



**LA INSUFICIENCIA DEL TEST DEL MONOPOLISTA HIPOTÉTICO COMO
MEDIDA PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN EL
SECTOR DE TELECOMUNICACIONES – RESOLUCIÓN 2058 DE 2009
COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES - .**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2011



**LA INSUFICIENCIA DEL TEST DEL MONOPOLISTA HIPOTÉTICO COMO
MEDIDA PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN EL
SECTOR DE TELECOMUNICACIONES – RESOLUCIÓN 2058 DE 2009
COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES - .**

Monografía de grado para optar al título de Abogada.

Director.

FERNANDO CASTILLO CADENA.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2011

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN.....	6
I. ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS.....	15
1.1 Competencia en los mercados.	
1.1.1 La competencia perfecta.....	15
1.1.2 La competencia imperfecta.....	18
1.2 Introducción a la concentración de mercado.....	18
1.2.1 Breve historia de las concentraciones en el mercado y el surgimiento del antitrust.....	20
1.2.2 Concentración en la economía actual.....	23
1.2.3 La concentración de mercados en Colombia.....	26
1.2.4 Manifestaciones de la concentración de mercados.....	28
(i) El monopolio.....	28
(ii) El oligopolio.....	33
1.2.5 El poder de mercado.....	35
II. LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	37
III. EL CONCEPTO DE MERCADO RELEVANTE.....	46
3.1 La importancia de la definición de mercado relevante.....	46
3.2 El mercado en sentido abstracto.....	49
3.3 Concepto económico de mercado relevante.....	51
3.4 Concepto jurídico de mercado relevante.....	53
3.4.1 Dimensiones del mercado relevante.....	56
3.4.1.1 El mercado de producto.....	56
3.4.1.2 El mercado geográfico.....	60

IV. EL TEST DEL MONOPOLISTA HIPOTÉTICO COMO METODOLOGÍA PARA DETERMINAR MERCADO RELEVANTES Y EXISTENCIA DE POSICIÓN DOMINANTE.....	64
4.1. Antecedentes del test del monopolista hipotético.....	65
4.1.1 Adopción del Test del Monopolista Hipotético en Estados Unidos.....	65
4.1.2 La ausencia de un método para definir el mercado relevante, la falacia del celofán.....	67
4.1.3 La adopción del Test del Monopolista Hipotético en la Unión Europea.....	70
4.2. Marco teórico del test del monopolista hipotético.....	71
4.2.1 Concepto del Test del Monopolista Hipotético.....	71
4.2.2 Ejecución del Test del Monopolista Hipotético.....	72
4.2.2.1 Sustituibilidad de la demanda.....	73
4.2.2.2 Sustituibilidad de la oferta.....	74
4.2.3 Ventajas y desventajas del Test del Monopolista Hipotético.....	76
4.3. El Test del Monopolista Hipotético en la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.....	80
V. OTRAS VARIABLES METODOLÓGICAS NECESARIAS PARA LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y DE POSICIÓN DOMINANTE.....	89
5.1 El Test de Correlaciones de Stigler-Sherwin.....	92
5.2 El Test de Diferenciales de precio o Cointegración.....	96
5.3 El Análisis de “Critical Loss”.....	99
VI. CONCLUSIONES.....	101

VII. ANEXO 1	104
XIII. BIBLIOGRAFÍA	107

Introducción.

El Derecho de la Competencia, tuvo su origen en el derecho consuetudinario, el cual tiene como fuente la costumbre que rige las diferentes relaciones de la sociedad, pero “la incapacidad del derecho consuetudinario para abarcar determinadas conductas anticompetitivas y la creciente preocupación sobre los abusos cometidos por los gigantes corporativos a finales del siglo XIX generaron legislación para frenar el poder de las empresas”¹; ese cuerpo de legislación consagrada en derecho positivo, es lo que se ha venido conociendo como Derecho de la Competencia, el cual busca promover la asignación de todos los recursos mediante procesos competitivos, esto es, “maximizar el bienestar del consumidor al aumentar tanto la eficiencia asignativa (haciendo lo que los consumidores quieren, lo cual es manifestado en su disposición a pagar), como la eficiencia productiva (produciendo bienes o servicios al costo más bajo, por ende utilizando los menos recursos posibles) y promoviendo la innovación”².

Por ser el objetivo del Derecho de la Competencia proveer el ambiente necesario en el mercado, para que tanto los productores como los consumidores puedan concurrir a él, en condiciones de igualdad y con plena libertad “(...) en la actualidad se considera que el principal objetivo de la política de la competencia es el de incrementar el bienestar del consumidor, para lo cual el Estado, al aplicar las normas sobre libre competencia, debe buscar el mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo nacional, que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que los

¹ GELLHORN ERNEST, KOVACIC WILLIAM E Y CALKINS STEPHEN. Derecho y Economía de la Competencia, Quinta Edición, Thomson/west. Pág.34

² Ibídem Pág.68

consumidores encuentren mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad a un mejor precio, de la aplicación de la política de la competencia depende por lo tanto, la diferencia entre el capitalismo salvaje y la economía social de mercado a la cual pretendemos llegar(...)”³.

Como se desprende de las citas anteriores es claro que, entre las finalidades del Derecho de la Competencia se encuentran: procurar una mayor eficiencia del aparato productivo nacional, la libre participación de las empresas en el mercado y permitir que el mismo ofrezca variedad tanto en precio como en calidad y servicios, entre otras. Por consiguiente, el Derecho de la Competencia busca:

- Autorizar ciertas conductas con el fin de estimular la competencia y garantizar el acceso al mercado.
- Proteger la competencia existente, sancionando la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia.
- Limitar o prohibir la competencia en determinados casos.

La legislación colombiana no ha sido ajena a las mencionadas finalidades, ejemplo de ello se encuentra en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, en donde se señala la competencia de la Comisión

³ MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. La Política de la Competencia en el Presente Gobierno. Pág. 131. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC IV (Pontificia Universidad Javeriana).Seminarios 12.

de Regulación de Telecomunicaciones, en adelante Comisión de Regulación de Telecomunicaciones⁴.

Y aunque las finalidades del Derecho de la Competencia se encuentren enmarcadas en la intervención del mercado de una u otra forma, su esencia se encuentra basada de manera primigenia en el aforismo *Laisser faire laisser passer*, pues se entiende que a menor intervención en el mercado por parte del Estado, habrá más competencia; lo que se reflejará en un mayor beneficio para los consumidores. Aparece entonces la razón por la cual, las agencias de competencia, solo intervienen en el caso en que alguno de los agentes económicos restrinja o limite la libertad de concurrir.

Por lo tanto, para que las agencias de competencia puedan intervenir en el mercado, deben tener en cuenta que existen conceptos tales como los límites y las restricciones a la concurrencia al mercado, los cuales dependerán de cada mercado en particular y no de un único mercado, no de un mercado mundial. Lo mencionado anteriormente, se debe a que por diferentes razones, algunos mercados tienen límites naturales, como los límites geográficos, y otros tienen límites artificiales como lo es el valor del transporte; éstos últimos, no son factibles de ser impuestos por el agente que ostenta poder de mercado, en la medida que existan bienes sustitutos del bien objeto de la práctica restrictiva de la competencia.

Por lo expuesto, un punto neurálgico para el Derecho de la Competencia es la necesidad de acudir inicialmente a, lo que ha sido llamado por la doctrina, la definición

⁴ Artículo 22 de la Ley 134 I de 2009, el citado artículo puede sintetizarse en: promover y regular la libre competencia, regular los monopolios, prevenir las conductas desleales y las prácticas comerciales restrictivas.

del mercado relevante, pues de la definición que se haga del mismo dependerá que una determinada conducta sea valorada o no como una práctica anticompetitiva⁵; sin embargo, la definición del mercado relevante no es un punto pacífico en la doctrina, pues a pesar de existir consenso en la necesidad de definir el mercado relevante para abordar el estudio de los problema de competencia y a pesar de haberse sugerido diferentes métodos para definir el mercado relevante, ninguno ha sido catalogado actualmente como plenamente eficaz y objetivo. La dificultad que se encuentra al momento de definir el mercado relevante es lo que justifica la realización del presente trabajo.

En nuestro país, una propuesta normativa para dar certeza jurídica a la definición de mercado relevante, se dio en la Resolución 2058 de 2009 proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones⁶, resolución “por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones”; la cual se presenta como resultado del mandato legal dado por el artículo 10 del Decreto 2870 de

⁵ “En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en sí mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores”.

DIEZ ESTELLA, 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. Publicado en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons. Universidad Antonio de Nebrija. <http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/documentos/DefinicionMercadoRelevante.pdf> <citado en noviembre de 2010>, págs. 321 a 349.

⁶ Actualmente Comisión de Regulación de Comunicaciones.

2007 ⁷, que busca facilitar la convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones.

En ésta resolución, aparece como instrumento “**central**” el Test del Monopolista Hipotético para la identificación de los mercados, es decir, para definir el mercado relevante. Al respecto, la Resolución 2058 de 2009 en los artículos 5° y 6° establece:

“Artículo 5. Análisis de sustituibilidad de la demanda. Dentro de este análisis la CRT tendrá en cuenta la respuesta de los agentes en el mercado y su reacción de consumo respecto de variaciones de precios, presencia de nuevos operadores y ofertas de nuevos productos, entre otros.

*Artículo 6. Identificación de los mercados. Con base en el análisis de que se trata el artículo anterior y, **previa aplicación del test del monopolista hipotético** (subrayado fuera del texto), la CRT procederá a identificar los mercados minorista y mayoristas de telecomunicaciones con el fin de determinar los servicios que componen cada uno de los mercados (...)*”

Partiendo de lo anterior, el objeto del presente trabajo, más que analizar la Resolución 2058 de 2009 en general, se enmarcará en el estudio del Test del Monopolista Hipotético, acogido como el principal instrumento metodológico en la citada resolución expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para determinar el mercado relevante y la existencia de posición dominante en los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones en Colombia, con el fin de comprobar si

⁷ El mencionado artículo señala: “Para promover la competencia conforme al artículo 13 del Decreto-ley 1900 de 1990, los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, estarán obligados a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá dentro de los ocho (8) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes. Así mismo, dentro de los diez (10) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, determinará la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT.”

es suficiente para tal fin, o si por el contrario, debió darse igual importancia al resto de metodologías sugeridas en los estudios previos a la resolución y en la misma resolución para evitar caer en arbitrariedades, más aún cuando se ha manifestado que su aplicación no es necesaria para definir la existencia de posición dominante en mercados con estructuras oligopólicas⁸, como es el caso del mercado de las telecomunicaciones en Colombia⁹, al cual va dirigido dicha resolución, y más aún cuando la misma Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en febrero del presente año, en su documento titulado “lineamientos sobre la revisión de mercados relevantes en 2011” no desconoce sus limitaciones y desventajas así:

“(…) El trabajo de Richards (2006) analiza la metodología económica que ha venido siendo aplicada, -refiriéndose al Test del Monopolista Hipotético- en la Comunidad Europea, en particular respecto de la delimitación de los mercados relevantes y concluye que el sector de las telecomunicaciones es bastante inestable y en tal sentido la metodología de identificación de mercados en alguna medida pudiese no proveer niveles adecuados de predictibilidad. En tal sentido, y respecto de la aplicación del Test del Monopolista Hipotético como herramienta de identificación de mercados relevantes, los autores señalan que horizontes de tiempo más largos favorecerían la promoción de competencia en infraestructura en tanto que horizontes de tiempo más cortos enfatizarían la competencia por servicios. En consecuencia, la implementación de los conceptos “antitrust” para guiar la regulación en las comunicaciones electrónicas pudiese tener una utilidad limitada

⁸ Según Fernando Díez Estella, se discute si “el test del monopolista hipotético sea el más apropiado en casos de mercados integrados verticalmente, y en presencia de *estructuras oligopolísticas*, ya que si una empresa es monopolista, por definición es capaz de fijar los precios arbitrariamente; se concluye entonces que todas las empresas con poder de mercado son monopolistas –en sus propios productos–” véase: *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger*

⁹ Esto se puede deducir de lo señalado por la OECD. Derecho y Política de la Competencia en Colombia al establecer: La Empresa Nacional de Telecomunicaciones gozó de un monopolio en este sector hasta 1998, cuando comenzó la liberalización del sector. Actualmente, la participación de su sucesora Colombia Telecomunicaciones (de Telefónica de España) es del orden del 50-60% del tráfico de larga distancia nacional y del 45% de larga distancia internacional. El número de operadores de telefonía local es importante, pero la competencia entre ellos se ha desarrollado únicamente en los grandes mercados como Bogotá, Cali y Barranquilla.

en cuanto a la promoción de los beneficios de los consumidores en tanto que, de acuerdo con la opinión de este autor, se consideran instrumentos inapropiados para proveer al sector del nivel de certeza necesaria para mantener grandes inversiones”¹⁰.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, citando a Coate y Fisher (2008), señala que: “(...) en la medida en que estas últimas metodologías adolecen de dificultades ampliamente conocidas (como la necesidad de hacer algunos supuestos que pueden no ser completamente realistas) debe tenerse especial cuidado para ver más allá de las crudas cifras y construir algún esquema de entendimiento respecto de cómo se lleva a cabo el proceso competitivo en los mercados bajo estudio (...)”¹¹.

