diez Estrella, Fernando. “El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?”. *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia* N° 242, mayo 2006.
- Diez Estrella, Fernando. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. [http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion\\_mercado\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestrella.com/Publicaciones/definicion_mercado(2001).pdf). (acceso: 09/11/2014).
- Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. “Roundtable on Market Definition”. *Organisation for Economic Co-operation and Development*, junio 2012.
- Farrell, Joseph y Shapiro, Carl. “Recapture, Pass-Through, and Market Definition”. *Antitrust Law Journal*, 2010.
- Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. (acceso: 05/03/2015).
- Figueroa Dorrego, P y Fernández-Jardón Fernández, C. M<sup>a</sup>. *Entornos Competitivos: Su Caracterización y Tipología en el Contexto Empresarial de Galicia*. <http://www.aedem-virtual.com/articulos/iedee/v03/032061.pdf>. (acceso: 07/03/2015).
- Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

- Font Galán, Juan Ignacio y Pino Abad MANUEL. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Marcial Pons: Madrid, 2005
- Forni, Mario. “Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition”. *American Law and Economics Review*, 2004.
- Fox, Eleanor M. “The 1982 *Merger Guidelines*: When Economists are Kings?”. *California Law Review Volume 71 Issue 2*, marzo 1983.
- García Marchmar, William. *Manual de la Libre Competencia*. Thomson Reuters: Santiago de Chile, 2011.
- Greco, Anthony J. “Cross Elasticity of Supply: Seldom Heard of and Seldom Taught”. *Journal for Economic Educators Volume 5 Number 1*, 2005.
- Green, Kevin. *Competition and Relevant Market Definition in the Pharmaceutical Industry: The Case of PAH Drugs*. [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=kevin\\_green](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=kevin_green).(acceso: 06/03/2015).
- Gutiérrez, Inmaculada y Padilla, Atilano Jorge. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Bosch: Madrid, 2005.
- Harris, Robert G. y Jorde, Thomas M. “Antitrust Market Definition: An Integrated Approach”. *California Law Review*, enero 1984.
- Ivaldi, Marc y Lörincz, Szabolcs. *A Full Equilibrium Relevant Market Test: Application to Computer Servers*. [http://idei.fr/doc/conf/csi/papers\\_2005/ivaldi.pdf](http://idei.fr/doc/conf/csi/papers_2005/ivaldi.pdf). (acceso: 01/03/2015).
- Jiménez Latorre, Fernando y Cañizares Pacheco, Enrique. *Dificultades para la definición del mercado relevante preprado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino*. <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>.
- Kaplow, Louis. “Why Ever Define Markets?”. *Harvard Law Review*, 2010.
- Krattenmaker, Thomas G., Lande, Robert H. y Salop, Steven C. “Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law”. *Georgetown Law Journal Association*, 1987.
- Landes, William M. y Posner, Richard A. “Market Power in Antitrust Cases”. *Havard Law Review*, marzo 1981.
- Mann, Stephen y Leweyn, Thomas M. “The Relevant Market Under Section 7 of the Clayton Act: Two New Cases- Two Different Views”. *Virginia Law Review*, 1961.
- Manne, Geoffrey A. y Rinehart, William. “The Market Realities that Undermined the FTC’s Antitrust Case Against Google”. *Harvard Journal of Law & Technology*, julio 2013.



- Massey, Patrick. "Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues". *The Economic and Social Review Vol. 31, No. 4*, octubre 2000.
- Momège, Chantal y Landes Valérie. "European Law". *The International Lawyer*, 1998.
- Monroe, Kent B. "Some Lessons Learned from FTC v. Staples". *Journal of Public Policy & Marketing Vol 18, No. 1*, 1999.
- Morrisey, Michael A., Sloan, Frank A. y Valvona, Joseph. "Defining Geographic Markets for Hospital Care". *Law and Contemporary Problems*, 1988.
- Morse, Howard M. "Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry". *Antitrust Law Journal*, 2003.
- Ordober, Janusz A. "Coordinated Effects in Merger Analysis: An Introduction". *Columbia Business Law Review*, 2007.
- Ordober, Janusz A. y Willig, Robert D. "The 1982 Department of Justice *Merger Guidelines: An Economic Assessment*". *California Law Review Volume 71 Issue 2*, marzo 1983.
- Ortiz Blanco, Luis et. al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos: Madrid, 2008.
- Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo de la Competencia Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Marcial Pons: Madrid, 2007.
- Park, Sangin. "Market Power in Competition for the Market". *Journal of Competition Law & Economics*, 2009.
- Pitofsky, Robert. "New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust". *Columbia Law Review*, noviembre 1990.
- Rettig Montt, Paulo y Nehme Zalaquett, Nicole. *Libre Competencia y Retail Un Análisis Crítico*. Abeledo Perrot: Santiago de Chile, 2010.
- Rockefeller, Edwin S. *La Religión del Antimonopolio*.  
[http://www.elcato.org/pdf\\_files/antitrust.pdf](http://www.elcato.org/pdf_files/antitrust.pdf) (acceso: 10/12/2014).
- Schaerr, Gene C. "The *Cellophane* Fallacy and the Justice Department's Guidelines for Horizontal Mergers". *The Yale Law Journal*, 1985.
- Schmalensee, Richard. "Another Look at Market Power in Antitrust". *Harvard Law Review*, junio 1982.
- Shepherd, George B., Shepherd, Helen S. y Shepherd, William G. "Sharper focus: market shares in the Merger Guidelines". *The Antitrust Bulletin*, 2000.
- Tobler, Christa, Beglinger, Jacques y Geursen, Wessel. *Essential EU Competition Law in Charts*. <http://www.eur-charts.eu/webcompanion/essential-eu-competition-law-in-charts>. (acceso: 07/03/2015).

