

Grupo de trabajo de la RICE sobre conductas unilaterales

ANÁLISIS DE DOMINANCIA/PODER SUSTANCIAL DE MERCADO DE ACUERDO CON LAS LEYES DE COMPETENCIA SOBRE CONDUCTAS UNILATERALES

Prácticas recomendadas

El concepto de dominancia o poder sustancial de mercado limita el alcance de la aplicación de la mayoría de las leyes de competencia sobre conductas unilaterales. El tener dominancia o poder sustancial de mercado, como un prerrequisito para la intervención de acuerdo con las leyes de competencia sobre conductas unilaterales, sirve como un filtro para intervenir contra conductas específicas¹ que son contrarias a la competencia.

El concepto de dominancia de acuerdo con las leyes de competencia sobre conductas unilaterales, generalmente es equivalente a la posesión de poder sustancial de mercado y, por tanto, este documento emplea el término “dominancia” y “poder sustancial de mercado” de manera intercambiable. El poder sustancial de mercado se define generalmente como la habilidad para fijar el precio de manera redituable² por encima del nivel competitivo. La dominancia / poder sustancial de mercado es un alto grado de poder de mercado respecto al nivel con el que se puede incrementar redituablemente el precio, así como el tiempo durante el cual se puede mantener el precio en dicho nivel.

El grado de poder de mercado requerido para constituir poder sustancial de mercado/dominancia, la naturaleza y la extensión de la evidencia requerida para establecer dominancia/poder sustancial de mercado son elecciones importantes de política que hacen las legislaturas, las agencias de competencia y las cortes. El trabajo del grupo de la RICE sobre conductas unilaterales en 2006-2007 subrayó las diferentes elecciones de políticas como aquellas que se necesitan para constituir y establecer dominancia/poder sustancial de mercado.

Todas las jurisdicciones concuerdan en que las leyes de competencia sobre conductas unilaterales abordan conductas específicas, y sus efectos contrarios a la competencia, en lugar de tratar únicamente con la simple posesión de dominancia/poder sustancial de mercado o su creación a través de la competencia por méritos. Asimismo, todas las jurisdicciones están de acuerdo en que el objetivo de la aplicación de estas leyes es identificar y actuar contra conductas

¹ Vea el Informe de la RICE acerca de los Objetivos de las Leyes de Conductas Unilaterales, la Evaluación de la dominancia/poder sustancial de mercado y los Monopolios creados por el gobierno.

² La habilidad para incrementar y mantener los precios se usa como un indicador básico de las distintas formas en las que se puede ejercer el poder sustancial de mercado.

anticompetitivas, aunque puede ser difícil distinguir entre conductas unilaterales a favor y en contra de la competencia. Determinar si una compañía posee dominancia/poder sustancial de mercado es, generalmente, el primer paso para evaluar posibles conductas unilaterales que son contrarias a la competencia. Las leyes difieren en la manera en que se define la dominancia/poder sustancial de mercado. La mayoría de las jurisdicciones encuentran que es altamente deseable una evaluación rigurosa para determinar si una firma posee dominancia/poder sustancial de mercado, que va más allá de la participación de mercado. En las jurisdicciones con una definición más formalista de la dominancia basada en la participación de mercado, se recomienda que las agencias sean particularmente rigurosas en su análisis de la conducta en cuestión.

De acuerdo con el grupo de trabajo de 2006-2007, la RICE recomienda seguir las prácticas que a continuación se detallan para evaluar la dominancia/el poder sustancial de mercado en el contexto de las leyes de competencia sobre conductas unilaterales:

I. Marco general.

1. Las agencias deben emplear un marco de trabajo analítico, sólido y cimentado en principios económicos para determinar si existe dominancia/poder sustancial de mercado o no.

Comentario: El análisis para evaluar adecuadamente si una compañía posee dominancia/poder sustancial de mercado tiene múltiples facetas. Aunque cada jurisdicción ha elegido su propia redacción de la definición legal de dominancia/poder sustancial de mercado, hay una gran convergencia hacia el principio de que el análisis debe tener un alcance que vaya más allá de la participación de mercado. Por tanto, el análisis de dominancia/ poder sustancial de mercado debe basarse en los criterios de evaluación que se mencionan en la sección II.