Para desarrollar el objeto del presente trabajo, en el primer capítulo realizaremos, a título de soporte teórico, un estudio sobre la competencia perfecta e imperfecta y sus manifestaciones, con el fin de dar unas bases elementales pero necesarias para el buen desarrollo del presente trabajo, haciendo énfasis en los problemas que surgen de la concentración de mercados. En el segundo capítulo, abordaremos el estudio del mercado relevante y de posición dominante, analizando los elementos estructurales de estas instituciones. El tercer capítulo estará destinado a brindar una descripción del Test del Monopolista Hipotético como metodología central, utilizada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la Resolución 2058 de 2009 para determinar mercados relevantes y la existencia de posición dominante. Por último, en el cuarto capítulo, se realizará un estudio de otras variables metodológicas para la definición de

¹⁰ Citado en: Informe final, evaluación de competencia de los mercados de telecomunicaciones. Pág. 13
<http://www.crcm.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=59:creacion-de-escenarios-competitivos&catid=37:creacion-de-escenarios-competitivos> [citado en junio de 2011]

¹¹ *Ibíd*em, pág. 14

mercado relevante y de posición dominante, que proponemos sean consideradas como medidas complementarias al Test del Monopolista Hipotético, tales como el test de diferenciales de precio (cointegración), el test de correlaciones de Stigler-Sherwin y el análisis de “Critical Loss”, las cuales resultan ser de necesaria aplicación para brindar una definición de mercado relevante con un menor margen de error, menos arbitraria y mas cercana a la realidad. Finalmente se ofrecerán algunas conclusiones.

Aunque en un principio se consideró que las conclusiones del presente trabajo estarían limitadas al mercado de las telecomunicaciones, lo cierto es que encontramos que son conclusiones que pueden ser aplicadas en todos los mercados, sin que con ello se desconozca el origen sectorial de la resolución y el alcance natural de los actos de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Por lo anterior, las medidas mencionadas a lo largo del trabajo, pueden llegar a ser aplicadas a otros mercados “mutatis mutandi”, puesto que ha sido la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la primera autoridad de competencia en consagrar normativamente una metodología para definir el mercado relevante, en la medida que existe la necesidad fehaciente y no desconocida de unificar los criterios usados para las diferentes autoridades de la competencia, esto es afirmado por Alfonso Miranda Londoño al establecer:

“(…) no puede negarse que la política de la competencia ha tenido importantes avances en los últimos seis años, pero es necesario reconocer igualmente, que como consecuencia de la consagración constitucional, se ha producido en Colombia una extraordinaria explosión legislativa sobre el tema, que ha llevado a la creación de una multitud de autoridades de la competencia en distintas áreas de la actividad económica, todas ellas con la misma importancia, las cuales aplican normas disímiles y criterios diversos sobre los mismos fenómenos, en lo

*que se ha manifestado como una inmensa torre de babel de la libre competencia, en perjuicio del avance conceptual, doctrinal y jurisprudencia del tema y sobre todo, de los intereses de los consumidores que deberían resultar favorecidos por su aplicación(...)*¹².

A modo de conclusión se mostrará por qué el Test del Monopolista Hipotético, acogido como criterio central para la definición de mercado relevante y la existencia de posición dominante por la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, aunque imprescindible, no debe ser la única medida para la determinación del mercado relevante y la existencia de posición de dominio en Colombia, ya que si bien debe ser la base para determinar el mercado relevante y la existencia de posición dominante¹³, no debe ser utilizada de manera exclusiva ni mucho menos excluyente con otras medidas que pueden ser implementadas para lograr un mejor resultado. Por lo tanto, se concluirá que, en nuestro criterio, el Test del Monopolista Hipotético debe estar acompañado de medidas adicionales para la determinación del mercado relevante y la existencia de posición dominante, con el fin de disminuir el riesgo de una definición de mercado relevante que sea arbitraria y alejada de la realidad.

¹² MIRANDA LONDOÑO, Op. Cit., pág. 132. Debe tenerse en cuenta que el texto es anterior a la expedición de la ley 1340 de 2009, época en la cual no existía una autoridad nacional de protección de la competencia, contrario a lo que sucede actualmente con la citada ley que estableció en su artículo 6 a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional de protección de la competencia, por lo que lo relevante es que se debe reconocer la importancia y posibilidad de aplicar el Test de Monopolista Hipotético en otros mercados por parte de la hoy autoridad nacional en la materia.

¹³ De hecho el Test del Monopolista Hipotético es la medida más utilizada en el mundo para la definición de mercado relevante.

I. La Estructura de los Mercados.

Con el fin de comprender cómo opera tanto, en la competencia perfecta como en la imperfecta, el concepto de mercado relevante y de posición de dominio, y con ello indagar sobre la pertinencia del Test del Monopolista Hipotético como única medida para la definición de mercado relevante, en el presente capítulo desarrollamos a título de marco conceptual un estudio sobre las principales estructuras de mercado y los problemas que plantea la concentración de los mismos.

1.1 Competencia en los Mercados.

1.1.1 La Competencia Perfecta.

La competencia perfecta, puede ser definida como la “ estructura de mercado en la cual las decisiones de los compradores y vendedores individuales no tienen efectos en el precio de mercado”¹⁴.

En efecto, al encontrarnos en un mercado con estructura competitiva, suponiendo productos idénticos o con características similares, las acciones realizadas por los compradores o los vendedores son insignificantes ya que no inciden en las condiciones de mercado, puesto que dada la pluralidad tanto de compradores como vendedores, ninguno de ellos puede hacer variar el precio de mercado. Cuando un participante o incluso un número importante de participantes, no pueden variar el precio de mercado, nos encontramos ante un mercado competitivo en el que el precio es definido por dicho mercado. Es por ello, que en un mercado competitivo el precio es

¹⁴ LEROY MILLER, ROGER. Economía Hoy. Edición 2001-2002, pág. 561.

determinado por la libre interacción entre la oferta y la demanda, y por consiguiente el productor debe buscar, para obtener el mayor beneficio, la optimización de su estructura de costos de producción, buscando generar beneficios económicos nulos¹⁵ a largo plazo para obtener un rendimiento razonable por su inversión sin ser expulsado del mercado. De esta forma, el principal beneficiado es el consumidor, pues es quien paga un menor precio por el producto y recibe una mejor calidad del mismo debido a la competencia a la que se enfrentan los distintos productores.

La teoría económica predominante basada en el modelo neoclásico señala cinco condiciones que caracterizan a la competencia perfecta:

1. La participación de varios productores.
2. Homogeneidad del producto.
3. Libertad de entrada y salida.
4. Transparencia en el precio.
5. Movilidad del factor de producción, facilidad de reemplazar.

Y ha reconocido los diferentes efectos positivos que genera la competencia perfecta en el mercado, dentro de los que se pueden enunciar:

- Uso más eficiente de los recursos escasos.
- Menores precios.
- Mayor diversidad de productos.
- Innovación constante.

¹⁵ El beneficio económico nulo es definido como aquel en el que: “una empresa obtiene un rendimiento normal por su inversión, es decir, obtiene tan buenos resultados como si invirtiera su dinero de otra forma”. Definición tomada de: PINDYCK, ROBERT S., RUBINFED, DANIEL L. Microeconomía. Quinta edición 20001. Glosario

- Mejor calidad.
- Bienestar y beneficio para el consumidor.

Estas ventajas no son desconocidas por el gobierno Colombiano. En el informe final de la evaluación de competencia en los mercados de telecomunicaciones, publicado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en julio de 2003, en el que se establece que: “(...) La competencia produce dos resultados básicos, que conjuntamente caracterizan esta optimalidad: el precio al cual se vende el producto es igual al costo marginal de producirlo y la empresa no tiene ganancias extraordinarias”¹⁶; la optimalidad a la que hace referencia, es lo que se conoce como el óptimo de Pareto según el cual, la situación de un agente económico llega a un punto que no puede mejorar más, sin empeorar la de por lo menos otro agente económico, resultado que es el generado por la competencia bajo ciertas condiciones, según el mismo documento.

“Una de las principales condiciones del resultado de optimalidad es el de que las empresas son pequeñas con respecto al tamaño del mercado, la actuación individual de cada una de ellas no afecta el precio del mercado ni la cantidad vendida. En otros términos, las empresas no tienen poder de mercado. Si una empresa tiene poder de mercado, se presenta una falla de mercado y no se puede garantizar que el resultado de mercado sea óptimo”¹⁷.

¹⁵ INFORME FINAL COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Evaluación de competencia de los mercados de telecomunicaciones. Op.cit.

¹⁷ *Ibíd.*

1.1.2 La Competencia Imperfecta.

En oposición a la competencia perfecta, se alude a la competencia imperfecta. Cuando los productores o los consumidores pueden influir tanto en el precio como en las cantidades de producto que se ofrezcan en el mercado. No obstante, a efectos del presente trabajo, solo nos referiremos al poder de mercado que ostenta el productor. Es decir, la posibilidad que tiene de incidir en el precio al cual se ofrece el producto en el mercado.

La competencia imperfecta ha sido estudiada por la literatura a través de las estructuras monopólicas y oligopólicas principalmente, las cuales dan cuenta del poder de mercado. Este poder surge entre otras causas por la concentración de los mercados. En efecto, las empresas en mercados que presentan alta concentración en la oferta, pueden influir individualmente en una de las variables determinantes del mercado, como por ejemplo el precio, y con ello pueden actuar como precio-oferentes y no como precio-aceptantes, como sí sucede en el caso de competencia perfecta¹⁸. El poder surge entonces como consecuencia de la concentración de mercados¹⁹.

1.2 Introducción a la Concentración de Mercados.

Por concentración de mercado se entiende la participación y la influencia de pocas empresas en una industria determinada. En otras palabras: la concentración de mercados es el grado en el cual la producción se encuentra centralizada en manos de un

¹⁸ MOCHON MORCILLO, FRANCISCO. Economía, Teoría y Política. Tercera Edición. McGraw-Hill 1993, pág. 190.

¹⁹ El poder de mercado también depende de los bienes sustitutos de que se disponga en un mercado y de la relación que exista entre los productores.

reducido número de grandes empresas, pertenecientes a una misma industria, aunque el estado natural del mercado sea la competencia perfecta, es decir la participación de muchas empresas en un mismo mercado.

Puede afirmarse que la concentración económica se da en la estructura de un sector determinado de la industria. Lo importante en el tema en cuestión, es saber cómo está constituida la industria, cuántos participantes hay. Si el mercado se constituye por muchos participantes, se dice que está poco concentrado y si hay pocos participantes, se trata de un sector concentrado. Determinar el grado de competencia que existe en ese sector, se torna relevante puesto que dado, un nivel de concentración, ésta resulta apreciable para mirar su influencia en relación con los precios, los recursos y el bienestar de la sociedad.