- U.S. Department of Justice. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. [http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter2.htm](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter2.htm). (acceso: 08/02/2015).
- United States Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines, 1982*. <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>. (acceso: 07/03/2015)
- United States Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines, 1984*. <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11249.pdf>. (acceso: 07/03/2015).
- United States Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines, 2010*. <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (acceso: 09/11/2014).
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2011.
- White, Lawrence J. “Wanted: A Market Definition Paradigm for Monopolization Cases”. *New York University, Center for Law and Business*, febrero 1999.
- Williams, Mark. “Module 1-Unit 3 Market Definition”. *Postgraduate Diploma/Masters in Economics for Competition Law*, 2011/2012.
- Willig, Robert D. “Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines”. *Brookings Papers: Microeconomics*, 1991.
- Zipitúa, Leonardo. *Definición de Mercado Relevante a través de Test de Precios*. <http://www.bvrie.gub.uy/local/File/JAE/2008/iees03j3260808.pdf>. (acceso:15/01/2015).

## PLEXO NORMATIVO

- Ley Clayton. 38 Stat. 730, 15 U.S.C. 15 de octubre de 1914.
- Ley de la Comisión Federal de Comercio. 15 U.S.C. secciones 41-58. 26 de septiembre de 2014.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.
- Ley Robinson-Patman. 49 Stat. 1526, 15 U.S.C. 19 de junio de 1936.
- Ley Sherman. 26 Stat. 209, 15 U.S.C. 2 de julio de 1890.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 del 7 de mayo de 2012.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Comunidad Europea del 30 de marzo de 2010. C 83/47.

## JURISPRUDENCIA

Comisión de la Comunidad Europea. *Asunto nº IV/M.190-Nestlé/Perrier*. Decisión de la Comisión de 22 de julio de 1992. 92/522/CEE.

Comisión de la Comunidad Europea. *Caso No COMP/JV.37-B SKY B/KIRCH PAY TV Regulation (EEC) No 4064/89 Merger Procedure*. (2000).

Comisión de la Comunidad Europea. *Caso No COMP/M.2876-NEWSCORP/TELEPIU Regulation (EEC) 4064/89 Merger Procedure*. (2003).

Comisión de la Comunidad Europea. *Caso No. IV/M.0023- ICI/Tioxide. Regulación (EEC) No. 4064/89 Procedimiento de Concentraciones*. Decisión de 28 de noviembre de 1990.

Comisión de la Comunidad Europea. *Decisión IV/30.698- ECS/AKZO relacionado al procedimiento del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea*. Decisión de 14 de diciembre de 1985. 85/609/EEC.

Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Memorando SCPM-CRPI-577-2014*. Gaceta de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado Noviembre 2014.

Corte de Circuito de Apelación de los Estados Unidos, Segundo Circuito. *United States v. Aluminum Co. of America*. Sentencia del 12 de marzo de 1945. 148 F. 2d 416.

Corte Distrital del Distrito de Columbia de los Estados Unidos. *Comisión Federal de Comercio v. Staples Inc. y Office Depot Inc.* Sentencia de 30 de junio de 1997. Civ. No. 97-701 (THF).

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Addyston Pipe and Steel Company v. United States*. Sentencia de 4 de diciembre de 1899. 175 U.S. 211.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *The Standard Oil Company of New Jersey et al. v. The United States*. Sentencia de 15 de mayo de 1911. 211 U.S. 1.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States of America v. E.I. DU PONT DE NEMOURS AND CO*. Sentencia del 11 de junio de 1956. 351 U.S. 377.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States v. Grinnell Corp.* Sentencia de 13 de junio de 1966. 384 U.S. 563.

Intendencia de Control de Concentraciones. *Informe SCPM-ICC-042-2014*. (2 de septiembre de 2014).

Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución No. MIPRO-001-2011 Proceso de Investigación No. I-C-17885-2009-SCs que acumula el proceso de investigación No.SCC-DC-0012-210.* (6 de abril de 2011).

Superintendencia de Industria y Comercio. *Estudio Económico de Integración UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y GLOBAL T.V. TELECOMUNICACIONES S.A.* (2011).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Asunto United Brands Company y United Brands Continental BV vs. Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto 27/76. Sentencia de 14 de febrero de 1978.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. v. Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto 6/72. Sentencia de 21 de febrero de 1973.

Tribunal de Justicia Europeo. *Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto No. 85/76. Sentencia de 13 de febrero de 1979. 1979/00225.