2. No debe encontrarse que una compañía posee dominancia/poder sustancial de mercado sin antes considerar exhaustivamente todos los factores que afectan las condiciones de competencia en el mercado que se está investigando.

Comentario 1: Las diversas características del mercado determinan el grado con el que una compañía se ve o no afectada por la presión de la competencia, especialmente aquella que proviene de la competencia actual o la futura. Las agencias deben evaluar la dominancia/el poder sustancial de mercado al investigar directamente cómo opera y cuál es la situación en un mercado en particular.

Comentario 2: El análisis de dominancia/poder sustancial de mercado incluye pero no termina con la evaluación de la participación de mercado. Como mínimo, también se deben evaluar las condiciones de entrada y expansión (que afectan la permanencia del poder sustancial de mercado). Cuando sea adecuado, las agencias deben también tomar en cuenta otros criterios tales como el poder de compra, las economías de escala y de alcance/efectos de red, así como el acceso a mercados ascendentes con respecto a la cadena productiva/integración vertical.

II. Criterios de evaluación.

- **Participación de mercado**

3. La participación de mercado de la compañía a quien se está investigando, así como su competencia existente, incluye su desarrollo durante los últimos años, y debe usarse como un indicio o punto de inicio para el análisis de dominancia/poder sustancial de mercado.

Comentario 1: La participación de mercado se usa generalmente como el punto de inicio para evaluar el poder sustancial de mercado y proporciona información útil acerca del éxito pasado en el mercado. En la mayoría de los mercados, la presencia de una compañía es un factor importante que proporciona un indicio primario en cuanto a cómo y hasta qué punto una compañía tiene poder sustancial de mercado.

Comentario 2: La participación de mercado proporciona un útil primer indicador de la estructura del mercado y de la importancia competitiva de varias compañías en el mercado (la posición relativa en el mercado de la compañía a quien se está investigando, en comparación con la de su competencia). Sin embargo, desde que la posición de mercado falla en reflejar ciertas características importantes del ambiente competitivo, en particular la dinámica del mercado, éstas deben ponerse en perspectiva para considerar otros factores, tales como la posible entrada, cuando se evalúa el grado de poder sustancial de mercado que tiene la compañía a quien se investiga.

Comentario 3: Se debe dar una importancia adicional a la evaluación de si la participación de mercado se ha mantenido o puede mantenerse durante un periodo de tiempo significativo. Aunque la volatilidad histórica puede indicar la ausencia de poder sustancial de mercado, este hecho puede ser indicio de dicho poder.

4. Las agencias deben considerar cuidadosamente el cálculo de la participación de mercado.

Comentario 1: La participación de mercado puede ser útil en el análisis del poder del mercado, únicamente cuando está basada en mercados adecuadamente definidos por producto o mercados geográficos. Los cálculos de la participación de mercado pueden basarse en fuentes de información confiables, así como en suposiciones sólidas.

Comentario 2: La participación de mercado debe basarse en una medida que sea apropiada a las características del mercado y se deben interpretar a la luz de las condiciones relevantes del mercado en cuestión. Los cambios en las condiciones del mercado deben tomarse en cuenta para hacer la interpretación de la participación de mercado.

Comentario 3: En la práctica, la participación de mercado, en particular para los productos heterogéneos, se define mayormente en términos de valor expresado en volumen de ventas. Sin embargo, otros métodos de cálculo, tales como las cantidades, las capacidades de producción y el volumen de las órdenes, también pueden ser útiles.

- **Umbrales/indicadores de participación de mercado**

5. El usar los umbrales basados en la participación de mercado puede ser benéfico como una medida de seguridad.

Comentario 1: Las agencias pueden usar la participación de mercado para establecer niveles bajo los cuales una agencia generalmente no encontrará dominancia /poder sustancial de mercado (“umbrales”). La posesión de participación de mercado fuera de los umbrales establecidos es generalmente necesario pero insuficiente para encontrar poder sustancial de mercado. Para determinar si una compañía con participación de mercado, fuera de los umbrales establecidos tiene dominancia/poder sustancial de mercado o no, requiere un análisis detallado que incluya otros factores adicionales.