Ahora bien, se concibe la concentración como:

“(...) el resultado de un proceso que, en un determinado conjunto, tiende a aumentar las dimensiones relativas o absolutas de las unidades presentes en él (Miguel de Bustos, 1993). El concepto de centralización sirve entonces para referirse a esta asimetría e implica el aumento de poder de un número restringido de empresas o grupos. Estos procesos son inseparables, y con el término concentración se alude al doble fenómeno de concentración/centralización”²⁰.

En realidad todo lo que hay detrás de la concentración económica, es lo referente al poder de mercado, el cual consiste en la capacidad que tiene una empresa para influir

²⁰ MASTRINI, GUILLERMO, BECERRA MARTÍN. Presente y Tendencias de la Concentración de Medios en América Latina. Zer: Revista de estudios de comunicación = Komunikazio ikasketen aldizkaria, ISSN 1137-1102, Nº. 22, <dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592300>, <citado en junio de 2010>

sobre un determinado mercado en términos tanto de precios, como de cantidad y calidad de los productos.

Por último, algunos consideran que “la concentración de los mercados se da por razones estructurales de los mercados que llevan a que el modo más eficiente de proveer un bien o servicio sea con una o pocas firmas que aprovechan las economías de escala o ámbito.”²¹, caso en el cual, es el mismo Estado el que protege la concentración, en la medida que esta en lugar de generar un perjuicio para el mercado y por ende para los consumidores, resulta generando un beneficio a los mismos²².

1.2.1 Breve Historia de las Concentración en el Mercado y el Surgimiento del Antitrust.

La discusión en cuanto a si el estado debía intervenir en el mercado versus la aplicación de la doctrina del “laissez faire”, se da en los Estados Unidos de América en el siglo XIX a raíz del caso de la empresa petrolera estadounidense Standard Oil, la cual usando prácticas anticompetitivas suprimió a sus competidores. “Para obtener su casi monopolio, Standard Oil vendía el queroseno en mercados seleccionados a un precio tan bajo que privaba a sus competidores de cualquier utilidad. Una vez había expulsado del mercado a la competencia, Standard Oil subía el precio para obtener un rendimiento”²³. De otro lado “Standard Oil ayudó a coordinar el cartel ferroviario que cobraba precios

²¹ GUERRERO, RODRIGO, ¿Es mala la concentración de los mercados?, [en línea].<oceanosazules3.bligoo.com/.../Es-mala-la-concentración-de-los-mercados.html -> [junio de 2010]

²² Es conocido que en economías en desarrollo es habitual la concentración en los mercados.

²³ GELLHOR, KOVACIC Y CALKINS. Op.cit., pág.36

altos a otras empresas petroleras, muchas de las cuales fueron forzadas a venderse a Standard”²⁴.

El surgimiento en el mercado de compañías con estructura trust, a nivel económico, se refiere a una “concentración de empresas bajo una misma dirección”²⁵; el término trust encierra “una de las formas en que se une el capital monopolista; se caracteriza por el hecho de que las empresas que lo componen pierden totalmente su independencia productiva comercial y jurídica. Los capitalistas dueños de las empresas que se unen en el trust reciben una cantidad de acciones correspondientes a su parte y por esas perciben dividendos. La dirección del trust está integrada por los accionistas más poderosos, y regula toda la actividad de las empresas agrupadas en él, cierra contratos, establece los precios y los plazos de pago, distribuye los beneficios etc. El objetivo del trust estriba en obtener elevadas ganancias monopolistas y lograr una mayor estabilidad en la lucha competitiva (...)”²⁶, lo cual lleva a que existan menos competidores en el mercado y por ende una concentración del mismo.

El Trust comienza a ser criticado a partir de tres argumentos fundamentales²⁷:

1. Menos empresas dominaban más y más negocios cada año.
2. Los métodos usados para someter a sus competidores, tales como precios predatorios y espionaje comercial.

²⁴ Ibídem Pág. 36.

²⁵ [En línea] <<http://es.wikipedia.org/wiki/Trust>>[citado en febrero de 2011]

²⁶ BORÍSOV, ZHAMIN Y MAKÁROVA. Diccionario de Economía Política. [en línea] <<http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/t/trust.htm>> [citado en febrero 2011]

²⁷ GELLHOR, KOVACIC Y CALKINS. Op.cit., pág.36

3. Para lograr fines irrazonables mas allá de destruir a los competidores, se dieron prácticas indignantes como: defraudación a inversionistas, despidos masivos, soborno a funcionarios públicos.

En respuesta a la estructura Trust que comenzaron a tomar las empresas participantes en el mercado y por las objeciones que se acaban de mencionar (concentración, métodos usados, fines irrazonables), surge el Antitrust y con él “el 2 de julio de 1890, se publica la Ley Sherman, siendo la primera medida del Gobierno federal estadounidense para limitar los monopolios. La ley declaró ilegales los trust, por considerarlos restrictivos para el comercio”²⁸. La Ley Sherman resulta ser entonces, una respuesta del gobierno Norte Americano a las prácticas restrictivas a la competencia que venían siendo usadas en desmedro de los competidores por diferentes empresas para lograr una posición dominante, perjudicando finalmente a los consumidores. Por lo que Ley Sherman consagra normas generales sobre las prácticas restrictivas de la competencia, específicamente sobre al abuso en los monopolios²⁹, siendo una herramienta esencial para el control del abuso de la posición dominante³⁰.

En igual sentido, en el artículo “Reseñas Legislativas, La Ley Federal de competencia Económica”, escrito por Liliana Nava se señala que:

“la Ley Sherman, tendía a evitar que la población americana sucumbiera en una forma de “esclavitud”, resultante de las concentraciones de capital en manos de pocos individuos o

²⁸ [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Acta_Sherman>[citado en febrero de 2011]

²⁹ MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Anotaciones Sobre Derecho Antimonopolístico. Centro de Estudio de Derecho de la Competencia CEDEC III, seminarios 10. Pág. 48.

³⁰ GAVIRIA CADAVID. Op.cit., pág. 364.

corporaciones que pudieran controlar, en su beneficio y para provecho exclusivo, todos los negocios del país, incluyendo la producción y venta de artículos básicos. Para ello dicha ley prohíbe la celebración de contratos, fusiones para el establecimiento de monopolios o conspiraciones, en detrimento del comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras”, lo cual se ve reflejado en la frase: “si rehusamos que un rey gobierne hoy nuestro país, no podemos aceptar que un rey gobierne nuestra producción, nuestros transportes o la venta de nuestros productos”³¹.

Desde entonces, existe una tendencia a buscar el cumplimiento de los presupuestos del modelo de la competencia perfecta, incluso a través de la regulación, y se sanciona la concentración en el mercado, cuando por medio de ésta se constituye un abuso de la posición dominante. Es así como el Estado, al intervenir en el mercado que presenta situaciones que están restringiendo la competencia, tiende a imponer de manera artificial las circunstancias que aquel mercado requiere, para constituir en él las condiciones de competencia perfecta y así restablecer el equilibrio roto por las prácticas restrictivas.

1.2.2 Concentración en la Economía Actual.

Con la globalización y el crecimiento de la economía, ha surgido la necesidad de asociación entre las empresas con el fin de buscar economías de escala, es decir, combinar diferentes actividades que se concentran pero en razón no de un mismo producto, sino de productos con una característica uniforme. “(...) La concentración en la propiedad de las empresas y la formación de los grupos de interés económico, se traduce en la concentración de la participación de las empresas en los mercados,

³¹ NAVA, LILIANA. Parte II: Reseñas Legislativas, la Ley Federal de Competencia Económica. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/191/leg/leg13.pdf>>[citado en octubre-noviembre de 2010]

fenómeno que es indicativo de la posición dominante en los mismos”³². Con esas asociaciones, generalmente se genera un poder financiero y de colaboración entre empresas, que termina por alcanzar un tamaño significativo, gracias al cual se puede ejercer un poder de mercado.

Es importante establecer que “el grado de concentración económica es el que mejor refleja la morfología real del mercado, en tanto las posibilidades de ejercicio de prácticas oligopólicas y el abuso de posiciones dominantes están asociadas con las decisiones adoptadas en nivel de empresa”³³.

Cuando existe una alta concentración en un mercado, los productores ejercen una gran influencia en el mismo ya que, debido al poder otorgado por la concentración, pueden tomar decisiones afectando al consumidor ejerciendo prácticas monopolísticas obteniendo mayores beneficios y perjudicando a los consumidores.

La importancia de determinar si existe concentración de mercado es determinar el grado de poder de mercado que puede haber y en qué forma se ven afectados los precios. Por ejemplo, en el estudio realizado sobre “La Concentración del Mercado Internacional del Café”, escrito por Juliana Rodríguez Núñez, se establece cómo la concentración de un mercado puede llegar a tener repercusión incluso en los precios de otros productos. Así las consecuencias de la concentración pueden ser totalmente establecidas, permitiendo a la autoridad tomar las medidas que considere pertinentes

³² MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Abuso de la Posición Dominante. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC, 2º edición, seminarios 5. Pág. 45

³³ KULFAS, MATÍAS Y SCHORR MARTÍN, Evolución de la concentración industrial en la Argentina durante los años noventa, < <http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=357>>, [citado en octubre-noviembre de 2010]

para evitar o minimizar los efectos negativos que puedan desprenderse de dicha concentración.

En general los estudios realizados reflejan que conforme aumenta la concentración, aumentan los precios. Pero de la misma forma el economista irlandés John Sutton mostró que la relación solo se presenta en la mitad de los casos, porque si bien los consumidores pueden verse afectados con la concentración, también podrían verse beneficiados debido a las economías de escala. Por otro lado, Sutton también establece que en muchos casos, a mayor precio hay menor concentración y que en los países de mayor dimensión tiende a presentarse una menor concentración en los mercados³⁴.

El aumento de precios que se da cuando aumenta la concentración, se explica en el hecho que al existir una estructura de competencia imperfecta, los agentes económicos participantes en ella, no tienen un incentivo para bajar sus precios puesto que no se enfrentan a competidores que los obliguen a ello, esto se sustenta con lo que la práctica antimonopolios ha mencionado como los riesgos de la concentración así:

“La práctica antimonopolios clasifica los riesgos competitivos derivados del aumento en la concentración en dos: efectos unilaterales y efectos coordinados. El primer efecto corresponde a aquel que induce a la nueva firma fusionada a subir sus precios debido a la existencia de menos competidores en el mercado. Esto supone que la fusión logró deshacerse de un competidor muy agresivo o bien, que al haber menos empresas en el mercado, cada una de ellas, por interés propio, tiene menos incentivos a recortar sus precios. Bajo el segundo efecto, la disminución en el número de competidores hace más probable un comportamiento comercial cooperativo, ya sea

³⁴ Ibídem, pág. 2 y ss.

*tácito o explícito entre empresas. Ambos efectos se fundamentan conceptualmente en los modelos de competencia imperfecta ampliamente conocidos en la literatura de economía industrial*³⁵.

En cualquiera de las dos situaciones mencionadas, el resultado siempre es el aumento de los precios. Sin embargo, existen casos de fusiones en los cuales el resultado de ésta, es el ahorro de costos en la producción, ya que se pueden generar economías de escala donde se realiza un mejor aprovechamiento de los recursos³⁶.

1.2.3 La Concentración de Mercados en Colombia.

Un estudio reciente realizado por Guillermo Bonilla y Horacio Osorio, concerniente al tema de la concentración de los mercados en Colombia, llega a la conclusión que existe una “alta concentración de los mercados, que constituye un problema endémico en nuestra economía (...)”³⁷. Por lo tanto, se habla de una economía cerrada en la que debido a la concentración, se generan oligopolios que ejercen un gran control y poder de mercado³⁸. Por su parte aduce la OECD que:

³⁵ GONZÁLEZ TISSINETTI, ALDO. Efectos Competitivos del Aumento en la Concentración en el Mercado de la Venta de Alimentos al Detalle, [en línea]. <<http://www.econ.uchile.cl/uploads/cv/a5508297b686c37d495311ce95075b0758a9e637.pdf>> [citado en octubre-noviembre de 2010]

³⁶ *Ibidem*. Las normativas sobre fusiones, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea establecen que las sinergias y ahorros de costos producto de las fusiones deben ser debidamente demostradas por las partes interesadas. En EE.UU, los lineamientos sobre concentraciones señalan explícitamente que las firmas a fusionarse deben fundamentar las ganancias de eficiencias de modo que éstas puedan ser verificadas por medios razonables tanto en su magnitud como probabilidad de ocurrencia.

Las ganancias de eficiencias no serán consideradas por la agencia antimonopolios si éstas son vagas o especulativas.

³⁷ IBARRA PARDO.GABRIEL. Abuso de la Posición Dominante. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC, 2ª edición, seminarios 5, pág. 48.

³⁸ Basado en RODRÍGUEZ NÚÑEZ, JULIANA, la concentración del mercado internacional del café, [en línea] <http://guaica.uniandes.edu.co:5050/dspace/bitstream/1992/133/1/mi_867.pdf>

“Durante la mayor parte del siglo XX la economía colombiana se caracterizó por la aplicación de la política industrial. Se dieron una serie de fusiones y adquisiciones y se fomentó la formación de conglomerados, dentro del contexto de la industria y los mercados nacionales. Esto tuvo un impacto general positivo en el crecimiento industrial de Colombia, que fue del 83% entre 1929 y 1957 y siguió creciendo hasta finales de la década de 1970, cuando las limitaciones de este modelo de sustitución de la importación comenzaron a vislumbrarse (...)”³⁹.

En principio fue el mismo gobierno quien incentivo la concentración en los mercados, como una medida para fortalecer la economía nacional, llevando a que Colombia fuese un país caracterizado por la concentración de sus mercados lo que se sustenta por lo que afirma Gaviria Cadavid “(...) En pocos países como el nuestro afloran con tanta claridad tan numerosos ejemplos de sectores productivos controlados, monopolística u oligopólicamente, como en Colombia (...)”, y continua “(...) son tan obvios y protuberantes los sectores de nuestra estructura productiva que se encuentran bajo el control del sector privado bajo las modalidades del monopolio, que su enumeración y el análisis de su estructura resultaría superfluo (...)”⁴⁰.

La consecuencia de la concentración que se buscó inicialmente en los diferentes mercados colombianos como una medida para fortalecer la economía, obtuvo como resultado: “(...) un acentuado problema de concentración económica que se concreta en la concentración de la riqueza, la concentración del ingreso, de la propiedad accionaria y de la participación de las empresas en los mercados”⁴¹.

³⁹ OECD. Derecho Y Política de la Competencia en Colombia 2009. Op., cit. Pág11.

⁴⁰ GAVIRIA CADAVID, Op. Cit. Pág. 372.

⁴¹ LONDOÑO, ALFONSO MIRANDA. Abuso de la posición dominante. Op., cit. Pág. 42

En conclusión, la concentración en los mercados al constituirse en un problema de concentración en la economía, en la riqueza, en el ingreso etc., termina por perjudicar no solo al consumidor al disminuir su beneficio, pues se verá enfrentado a altos precios y a poca variedad de producto, sino también a los competidores ya que se forman barreras de entrada al mercado, impidiendo su acceso y participación en el mismo. Sin embargo es bueno no olvidar que la concentración de mercados puede ser utilizada en beneficio de la sociedad, si se emplea de una manera estratégica, es decir, generando economías de escala para reducir los costos de producción, y de esa forma, disminuir los precios de venta, generándole un mayor beneficio al consumidor.

2.2.4 Manifestaciones de la Concentración de Mercados.

Dentro de las manifestaciones de la concentración de mercados, de competencia imperfecta, se habla generalmente, desde el lado del productor, de dos tipos de estructura de mercado; el monopolio y el oligopolio que se explicarán a continuación:

(i) El Monopolio.

Un monopolio puede ser definido como: “(...) una firma o combinación de firmas o un individuo o combinación de individuos, que poseen suficientes poder sobre la producción y los precios para establecer una situación de mercado se aparte de manera apreciable de la competencia”⁴², otra definición más simple de monopolio, como lo señala Fernando Gaviria Cadavid, es la dada en un estudio preparado conjuntamente por la Asociación Colombiana Popular de Industriales y la Universidad Externado de Colombia, según la cual, “(...) el monopolio puro es el fenómeno que se identifica con

⁴² Definición de George J. Stigler citada en: GAVIRIA CADAVID, FERNANDO. Los Monopolios. Revista de Derecho de la Competencia. CEDEC V. Vol1, enero diciembre de 2005. Pág. 354

el vendedor único de un producto único, sin posibilidades inmediatas de producto substitutivo, lo que genera un marcado control sobre el precio”⁴³. Es el privilegio o ventaja peculiar que tiene una persona o una compañía, consistente en el derecho exclusivo o poder en un negocio o mercado en particular donde se controla la producción o venta de un bien o un servicio en particular⁴⁴.

Se trata de aquella estructura de mercado, donde hay un solo productor y es él quien determina el precio, ya que el producto no tiene sustitutos cercanos a los que pueda acudir el comprador. Por lo tanto, el monopolista tiene poder de mercado, puesto que éste se encuentra concentrado y es el productor quien fija el precio, con el fin de obtener mayor utilidad haciendo que éste sea más alto, transfiriendo la riqueza del consumidor al productor y finalmente, generando una pérdida irrecuperable en el bienestar social.

Se ha afirmado que “La causa fundamental del monopolio son las barreras de entrada: un monopolio es el único vendedor en su mercado porque otras empresas no pueden entrar y competir con él. Las barreras a la entrada⁴⁵ tienen, a su vez, tres orígenes: (i) Un recurso clave es propiedad de una única empresa. (ii) Las autoridades conceden a una única empresa el derecho exclusivo a producir un bien o un servicio. (iii) En algunos casos, los costes de producción hacen que un único productor sea más

⁴³ *Ibidem*, Pág. 356.

⁴⁴ La definición esta basada en: Albinger Jürgen. Economic model for monopoly analysis in telecommunication: proposal to demonstrate uniqueness
<<http://www.saycocorporativo.com/saycoUK/BIJ/journal/Vol2No1/article2.pdf>>[citado en junio de 2011]

⁴⁵ el tema de barreras de entrada es tratado en el anexo 1.

eficiente que un elevado número de productores”⁴⁶.

En igual sentido, se dice que el monopolio natural “tiene como causa la interacción entre la tecnología y el tamaño del mercado. La idea intuitiva de un monopolio natural es la de que la manera de lograr un menor costo de satisfacer la demanda que existe en un mercado, es mediante la operación de una sola empresa. Si esta empresa se divide en dos o más, en cualquier forma, los costos de suministrar la misma cantidad aumentan”⁴⁷.

Definido el monopolio y habiendo establecido que existe una clase de monopolio llamado natural que se da por la misma estructura del mercado, haremos referencia a los tres factores que caracterizan a todo monopolio:

1. Un vendedor ocupa todo el mercado.
2. No hay sustitutos del producto.
3. Existen barreras de entrada o salida.

Para lograr mayor claridad acerca de lo mencionado anteriormente, presentamos el siguiente cuadro⁴⁸:

⁴⁶ MANKIW GREGORY. Principios de Economía. Segunda edición. El fenómeno por el cual la existencia de un solo productor hace que los costos de producción se tornen más eficientes es llamado monopolio natural que en otras palabras se da cuando “una única empresa puede ofrecer un bien o un servicio a un mercado entero a un coste menor que el que tendría lugar con dos o más empresas” y este aparece “cuando hay economías de escala en el intervalo relevante de producción. [En línea] <http://www.uv.es/~ssaz/Tema_5_CC_Ambientales.pdf> [citado en junio de 2011].

⁴⁷ INFORME FINAL, COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Op. cit. Pág. 4

⁴⁸ MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ JUAN DAVID. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia, pág. 349. Revista de Derecho de la Competencia CEDEC IV, volumen 2 No.2 Enero –diciembre 2006, Bogotá.

Característica	Mercado Perfectamente Competitivo	Mercado Monopólico
Influencia en el precio	Productor es tomador de precio, no tiene capacidad de injerencia sobre el mismo	El monopolista tiene un gran poder para determinar el precio
Número de Vendedores	“Muchos”. La teoría convencional hace referencia a “ <i>muchos vendedores</i> ”, pero no determina qué se entiende por “ <i>muchos</i> ”	Un solo vendedor y no existen posibilidades de que lleguen nuevos competidores
Concentración del mercado	No hay concentración, el mercado se encuentra completamente atomizado	El mercado está concentrado al 100%
Homogeneidad del bien	Bienes completamente homogéneos, lo cual no solo implica que sean idénticos, sino que en su producción debe usarse los mismos insumos al mismo costo	Bienes diferenciados
Simetría de la información	Información que poseen los agentes es simétrica.	Información que poseen los agentes es asimétrica.
Entrada y salida del mercado	No hay restricciones para la entrada y la salida de productores	Hay fuertes barreras –económicas o legales- tanto para la entrada como para salida de productores.
Elasticidad de la demanda del bien	La demanda es elástica, existen diversos bienes sustitutos	La demanda es inelástica, no existen bienes sustitutos, ni si quiera cercanos

Ahora bien, partiendo de lo anterior mostraremos los efectos negativos y positivos del monopolio.

(a) *Efectos negativos del Monopolio.*

Los efectos negativos del monopolio se pueden resumir en:

- Disminución del intercambio comercial.
- Redistribución del ingreso: el monopolista se apropia de una parte del excedente del consumidor.

- La reducción de producción e intercambio generan un coste social que se refleja en la pérdida irrecuperable por parte del excedente del consumidor y del excedente del productor.
- Poca atención en la calidad de los bienes.
- Gran concentración de la riqueza y del ingreso.
- Los monopolistas ejercen gran influencia política generando concentración en la toma de decisiones económicas y políticas. Utilizan su posición dominante para garantizar su poder en el mercado.
- Tienen gran capacidad de influencia para regular los mercados.
- El monopolista produce una menor cantidad del bien de la que se demanda en el mercado, lo que produce un precio mayor.
- El precio fijado por el monopolista es superior al que sería fijado por el mercado en condiciones competitivas.
- “El monopolio tiene potencial para desperdiciar los recursos escasos de la economía”⁴⁹.
- “Los precios monopolísticos perjudican a los consumidores por cuanto los obligan a sacrificar el consumo de otros bienes y servicios para obtener el bien objeto del monopolio”⁵⁰.

Por los efectos negativos anteriormente mencionados, se puede concluir que el consumidor es uno de los más afectados frente al monopolio puesto que se ve enfrentado a precios altos, poca cantidad de producto, ausencia de bienes sustitutos etc.

⁴⁹ Como lo afirma MIRANDA LONDOÑO Op. Cit. Pág. 174

⁵⁰ *Ibíd*em, Pág. 174

(b) Efectos Positivos del Monopolio.

Dentro de los efectos positivos que genera el monopolio se pueden identificar los que siguen:

- La posibilidad de desarrollar economías de escala, obtener eficiencia, reducir costos y obtener productos de mejor calidad.
- El acceso a la tecnología que por su costo solo puede tener el monopolista.
- El monopolista obtiene mayor utilidad.
- La capacidad del monopolista para invertir en investigación y desarrollo.

En consecuencia, el sector de la economía que presenta el monopolio es quien puede verse beneficiado con su existencia, en la medida en que el monopolista puede destinar recursos hacia la investigación y el desarrollo de sus productos.

(ii) El Oligopolio.

La estructura oligopólica puede ser definida como:

“(...) una situación en la cual una firma establece sus políticas sobre la base del comportamiento esperado (generalmente acordado) con su más estrecho rivales dentro de la industria. En la medida en que esas políticas se basan en acuerdos ya fueren formales o informales, constituyen prácticas claramente restrictivas (anticompetitive practices, como se denominan en los Estados Unidos) cuya operancia, en la medida en que sean más severas, las asemeja a situaciones monopolísticas (...)”⁵¹.

El oligopolio se caracteriza por que son pocas las empresas que participan en el mercado, los productos son similares o en algunas ocasiones idénticos y la decisión de

⁵¹ GAVIRIA CADAVID, Op, cit. Pág. 362.

una de ellas puede afectar a las otras, pero sin tener la posibilidad de imponerse totalmente en el mercado. Se debe prever las reacciones que puedan suscitar en sus rivales ya que se pueden presentar variaciones tanto en el precio como en las cantidades. En algunas ocasiones, son empresas independientes que actúan produciendo una pequeña cantidad y cobrando un precio superior al costo marginal⁵². Al ejercer un poder de mercado el resultado es: precios altos y una producción inferior.