Comentario 2: Las jurisdicciones emplean diferentes tipos de umbrales basados en distintos niveles de participación de mercado. Algunas agencias utilizan umbrales que garantizan que no se encontrará dominancia/poder sustancial de mercado por debajo del nivel del umbral, lo que maximiza la certeza y reduce la carga de la agencia, mientras que otras establecen únicamente suposiciones refutables contra un hallazgo de dominancia/poder sustancial de mercado. Los beneficios de los umbrales tienen que balancearse

contra sus riesgos, en particular un potencial exceso de énfasis en la participación de mercado y, por tanto, potenciales errores de aplicación.

6. El uso de umbrales basados en la participación de mercado podría ser benéfico como indicador de dominancia/ poder sustancial de mercado.

Comentario 1: En algunas jurisdicciones la manifestación de una participación de mercado suficientemente alta crea una sospecha de dominancia/poder sustancial de mercado. En las jurisdicciones donde las sospechas cambian la carga de la prueba de la compañía que se está investigando a fin de proporcionar evidencia acerca del porqué no es dominante, la agencia debe ser receptiva de la evidencia que pueda refutar dicha sospecha (por ejemplo, si el mercado opera de manera competitiva). En otras jurisdicciones, aunque la participación de mercado sirva como un indicador primario de dominancia/poder sustancial de mercado, la agencia sigue siendo la responsable de llevar a cabo una investigación minuciosa del mercado para establecer la dominancia/el poder sustancial de mercado.

Comentario 2: Al determinar un umbral de participación de mercado a fin de usarlo como un indicador de dominancia/poder sustancial de mercado, los beneficios, tales como el incremento de la eficiencia en la aplicación de la ley, así como la certeza legal especialmente para las empresas, deben compararse con los riesgos, incluyendo la potencial sobrevaluación de la participación de mercado y los posibles errores en la aplicación de la ley.

Comentario 3: En la gran mayoría de las jurisdicciones, la participación de mercado es uno de muchos factores que deben existir antes que se encuentre dominancia/poder sustancial de mercado. En la mayoría de las jurisdicciones, ninguna sospecha de dominancia/poder sustancial de mercado surge a partir de una alta participación de mercado.

- **Análisis de barreras a la entrada**

7. La evaluación de la permanencia del poder sustancial de mercado, con un enfoque en las barreras de entrada o de expansión debe ser una parte integral del análisis de dominancia/poder sustancial de mercado.

Comentario 1: El análisis de la entrada proporciona información acerca de la relevancia de la posible competencia en el mercado relevante y, por tanto, de participación de mercado y de su permanencia hasta el punto en que se encuentra poder de mercado. El análisis de la expansión proporciona información acerca del posible impacto de la expansión de la competencia que ya está activa en el mercado. Las agencias deben evaluar no sólo si la entrada

o la expansión son teóricamente posibles, sino también si en realidad supone una limitación creíble sobre la competencia del participante original (preestablecido).

Comentario 2: Si las barreras de entrada/expansión que la competencia actual o futura enfrenta son pocas, el hecho de que una compañía tenga una alta participación de mercado podría no ser indicio de un poder de mercado duradero. En contraste, barreras sustanciales para la entrada/la expansión podrían significar la ausencia o la importancia limitada de (futuras) limitaciones en la competencia de aquella compañía que se dice es la dominante o poseedora de poder sustancial de mercado.

Comentario 3: El evaluar la posibilidad de entrada/expansión es una parte importante del análisis. Es posible que la entrada/la expansión ocurra si ésta es redituable. En esta evaluación se toma en consideración el impacto acumulativo de todas las barreras en un mercado dado. Dependiendo de las circunstancias de un caso en particular, varios tipos de barreras pueden reducir los incentivos para que un futuro competidor entre en el mercado o para que la competencia existente se expanda. Cuando se evalúa la facilidad para la entrada o la expansión, las agencias deben enfocarse en si la competencia actual o futura considerará que la entrada o la expansión será redituable a la luz de factores tales como: economías de alcance y /o escala, la escasez de recursos naturales como una aportación relevante; capacidad técnica; la reputación de las compañías involucradas; la inversión desmesurada de éstas compañías o la duración, el término y la renovación de contratos existentes; las disposiciones gubernamentales que puedan, por ejemplo, limitar el número de participantes en el mercado o imponer costos de aprobación regulatorios sustanciales; y, los costos de inmersión que no podrían recuperarse si la compañía abandona el mercado.