A continuación se presentará un cuadro a manera de síntesis de las causas que originan el oligopolio, así como sus características:

Causas del Oligopolio	Economías de escala	Barreras de entradas naturales o legales	Fusiones
Características del Oligopolio que Generan Poder de Mercado	Relación entre los competidores ⁵³ .	Restricciones indirectas para la entrada de nuevos competidores	La competencia es mas abierta que en el monopolio

Habiendo hecho una breve explicación de las estructuras de mercado, mostramos en el siguiente resumen una comparación entre el monopolio puro, el oligopolio y la competencia perfecta:

Estructura De Mercado	Numero de Vendedores	Entrada y Salida sin Restricciones	Capacidad para Fijar el Precio	Diferenciación por Producto	Competencia no relacionada con el precio
Competencia Perfecta	Numerosos	SI	Ninguna	Ninguna	Ninguna

⁵² <http://www.uv.es/~ssaz/Tema_5_CC_Ambientales.pdf>. [citado en junio 2011].

⁵³ Cuando no se da la relación entre los competidores, el modelo que acoge el mercado es el de competencia perfecta, en la medida que cada competidor luchará por ser el más competitivo, por el contrario al existir la relación entre los competidores, el modelo que acoge el mercado es de competencia imperfecta.

Oligopolio	Unos cuantos	Parcial	Alguna	Frecuente	Si
Monopolio	Uno	No para entrada	Considerable	El producto es único	Si

Cuadro ⁵⁴

1.2.5 El Poder de Mercado.

El poder de mercado se entiende como la capacidad de alguna o algunas empresas de modificar las condiciones de mercado y así influir sobre los precios, por ello el mismo es definido como:

“Poder de mercado es la capacidad de una única empresa o de varias empresas competidoras para elevar los precios en beneficio propio por encima de los niveles de precios de competencia y restringir ofertas por debajo de los niveles de competencia durante un periodo sostenido de tiempo.”⁵⁵

Y es precisamente ese poder de mercado el que se quiere controlar en la legislación colombiana. Ello se deriva de lo que señala la Ley 155 de 1959 en su artículo 4 cuando establece que: “las empresas que se dediquen a la misma actividad económica- integración horizontal- o participen en la misma cadena de valor- integración vertical- y que pretendan dejar de ser competidoras para comenzar a actuar como un todo en el mercado por medio de cualquier forma jurídica deben informarlo a la Superintendencia de Industria y Comercio para que ésta analice si dicha operación generará en la nueva empresa un poder de mercado que permita abusar del mismo”⁵⁶.

⁵⁴ LEROY MILLER, Op. cit., pág. 633, Tabla 25-3, Comparación de las estructuras de mercado.

⁵⁵ Definición de Poder de mercado dada por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) de los EE.UU. en sus evaluaciones de fusiones horizontales entre empresas. <http://www.energiaysociedad.es/documentos/C6_Competicencia_y_poder_de_mercado.pdf>

⁵⁶ Ley 155 de 1959, artículo 4.

Lo anterior porque tales operaciones generan un mayor nivel de concentración en el mercado, lo que a su vez se refleja en un mayor poder en el mercado, llevando a que la estructura del mercado se torne oligopólica o monopólica. Por el contrario, cuando se presenta mayor competencia el poder de mercado es menor, porque la competencia se encuentra atomizada al existir pluralidad de participantes.

II. La Posición Dominante en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Una vez realizado nuestro acercamiento a la estructura de los mercados y los problemas que surgen de su concentración, abordaremos el estudio del límite constitucional a los procesos empresariales para la conquista del mercado.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política hace referencia a la posición dominante en el Título XII, dedicado al Régimen Económico y de la Hacienda Pública. Específicamente en el Capítulo I, donde se hace mención a las disposiciones generales, señala:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-616/01, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, expresó:

“(…) En el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no la

adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia.”

De lo anterior, como es ampliamente aceptado, se puede concluir que en Colombia la existencia de posición dominante en si misma no se encuentra prohibida, pues tal prohibición iría en contra de la libertad de empresa y de la libre competencia económica, al constituir un castigo para aquellos agentes del mercado que por ser lo suficientemente eficientes logran alcanzar dicha posición.

La prohibición consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, se establece sobre el abuso que se hace de la posición de dominio, ya que dicho abuso es opuesto a la responsabilidad inherente que se genera al ser titular del derecho a la libre competencia. Esta responsabilidad se manifiesta en que quien ostente posición dominante en el mercado colombiano, no debe usarla para restringir el acceso al mercado de otro competidor, para eliminar a un competidor o para alterar las condiciones de competencia en el mercado, valiéndose de su posición de dominio y realizando prácticas que vayan en contravía de lo dispuesto en la Constitución Política o en la ley. Dichas prácticas o conductas se consideran de objeto ilícito según lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992⁵⁷, entendiéndose por tal, conforme el artículo 1519 del Código Civil Colombiano “todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”.

⁵⁷ LOZANO, MARIA CLARA. Posición de Dominio Y Propiedad Intelectual Congreso de Propiedad Intelectual. Derecho, Competencia & Globalización Universidad Externado De Colombia. [en línea]. <www.uexternado.edu.co/pdf/El_abuso_posi_dominante.ppt> [citado en noviembre-diciembre de 2010]

En cuanto a la prohibición de abuso de la posición de dominio, Concha Delgado establece que: “Es menester aclarar en este punto que la posición dominante *per se* no es lo que la ley persigue ni busca prevenir. Es el abuso de la posición de dominio lo que evita que el mercado se desenvuelva naturalmente (...)”⁵⁸.

En igual sentido la OECD⁵⁹ señala que:

“(...) En Colombia el régimen de competencia no prohíbe la existencia de monopolios. Sin embargo, aun cuando se trate de monopolios designados o autorizados por ley, la Constitución los limita” y continua afirmando “De conformidad con la Constitución, el Estado tiene la obligación de evitar y controlar el abuso de la posición dominante en el mercado nacional, por lo cual no se prohíbe la posición de dominio dentro del mercado, sino el abuso que se haga de dicha posición (...)”.

Ahora bien, la posición dominante en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra definida por el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como: “(...) la posibilidad [de una empresa o agente económico] de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado”, definición que en Colombia se aplica de manera general salvo la existencia de norma especial, siguiendo el principio de interpretación de la ley, según el cual, la ley especial prima sobre la ley general.

En otras palabras, la posición de dominio se refiere a la conducta con la que el agente económico puede influir en la cantidad de un producto, en la calidad o en el precio, del mismo con independencia de los demás agentes económicos, es decir, sin que estos tenga la capacidad de reaccionar a las circunstancias impuestas por quien ostenta la

⁵⁸ CONCHA DELGADO, SANTIAGO. El Abuso de la Posición Dominante en la Ley 142 de 1994. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDECII. (Pontificia Universidad Javeriana). Colección Seminario No 8. pág. 90. Se insiste entonces y se quiere dejar claro que en Colombia la prohibición recae es sobre el abuso de la posición dominante y no sobre la existencia de la misma, diferenciación que resulta fundamental a la hora de investigar una determinada conducta en un caso de derecho de la competencia.

⁵⁹OECD Op. cit Pág. 90.

posición dominante⁶⁰. O como lo señala Miranda Londoño “La posición dominante en un mercado se configura cuando una firma tiene un poder de mercado significativo, que se traduce en la posibilidad de reducir la producción con el objeto de incrementar los precios del producto y así obtener ingresos extraordinarios, que de ninguna manera se lograrían en un mercado más competitivo”⁶¹.

Por su parte la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad nacional en materia de protección de la competencia, ha expresado que existe posición dominante cuando:

“(...) se concluye que existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor”⁶².

Por último, en relación con la definición de posición de dominio en el ordenamiento jurídico colombiano, se tiene que la Corte Constitucional la define como:

⁶⁰ LOZANO, MARIA CLARA. Apuntes de Clase de Derecho de la Competencia de la alumna Martha Ligia Vásquez Isaza. Segundo Semestre de 2009. Se trata de una explicación que se dio en clase de posición dominante partiendo de las variables determinantes del mercado como son: el precio, la variedad de productos, la calidad de estos y de los agentes participantes en él, en donde se identifica la posición dominante con imposibilidad que tienen los participantes del mercado de reaccionar frente a las conductas de quien ostenta posición dominante pues si aquello, es decir, los participantes del mercado pueden reaccionar frente a las conductas de quien ostenta posición dominante la misma se desvanece.

⁶¹ MIRANDA LONDOÑO Op. cit. Pág. 176. El citado autor comienza a dar luces sobre un rasgo característico de la posición dominante, que se concreta en la imposibilidad que tienen los demás competidores de reaccionar frente a las actuaciones de quien ostenta posición de dominio.

⁶² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Concepto 01001016 del 10 febrero de 2001.[en línea]. <<http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=7370&ts=170f6aa36530c364b77ddf83a84e7351>>[citado en noviembre-diciembre de 2010]. De nuevo se caracteriza la posición dominante partiendo de la incapacidad que tienen los demás participantes del mercado de reaccionar frente a la(s) conducta(s) del agente que tiene posición de dominio.

“(...) el poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes (...)”⁶³.

Partiendo de las diferentes definiciones de posición dominante expuestas en los párrafos anteriores, puede afirmarse que posición dominante no es sinónimo de la existencia de un mercado monopolístico, sino una de sus expresiones⁶⁴, pues éste se da cuando en la estructura del mercado existe un solo oferente, mientras que la posición dominante puede darse en un mercado en el que se encuentran bienes sustitutos, varios oferentes, pero a pesar de su existencia, éstos no tienen la capacidad de reaccionar frente a las condiciones impuestas por quien ostenta la posición de dominio. Siendo esto así, se entiende que existe posición dominante cuando un participante del mercado tiene el poder suficiente para imponer o variar las condiciones del mercado de manera unilateral, con independencia de la estructura del mercado en que se encuentre.

Habiéndose establecido qué se entiende por posición dominante, se puede afirmar que el abuso de la misma se constituye, según el Decreto 2153 de 1992 cuando

⁶³ Sentencia T-375/97 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

⁶⁴“(...) Anotamos que el monopolio se constituye en una de las formas de ostentación de posición de dominio dentro del mercado”. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 01076407 del 22 de octubre de 2001. [en línea]. <www.sic.gov.co/.../Conceptos/Conceptos/.../Octubre/01076407.php> [citado en noviembre diciembre de 2010]. Resulta importante diferenciar entre posición de dominio y monopolio, puesto que son términos diferentes que se tiende a equiparar.

se presenta alguna de las conductas señaladas en su artículo 50⁶⁵. En este orden de ideas, las conductas señaladas por el decreto referido son las siguientes:

- a) Imponer precios,
- b) limitar la producción,
- c) aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales y
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

Ahora bien, la Corte Constitucional al referirse a lo que constituye abuso de la posición dominante ha expresado:

“(...) La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado, puedan utilizarla para eliminar a sus competidores. (...)

*(...)No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que **adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia (...)**”⁶⁶.*

Si bien el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 establece que: “(...) cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas (...)”, de lo cual podría deducirse que la lista de conductas que en él se establece es taxativa, en concepto No 02075830 del 8 de octubre de 2002 de

⁶⁵ La Corte Constitucional se refiere a las citadas prácticas, al describir que tales conductas son las que el Estado debe impedir para que se configure abuso de la posición dominante, las cuales son concordantes con las consagradas por el artículo 50 de citado Decreto. Sentencia C-616/01.M.P.RODRIGO ESCOBAR GIL.

⁶⁶ Sentencia C-616/01 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se establece que: “(...) el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, señala algunas conductas que cuando quiera que exista posición de dominio, se consideran que constituyen abuso de la misma(...)”.

Por lo que se señala en el citado concepto -No 02075830 del 8 de octubre de 2002-, por lo establecido por la Corte Constitucional- Sentencia C-616/01 y partiendo de un análisis del artículo 1 de la Ley 155 de 1959⁶⁷ que prohíbe en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos, se puede afirmar que aunque una conducta no se encuentre enlistada en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 como abuso de la posición dominante, si puede ser reprochada acudiendo a la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Y al ser las conductas señaladas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 meramente enunciativas, el Estado una vez determine que se encuentra en presencia de cualquier conducta que puede configurar abuso de la posición dominante y no solo las enunciadas en él citado artículo, debe intervenir para cumplir con el postulado constitucional que señala: “(...) El Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso

⁶⁷ El Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 señala: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”⁶⁸. Como reiteramos, la restricción que se hace en relación al abuso de la posición dominante busca proteger la estructura competitiva, el mercado, el consumidor y el orden público económico

Ese mandato de ley al que hace referencia la Constitución Política de Colombia, se encuentra en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992, el cual, en el artículo 44, le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de tomar las medidas correspondientes al estar frente a prácticas restrictivas de la competencia, entre las cuales se encuentra el abuso de la posición dominante. En forma consecuente, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 6, referente a la autoridad nacional de protección de la competencia, le otorga tal competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, estableciendo que: “Conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, (...)”.

En síntesis, el ordenamiento jurídico colombiano acepta la existencia de posición dominante, pues ella en si misma no implica una restricción a la libertad de empresa, a la libertad económica o a la libre competencia, postulados consagrados y protegidos por el artículo 333 de la Constitución Política, sin embargo cuando con base a la existencia de esa posición dominante se va en contravía de esos postulados, abusando de la posición alcanzada en el mercado, el ordenamiento jurídico, específicamente el Derecho de la Competencia, reacciona con el fin de restablecer la ruptura en el equilibrio que ocasiona

⁶⁸ Artículo 333 Constitución Política.

esa conducta. El abuso de la posición de dominio es el límite que en forma natural impone nuestra Constitución Política a la actividad empresarial en su conquista por el mercado.

Ahora bien, para que la autoridad en materia de competencia, en representación del Estado, pueda cumplir con el mandato constitucional y legal, debe iniciar por la definición del mercado relevante con el fin de conocer los límites del mercado, continuar con la valoración de la posición de la empresa en el mercado y establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio⁶⁹, con el fin de determinar, si la conducta bajo análisis configura o no un abuso de la posición de dominio. Por ello, en el siguiente capítulo estudiaremos la definición del mercado relevante, al ser éste el primer paso para iniciar cualquier investigación tendiente a evitar la obstrucción en la libertad económica consagrada en nuestra Constitución Política.

⁶⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001. Se trata de un concepto en el cual se hace referencia a la legalidad de la existencia de posición de dominio en Colombia y a la ilegalidad del abuso que se haga de la misma, en el cual se define que es posición de dominio, los pasos que se deben seguir para determinar si un agente ostenta posición de dominio y se señala el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 como el que consagra las conductas que constituyen abuso de la posición dominante. Este concepto resulta importante para el presente aparte no solo por enunciar los pasos que debe seguir la autoridad en competencia para definir la existencia de posición dominante sino porque resulta ser un resumen de lo expuesto en la presente sección del trabajo.

III. El Concepto de Mercado Relevante.

3.1 La Importancia de la Definición de Mercado Relevante.

Para entender la relevancia de la definición de mercado relevante, es necesario en primer lugar, exponer que se entiende por mercado relevante.

El mercado relevante puede ser definido como aquel que: “define los límites en los que se desarrolla la competencia entre las empresas, identificando los competidores actuales y potenciales”⁷⁰.

Esta definición de mercado relevante que parece tan sencilla en la teoría, nos revela los diferentes conceptos que se presentan al tratar de darle dimensión a un mercado, en relación con la geografía, la sustituibilidad del producto y el estudio de la oferta y la demanda. La definición de mercado relevante se torna a una cuestión esencial y fundamental para el Derecho de la Competencia puesto que dependiendo de ella, se determinará si la conducta de un participante del mercado excede los límites de la libre competencia o no. La delimitación del mercado relevante se constituye en el primer paso que sigue la autoridad de competencia para evaluar la posición que tiene una empresa en el mercado y el impacto que sus prácticas tienen en la libre competencia.

En relación con su importancia, en el documento “*Política de Competencia en América Latina*” se señala que: “Uno de los aspectos más importantes a la hora de evaluar la presencia de una conducta anticompetitiva se relaciona con la definición del mercado relevante (MR). Cualquier cálculo, evaluación o juzgamiento respecto de las

⁷⁰ POLÍTICA INDUSTRIAL, Economía, Universidad de Vigo. Definición de Mercado Relevante, http://webs.uvigo.es/politicaindustrial/index_archivos/Tema3a.pdf [citado en junio de 2011].

implicaciones competitivas que puede involucrar una conducta en particular, depende del tamaño y la forma que adopte el MR. La definición del mismo tiene como objetivo la determinación de la participación de la empresa en el mercado y el establecimiento del grado de concentración en la industria. La determinación del MR se entiende como el paso preliminar en cualquier evaluación de abuso como así también para una correcta evaluación de una operación de concentración”⁷¹.

Hugo Figari, Hugo Gómez y Mario Zuñiga, en su artículo “*Hacia Una Metodología Para La Definición De Mercado Relevante Y La Determinación De La Existencia De Posición De Dominio*”, establecen el papel fundamental que juega la definición del mercado relevante así:

“La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado.”⁷²

⁷¹ CELANI MARCELO y STANLE LEONARDO. Política de Competencia en América Latina. Presente y Tendencias de la Concentración de Medios en América Latina, present and trends of media concentration in Latin America, Red de Reestructuración y Competitividad División de Desarrollo Productivo y Empresarial Desarrollo productivo Santiago de Chile. [en línea].
<<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/13850/LCL.1943.pdf>>. [citado en noviembre de 2010]

⁷² FIGARIA HUGO, GOMEZ HUGO y ZUÑIGA MARIO, hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio.[en línea]
<<http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGo mez%20MZuniga.pdf>> [citado en noviembre de 2010] pág. 160.

En igual sentido Antonio Creus Carreras y Olivia Amador Peñate, en su libro Código de Derecho de la Competencia señalan que: “a la hora de identificar una posible posición de dominio resulta un presupuesto clave la determinación del mercado relevante en que opera una determinada empresa. Así, en primer lugar, -la cuestión de fondo que debe considerarse es el mercado relevante, las características del mercado y sí en el mercado en cuestión se detenta una posición de dominio-”⁷³.

La definición de mercado relevante que resulta tan esencial para el estudio de la competencia, no ha sido un tema fácil de tratar en la medida que para identificar el mercado relevante se trazan líneas que resultan en muchas ocasiones artificiales, las cuales se encuentran incluidas en lo que se conoce como las dimensiones del mercado relevante constituido por: el mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico. Esto tiene como consecuencia que la autoridad en la materia tenga que basarse en datos poco precisos al tomar una decisión; dada la información disponible, por lo que a pesar de existir diferentes metodologías para establecer el mercado relevante, ninguna de ellas arroja datos exactos.

Por otro lado, Van Der Bergh, R. citado por Díez Estella en su artículo “*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*” quién expresa que: “En el actual estado del derecho comunitario de competencia, la

⁷³ CREUS CARRERAS, ANTONIO Y AMADOR PEÑATE OLIVIA. Código de Derecho de la Competencia. Pág. 39. <[48](http://books.google.com/books?id=UvZWnx_jeD0C&pg=PA39&dq=mercado+relevante&hl=es&ei=UbTrTbSHJsWctweUs4mWAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=mercado%20relevante&f=false.> [citado en Junio de 2011].</p></div><div data-bbox=)

cuestión de la definición de mercado relevante ha ido degenerándose hasta llegar a dar la impresión de ser una serie de maniobras *ad hoc* para llegar a un resultado predeterminado⁷⁴”, nos muestra que la complejidad del asunto no es un tema meramente local; y que tiene problemas tan graves como que las definiciones de mercado que se otorguen puedan permitir llegar a un resultado previamente escogido por el operador jurídico.

3.2 El Mercado en Sentido Abstracto.

Para continuar ahondando sobre el concepto de mercado relevante, consideramos necesario hacer un acercamiento al concepto general de mercado, con el fin de recalcar que mercado y mercado relevante no son sinónimos.

El mercado en sentido general, puede definirse como “el conjunto de compradores y vendedores que, por medio de sus interacciones reales o potenciales, determinan el precio de un producto o de un conjunto de productos”⁷⁵. En otras palabras el mercado puede definirse como: “Un lugar real o nominal, donde las fuerzas de la oferta y la demanda confluyen, y donde los compradores y vendedores interactúan (directamente o a través de intermediarios) con el fin de intercambiar bienes o servicios. Los mercados son mecanismos o medios que permiten: (1) la determinación del precio del producto objeto de comercio, (2) comunicar la información sobre los precios, (3)

74 DÍEZ ESTELLA, 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. Publicado en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons. Universidad Antonio de Nebrija. <<http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/documentos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>>

75 PINDYCK, DANIEL L RUBINFELD. PEARSON. Microeconomía. Quinta Edición. Robert S, EDUCACIÓN S.A, Madrid 2001. Pág. 8.

facilitar los acuerdos, las transacciones, y la distribución, componiéndose el mercado de un artículo en particular de los clientes actuales y potenciales que lo necesitan y tienen la capacidad y disposición de pagar por el”⁷⁶.

Por su parte, el mercado relevante busca “definir los límites o líneas divisorias que identifican a grupos de vendedores de productos, para lo cual se requiere la delimitación del producto y de las líneas geográficas dentro de las que grupos específicos de bienes, compradores y vendedores interactúan para establecer el precio y la producción.”⁷⁷.

Dicha diferenciación no es meramente conceptual, la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso *Postobón – Quaker*, Resolución No. 27920 del 11 de noviembre de 2004, señaló:

“(…) Que dos productos pertenezcan a un mismo mercado, no implica necesariamente su inclusión en un mismo ‘mercado relevante’. Así, aunque un vehículo de gama baja y uno de gama alta forman parte del mercado de automotores, no necesariamente hacen parte de un mismo ‘mercado relevante’, del mismo modo que el whisky y la cerveza hacen parte del mercado de bebidas alcohólicas, pero no por ello pueden considerarse como integrantes de un mismo ‘mercado relevante(…)”⁷⁸

⁷⁶BUSINESS DICTIONARY. Definición de Mercado.< www.businessdictionary.com/definition/market.html> [citado en junio de 2011]

⁷⁷ KOVACIC, Op. Cit., pág.118

⁷⁸ BARRERA SILVA, NATALIA, La Definición del Mercado Relevante en las Concentraciones Empresariales. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas Carrera de Derecho. Departamento de Derecho Económico, Bogotá, 2007.Pág. 23.

En conclusión, el mercado en sentido global es una definición económica que comporta el género, mientras que el mercado relevante como tal es el que permite la definición sobre los productos que compitan realmente entre sí, permitiéndole a la autoridad de competencia, tomar decisiones sobre el comportamiento de un agente económico en el mercado.

Tal y como lo indica la citada resolución de la SIC⁷⁹, el hecho de que dos o más productos pertenezcan al mismo mercado no quiere decir que dichos productos vayan a estar presente al momento de definir el mercado relevante, pues éste se establece partiendo del concepto de que los productos sean competidores directos o indirectos entre sí.

3.3 Concepto Económico de Mercado Relevante.

Desde el punto de vista económico, específicamente desde la microeconomía, el mercado relevante es aquel en el cual se identifica a los compradores y a los vendedores de un sector determinado del mercado, para lo cual deberá acudirse a las dos dimensiones de un mercado, es decir a los límites del mismo, los cuales se encuentran representados en dos puntos: el geográfico y la variedad de productos⁸⁰.

Según Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco, en su artículo “*Dificultades para la Definición del Mercado Relevante*”, la economía ha identificado el poder de mercado con la capacidad de una empresa para incrementar los precios por

⁷⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 27920 del 11 de noviembre de 2004; caso *Postobón – Quaker*.

⁸⁰ PINDYCK, Op. cit., pág.10

encima del nivel competitivo, lo que podrá hacerse siempre que no existan o sean pocas las **presiones competitivas** a las que se enfrente la empresa que ostenta poder de mercado y que pretende incrementar los precios⁸¹.