Comentario 4: Las agencias generalmente evalúan si la entrada o la expansión puede ocurrir de manera oportuna (no sólo eventualmente) para ejercer un efecto apreciable sobre la conducta del involucrado. Si las barreras retrasan de manera relevante la entrada o la expansión, la compañía involucrada no se verá limitada por la entrada o la expansión.

Comentario 5: También es importante considerar la amplitud de la entrada o la expansión. Ésta debe ser suficientemente grande y de tal carácter que limite sobradamente el dominio o la posesión de poder sustancial de mercado. Esto podría no ser el caso si la entrada o la expansión ocurren únicamente a nivel local, en una escala pequeña o en nichos de mercado.

- **Otros criterios**

8. Según sea adecuado en circunstancias específicas de un caso particular, las agencias deberán emplear más criterios para analizar la dominancia o el poder sustancial de mercado.

Comentario 1: Las jurisdicciones usan algunos o varios tipos de criterios, incluyendo el poder de compra, el acceso a mercados ascendentes/integrados verticalmente, las economías de escala y alcance/efectos de red, la madurez y vitalidad del mercado, el acceso a importantes insumos, así como los recursos financieros de la compañía y de su competencia. Según sea adecuado dadas las condiciones del caso, las agencias deberán considerar estos criterios para asegurar una evaluación sólida de la dominancia/poder sustancial de mercado.

III. Evaluación de dominancia/poder sustancial de mercado en economías pequeñas y/o aisladas.

9. El marco analítico usado para evaluar poder de mercado es el mismo en pequeñas y/o aisladas economías, pero los factores del mercado pueden resultar en una competencia más limitada.

Comentario: El marco de trabajo básico que se emplea para evaluar la dominancia/el poder sustancial de mercado no está alterado por el tamaño relativo de una economía o por su apertura al comercio. Sin embargo, tales factores pueden influir sobre el resultado final de la evaluación de dominancia/poder sustancial de mercado. Esta influencia es producto del aislamiento o la apertura de la economía, de las economías de escala y del efecto correspondiente en las barreras de entrada. Si una economía es pequeña y/o está aislada del comercio exterior, estos factores pueden tener como resultado barreras más altas a la entrada, lo que puede facilitar el hallazgo de dominancia/poder sustancial de mercado.

IV. Transparencia.

10. Las agencias deben buscar transparentar sus evaluaciones de dominancia/poder sustancial de mercado, de tal manera que éstas estén obligadas a proteger adecuadamente la información confidencial.

Comentario 1: El grado de sustancialidad que se requiere para encontrar dominancia/poder sustancial de mercado, así como la naturaleza y la amplitud de la evidencia que se necesita para establecer que la dominancia/poder sustancial de mercado, son elecciones políticas importantes que las legislaturas, las agencias y las cortes deben hacer. Por tanto, es importante

que las agencias sean tan transparentes como sea posible en lo referente a sus políticas acerca de dominancia/poder sustancial de mercado. Asimismo, la transparencia promueve la consistencia en la toma de decisiones de la agencia y tiende a promover el cumplimiento.

Comentario 2: Existen muchas maneras en las que las agencias de competencia pueden fomentar la transparencia. A fin de proporcionar una guía, las agencias pueden publicar sus decisiones o poner en práctica reglas o proporcionar otra guía formal para la comunidad de negocios respecto a la dominancia/poder sustancial de mercado. Además, los funcionarios de las agencias de competencia pueden impartir pláticas en las que expliquen sus políticas y casos. En la medida que sea posible, tales declaraciones deberán actualizarse periódicamente a fin de que sean un fiel reflejo de la práctica en curso.

Comentario 3: Los esfuerzos para proporcionar transparencia están limitados por la obligación de proteger la confidencialidad de la información. Cuando las agencias hagan pública la información de evaluaciones de dominancia/poder sustancial de mercado, éstas deberán proteger la información confidencial.