En razón a lo anterior, los mencionados autores señalan que el objeto de la definición del mercado relevante consiste en identificar las presiones competitivas que, fundamentalmente, pueden provenir de dos fuentes:

(i) Sustituibilidad de la demanda, se refiere a la posibilidad que tienen los consumidores de un producto de sustituirlo por otro al considerar que satisface igualmente su necesidad, por un incremento en el precio del producto sustituido.

(ii) Sustituibilidad de la oferta, esta presión competitiva se analiza desde el punto de vista de la empresa y consiste en que como respuesta al incremento de los precios, otras empresas decidan comenzar a producir ese mismo producto para competir con la empresa que incrementó el precio del mismo.

Concluyen entonces Jiménez Latorre y Cañizares Pacheco que: el mercado relevante “comprende todos aquellos bienes o servicios considerados sustitutivos desde el punto de vista de la demanda y bajo determinadas circunstancias, el mercado podría ampliarse atendiendo a consideraciones de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta”⁸². La sustituibilidad desde la oferta implica que ante un incremento en el precio

81 FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO MADRID. Dificultades para la Definición del Mercado Relevante._preparado para el segundo seminario de derecho y economía de la competencia. [en línea]. <<http://www.uv.es/~frequentia/estructura/NERA.pdf>> pág.3. [citado en noviembre de 2010]

82 *Ibidem*, pág. 3 y sigs. Es claro entonces que la definición de mercado relevante, parte de tres supuestos: 1. El

de un determinado producto, los demás oferentes se encuentren dispuestos a reorientar su actividad productiva para comenzar a ofrecer tal producto, lo que tendría como consecuencia que el oferente que incrementó el precio del producto inicialmente se vea obligado a disminuirlo⁸³.

3.4 El Concepto Jurídico de Mercado Relevante.

El artículo 4 de la Resolución 2058 del 24 de febrero de 2009, expedida por La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones cuyo alcance se encuentra restringido a los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones, el cual “mutatis mutandi” podría extenderse al estudio de los demás mercados colombianos para definir el mercado relevante, lo delimita así:

“Un mercado compuesto por un servicio o un grupo de servicios, en un área geográfica específica, que puede percibirse como sustituibles entre sí, y que de existir un monopolista hipotético, este podría incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa de manera permanente y de forma rentable, esta definición incluye los mercados compuestos por elementos o funciones de los servicios que se consideran sustituibles entre sí.”

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, ha definido el mercado relevante como “todos aquellos bienes y servicios que son considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razones de las características de

producto en cuestión analizando los bienes sustitutos ya sean perfectos imperfectos. 2. El lugar donde se vende el producto y sus sustitutos y 3. La capacidad de reacción de los demás agentes económicos del mercado definido.

⁸³ ECONOMÍA INDUSTRIAL. Tema 6, La Delimitación del Mercado. <<http://es.scribd.com/doc/28028544/Economia-Industrial>> [citado en septiembre de 2011]

sus productos, sus precios y por supuesto, su uso, todos estos elementos analizados en su conjunto”⁸⁴.

En el ámbito internacional, podemos tomar como ejemplo la definición dada por la Comisión Europea en la comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, en la que se establece que la definición de mercado relevante “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. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante”⁸⁵.

Partiendo de la definición de mercado relevante señalada por la Comisión Europea podemos acordar que ésta se encuentra en concordancia con la dada en la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la medida a que ambas hacen referencia al análisis de la sustituibilidad de la demanda y al impedimento que se generaría para el agente económico que pretenda incrementar el precio de un producto que presenta bienes sustitutos, es decir, a la incapacidad que

⁸⁴ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 16089 de 10 de junio 2003, por la cual se resuelve un recurso de reposición dentro de la investigación adelantada contra Empresas Públicas de Medellín – EEPPM, por abuso de posición dominante. Citado del documento: Lineamientos Metodológicos Para La Definición De Mercados Relevantes Y Posición Dominante En Mercados Convergentes de Telecomunicaciones en Colombia. Coordinación De Regulación, Agosto De 2008. Pág 5.

⁸⁵ EUR-LEX. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, Diario oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013, [en línea] <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML)>, [citado en noviembre de 2010]

tendría ese agente económico de influir en el mercado con independencia de los demás participantes.

En Estados Unidos de América, la regulación del tema en cuestión, se encuentra consagrada en las “*Merger Guidelines from the United States Department of Justice. Antitrust Division*”, las cuales aplican el concepto del “monopolista hipotético” para la determinación del mercado relevante, y el análisis se centra principalmente en la sustituibilidad de la demanda; mientras que la sustituibilidad de la oferta se analiza en una etapa posterior con el fin de evaluar la existencia de barreras de entrada al mercado y de competencia potencial⁸⁶. Es así como la autoridad americana -Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América- ha definido el mercado relevante como:

“(...) un producto o grupo de productos y un área geográfica en el que es producido o vendido, en el que una firma hipotética, maximizadora de beneficios, no sujeta a regulación de precios, y que fuera la única productora o vendedora en el presente y en el futuro, pudiera imponer un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios, asumiendo los demás precios constantes”⁸⁷.

Haciendo una comparación de la definición de mercado relevante antes señalada con la establecida en Colombia por la Resolución 2050 de 2009 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, podemos establecer que, al igual que lo que sucede

⁸⁶ CELANI, Op. cit., pág.30

⁸⁷ COORDINACIÓN de REGULACION, COMISIÓN DE REGULACION de TELECOMUNICACIONES, Lineamientos Metodológicos para la Definición De Mercados Relevantes Y Posición Dominante en Mercados Convergentes de Telecomunicaciones en Colombia.[en línea] <<http://www.evaluamos.com/2006/PDF/ProyMR08.pdf>> [citado en noviembre de 2010]

con la definición de mercado relevante que da la Comisión Europea, ambas se refieren a la sustituibilidad de la demanda como punto cardinal para la definición del mercado relevante.

De las definiciones expuestas, puede concluirse que la definición del mercado relevante contempla tres grandes aspectos:(i). El mercado geográfico. (ii) El mercado producto, los cuales pueden considerarse como los elementos constitutivos del mercado relevante, y que se pasarán a explicar a continuación, y (iii) El poder de mercado de la empresa estudiada en relación con sus competidores.

3.4. 1 Dimensiones del Mercado Relevante.

3.4.1.1 El Mercado de Producto.

A nivel nacional para los mercados de redes y de servicios de comunicaciones, el mercado de producto ha sido definido por el artículo 4 de la Resolución 2058 del 24 de febrero de 2009, expedida por La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como aquel que: “Comprende todos los productos o servicios que pueden ser considerados como sustitutos, dada sus características, precios y usos.”

Partiendo de lo anterior, el mercado de producto debe ser definido determinando sí el producto ofrecido en el mercado, compite con otros productos que pueda limitar la presión competitiva del oferente, es decir, sí el producto ofrecido se enfrenta con sustitutos. Entendiendo que un bien es sustituto de otro, cuando al aumentar el precio de un bien, su consumo disminuye y directamente aumenta el consumo de otro bien por el cual es reemplazado el primero.

De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 16089 del 10 de junio de 2003 estableció que:

*“El grado de sustituibilidad de un producto frente al que está siendo analizado, en aras de determinar su posible inclusión en el mercado relevante, debe ser el resultado de un análisis objetivo, que esté soportado en la correspondencia de **precios, características y usos**. En tal suerte, solo si se verifica una relación de correspondencia frente a cada uno de los aspectos mencionados, podrá establecerse la condición necesaria de intercambiabilidad, entre los respectivos productos. Siendo así, la falta de coincidencia en cualquiera de los aspectos señalados impide establecer una relación de sustituibilidad y, por ende, a que no sean tenidos en cuenta dentro del mercado relevante. En consecuencia, la simple coincidencia en el uso no es prueba suficiente para considerar dos productos como sustitutos económicos.”*

Respecto al uso como elemento para determinar la sustituibilidad de un producto, en la mencionada resolución se estableció que:

“Partiendo de que en la determinación del mercado relevante se debe analizar la sustituibilidad de los productos que lo conforman, es decir, productos que satisfagan la misma necesidad del consumidor, la comparación entre dichos productos es indispensable. De esta forma, si se tienen tres productos (A, B, y C), que en primera instancia se podrían considerar que forman parte de un mismo mercado, la comparación puede y debe realizarse, bien desde el producto A a los productos B y C, siendo irrelevante el orden en que se realicen las comparaciones, pues los tres deben ser equivalentes para el consumidor. Si por razones técnicas, de uso o tarifaria, dicha comparación no es posible, entonces la conclusión no puede ser otra distinta a que no forman parte del mismo mercado.”

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio citando lo expresado por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, cuando en sentencia de 22 de mayo de 1999, asunto Ausonia-Arbora⁸⁸ señaló:

*"la precisión del producto que define el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación de adquirir uno u otro decide la competencia entre los fabricantes", "aunque en este caso los tres tipos de productos cumplan una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de esos tipos, que no resultan así sustitutivos, es decir, competitivos entre ellos"*⁸⁹.

Ahora bien, las características de un producto se refieren a los rasgos que éste ostenta y que lo permiten diferenciarse de otro o por el contrario le permite otorgarle al usuario el mismo beneficio, por ejemplo el color, la textura, la fungibilidad, el olor, el tamaño, el empaque etc., por lo cual entre mayores rasgos coincidan entre los productos que están siendo comparados, mayor tendencia habrá a considerarlos como posibles sustitutos.

Y por último, se considera que los precios se encuentran determinados por el costo de producción del producto; por lo cual, a pesar de que los bienes puedan llegar a tener un mismo uso y unas características similares, si el precio de ambos productos se comportan de forma equivalente impediría que dichos bienes fueran sustitutos, puesto que, no existiría una causa para que el consumidor modificará su preferencia. Siendo éste el elemento determinante para establecer si un producto es o no sustituto de otro, en

⁸⁸ Véase también: Resolución 8328 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.

⁸⁹ La referida sentencia se citó de la referencia 15 de la Resolución 16089 de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual la afirmación del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, se cita como parte de una sentencia del caso Ausonia-Arbora y no se señala año.

la medida que su definición económica hace referencia al hecho de considerar por bien sustituto, a aquel bien que al aumentar su **precio**, su consumo disminuye, aumentando directamente el consumo de otro bien por el cual es reemplazado.

En el plano internacional, específicamente en la Unión Europea y en Estados Unidos, tenemos que en la comunidad europea en la “*Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*” al referirse a los reglamentos basados en los artículos 85 y 86 del Tratado, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento n° 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, establece que definen el mercado producto como: “El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”⁹⁰.

En Estados Unidos, según las “*Merger Guidelines from the United States Department of Justice. Antitrust Division*”, para determinar el mercado producto se

⁹⁰ JUNTA DE ANDALUCIA. Comunicación de la Comisión relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. <www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/documentos/21.pdf >[En línea] El documento señala que: “su objetivo es orientar la forma como la Comisión aplica los conceptos de mercado producto de referencia y mercado geográfico de referencia al aplicar la normativa comunitaria de competencia en particular los reglamentos No 17 y No 4064/89 del Consejo.”

debe preguntar qué otros productos adquirirían los consumidores si se produce un incremento de precios del producto investigado⁹¹.

La importancia de definir el mercado del producto es señalada por Kovacic y otros, al afirmar que: “(...) una definición demasiado limitada excluirá a auténticos sustitutos y exagerará la capacidad del demandado para afectar el precio y la producción; si no se incluyen no sustitutos, la participación de mercado del demandado (y por inferencia su poder de mercado) serán subestimados porque algunos productos incluidos difícilmente afectarán su poder para fijar precios”⁹².

3.4.1.2 El Mercado Geográfico.

El segundo elemento para la definición de mercado relevante se encuentra en lo que ha sido denominado como el mercado geográfico, pudiendo éste ser definido como el espacio físico en donde se realiza el intercambio del producto que ha sido definido como relevante⁹³.

La Resolución 2058 del 24 de febrero de 2009 expedida por La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en su artículo 4 ha definido el mercado geográfico como: “aquel que comprende las áreas geográficas del mercado relevante.”

⁹¹ FIGARI, GOMEZ, SUÑIGA, Op. Cit., pág.161-162. Esta situación se puede encerrar en lo que se conoce como sustituibilidad de la demanda. Al ser el fenómeno microeconómico por el cual los consumidores ante el cambio de precio de un bien deciden variarlo por otro bien que le reporta la misma utilidad.

⁹² KOVACIC, Op. cit.pág. 118

⁹³ Así lo afirma la Superintendencia de Industria y Comercio al referirse a que se entiende por mercado geográfico en la Resolución 34904 del 18 de diciembre de 2006 que en primer lugar debe tener en cuenta que este se circunscribe al mercado producto identificado como relevante.

Ahora bien, la doctrina ha definido el mercado geográfico como “(...) aquella <sección del país> en donde una empresa puede aumentar su precio sin atraer a nuevos vendedores o sin perder a muchos clientes a favor de proveedores alternativos fuera de esa área”⁹⁴ teniéndose en cuenta entonces los patrones de ventas y la variación de precios en las diferentes áreas.

En la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia-Unión Europea- se define el mercado geográfico como: “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que 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 prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”⁹⁵.

Según Diez Estella, el concepto adoptado por la Comisión Europea sobre mercado geográfico tiene origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en concreto en la Sentencia *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Comisión* en la cual es definido como “el territorio en el que las condiciones objetivas de competencia que se aplican al producto en cuestión son las mismas para todos los agentes que actúan en el mercado”⁹⁶.

⁹⁴ KOVACIC, Op. cit. pág. 124

⁹⁵ JUNTA DE ANDALUCIA. Comunicación de la Comisión relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. Op. cit.

⁹⁶ DIEZ ESTELLA. Op. cit. cita 45: *Brown Shoe Co. v. United States*, 270 U. S. 294, 336-37 (1962).

Citando nuevamente a Diez Estella, pero para hacer referencia a Estados Unidos de América, se tiene que el mercado geográfico allí es: “el área en la que el vendedor opera y a la que el comprador puede, razonablemente, acudir para demandar bienes o servicios”; y señala que en la sentencia del Tribunal Supremo *Brown Shoe* se establece:

“Los criterios para la definición del mercado geográfico de referencia son básicamente los mismos utilizados para la definición del mercado relevante de producto. El Congreso ha previsto un enfoque para la definición del mercado relevante pragmático y realista, no legalista y formal. El mercado geográfico seleccionado debe, en consecuencia, tanto corresponder a la realidad comercial del mercado como tener, a la vez, cierta entidad económica. Por tanto, aunque el mercado geográfico en ocasiones abarque la nación al completo, en otras circunstancias puede perfectamente ser tan pequeño como una simple área metropolitana”⁹⁷.

La regla general es que “cuando los productos se venden en todo el país y los costos de transporte son insignificantes, los tribunales frecuentemente definen el mercado geográfico como nacional. Lo mismo sucede cuando una empresa y su competidores venden su producto únicamente en un área geográfica limitada y los consumidores no tienen fácil acceso a otro oferente”⁹⁸.

La importancia de una correcta definición de mercado relevante recae en que dependiendo de la magnitud de la definición podría variar el carácter de posición dominante que ostente una empresa, en la medida que ésta puede tenerlo en un área geográfica pequeña, pero si se llegará a determinar que el mercado geográfico no es esa área sino una de mayor extensión, dicha empresa podría dejar de ostentar posición dominante. En igual sentido es importante señalar que varias empresas pueden

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ KOVACIC, Op. cit pag124

considerarse parte de un mismo mercado producto en la medida que ofrecen bienes sustitutos pero pueden no ser parte del mismo mercado geográfico, por tratarse de zonas geográficas diferentes y no conectadas.

Por la esencialidad y dificultad que se encuentra en el momento de definir el mercado relevante es que resulta necesario que la(s) medida(s) utilizada por la autoridades en materia de competencia al realizar tal práctica, arroje(n) el menor grado de error posible a la hora de definir el mercado relevante, razón por la cual en el siguiente capítulo se dedicará a realizar un descripción del Test del Monopolista Hipotético, al ser esta la medida central usada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la Resolución 2058 de 2009 para definir el mercado relevante.

IV. El Test del Monopolista Hipotético Como Metodología Para Determinar

Mercados Relevantes Y Existencia De Posición Dominante.

El presente aparte tiene dos propósitos fundamentales: el primer propósito consiste en establecer un marco conceptual del Test del Monopolista Hipotético; con el fin de examinar su efectividad a la hora de definir el mercado relevante, en la medida en que fue el método acogido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la Resolución 2058 de 2009 para la definición del mercado relevante en el sector de telecomunicaciones. Esto encuentra su soporte en la importancia que tiene la definición del mercado relevante para el Derecho de la Competencia, pues de esa definición dependerá que una determinada conducta dentro del mercado sea valorada o no como una práctica anticompetitiva⁹⁹.

El segundo propósito del capítulo, está encaminado a brindar el detalle de como se llegó a la adopción del Test Del Monopolista Hipotético en la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Queriendo dejar siempre en claro, como se señaló en la introducción y se reitera en este momento, que las reflexiones y las conclusiones del presente trabajo “mutatis mutandi” pueden tener aplicaciones en diferentes mercados, sin que se desconozca el origen sectorial de la resolución y el alcance natural de los actos de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la medida que existe la necesidad fehaciente y no desconocida

⁹⁹ DIEZ ESTELLA Op. cit. Pág. 321 a 349. “En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en si mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores”.

de contar con una metodología clara y establecida previamente para la definición del mercado relevante.

4.1 Antecedentes Del Test del Monopolista Hipotético.

Como punto de referencia se tomará los lineamientos trazados por Estados Unidos y la Unión Europea¹⁰⁰, quienes han dado un mayor desarrollo a lo largo de los años, anotando que la Unión Europea ha tenido como marco de referencia Estados Unidos¹⁰¹.

4.1.1. La Adopción Del Test Del Monopolista Hipotético En Estados Unidos.

En Estados Unidos, el marco jurídico del Derecho de la Competencia también conocido como derecho antitrust se encuentra en¹⁰²:

- Ley Sherman de 1890, la cual constituye un hito histórico por ser la primera ley federal antimonopolio en Estados Unidos y constituir los orígenes

¹⁰⁰ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Lineamientos Metodológicos Para La Definición De Mercados Relevantes Y Posición Dominante En Mercados Convergentes de Telecomunicaciones en Colombia. Op. cit. Pág. 5. La justificación que el presente trabajo se base en los lineamientos trazados por Estados Unidos de América y por La Unión Europea, la encontramos en que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, se basó en esos lineamientos para determinar la metodología por medio de la cual se definiría el mercado relevante, sin que con esto se desconozcan otras autoridades en materia de competencia.

¹⁰¹ ORDÓÑEZ DE HARO, MANUEL. Aspectos Económicos del Funcionamiento Competitivo de los Mercados, Agencia de Defensa de la Competencia. Consejería de Economía y Hacienda Junta de Andalucía. Dpto. de Teoría e Historia Económica, Universidad de Málaga. Volumen I. [en línea]. <www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/.../01.AspectosEcon_micos.Vol_I.pdf>.[citado en noviembre de 2010]. “Europea se ha guiado fundamentalmente por la consecución de un mercado único, siendo influida a lo largo de la historia por la política antimonopolio de Estados Unidos”.

¹⁰² MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Anotaciones Sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Centros de Estudio de Derecho de la Competencia. [en línea] <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/ANOTAC.PDF>.

ORDÓÑEZ DE HARO. Op, cit.

de la moderna legislación de la competencia. Con su promulgación, el Congreso de los Estados Unidos consideró al mercado competitivo como principal regulador de la actividad económica. Se encuentra constituida básicamente por dos secciones, la primera dirigida a condenar las restricciones al comercio producto de acuerdos anticompetitivos; y la segunda sección encaminada a los actos anticompetitivos prohibiendo por tanto el monopolio como cualquier práctica encaminada a monopolizar cualquier parte de la industria o comercio.

- La Ley Clayton de 1914, que se proponía ampliar la prohibición recogida por la Ley Sherman referente a todas aquellas prácticas potencialmente anticompetitiva.

- Ley Robinson-Patman de 1936, que deroga la sección 2 de la Ley Clayton y prohíbe discriminar en el precio entre diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto de dicha discriminación sea el de reducir la competencia o el de formar un monopolio.

- Ley del Federal Trade Commission de 1914. Se dirige a regular lo relacionado con competencia desleal.

- Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, mediante el cual se obliga a quienes pretenden hacer fusiones a avisar el proyecto de fusiones al gobierno¹⁰³.

- Las Merger Guidelines del Departamento Americano de Justicia, las cuales a pesar de no ser leyes sino “guías normativas” dadas por la autoridad

¹⁰³ ZINEB N.B-BLOG JURIDIQUE. Renforcement des lois anti-trust dans le droit americain.[en línea] <www.nbzineb.com/general/renforcement-des-lois-anti-trus> [citado en enero de 2011]

encargada de velar por el cumplimiento de las normas sobre competencia, son de gran valor para el Derecho de la Competencia en Norte América, como lo afirma Luis M^a Miranda Serrano de La Universidad De Córdoba en su artículo Defensa de la Competencia y Adquisiciones de Empresas en Crisis en la Unión Europea¹⁰⁴ “Pese a carecer de valor normativo, las *Merger Guidelines* son (al igual que en Europa las “Comunicaciones” de la Comisión) de gran utilidad para los operadores económicos, que, conociendo los criterios en ellas contenidos, pueden llegar a prever con escaso margen de error cuál va a ser el tratamiento que las autoridades *antitrust* van a dar a una determinada operación.”

4.1.2 La Ausencia de un Método para Definir el Mercado Relevante: La Falacia del Celofán.

La Falacia del Celofán, es “un ejemplo ilustrativo de cómo la no consideración, a la hora de definir el mercado relevante de la conducta que se está analizando, puede resultar en una definición incorrecta del mercado y, en consecuencia, en una incorrecta apreciación de la posición de la empresa en dicho mercado”¹⁰⁵.

Resulta que al poner en marcha las mencionadas leyes- Ley Sherman, Ley Clayton-, los primeros pronunciamientos judiciales se enfrentaron a la dificultad de no tener un método para definir el mercado relevante en el que se estudiaría la conducta investigada, surgiendo entonces la necesidad de contar con uno; el mencionado problema ha sido conocido como “*la falacia del celofán*”.

¹⁰⁴ MIRANDA SERRANO, LUIS M^a. Defensa de la Competencia y Adquisiciones de Empresas en Crisis en la Unión Europea. Universidad de Cordoba, [en línea] <http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n9/emp_9.pdf> pág. 9.[citado en noviembre de 2010]

¹⁰⁵ BOGO, JORGE. Las Pruebas de la Desafiabilidad de un Mercado. Boletín Latinoamericano de Competencia, [en línea] <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_11_1_es.pdf> [citado en noviembre de 2010]

La falacia del celofán surge de un caso en el que debía definirse la existencia o no de posición dominante por parte de la empresa DuPont. Se discutía si el mercado relevante de producto ofrecido por DuPont se establecía en relación con el papel celofán (en el que la empresa DuPont tenía una cuota de mercado del 75%) o si el mercado producto debía contener un concepto más amplio, el de “material flexible de embalaje” (en el que DuPont tenía menos del 20% del mercado). A partir de dicha discusión, la Corte Suprema estadounidense manifestó la imposibilidad de determinar la existencia de posición dominante sin una metodología para hacerlo: “*sin una definición de mercado relevante no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia*”¹⁰⁶. La Corte estableció que el concepto de mercado se construiría a partir de lo que se conoce como elasticidad cruzada de la demanda¹⁰⁷ así: “*el mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad*”.

Partiendo del concepto de mercado relevante anteriormente expuesto, la Corte determinó para el caso de DuPont que además del celofán, otros tipos de materiales

¹⁰⁶ *Walker Process Equipment v. Food Mach & Chem. Corp.*, 382 U. S. 294, 324 (1962) citada en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO- Marcial Pons, págs. 321 a 349. 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. Entre otros artículos la mencionada sentencia es citada en: 1. HACIA UNA METODOLOGÍA PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. 2. Market Definition and the Identification of Market Power in Monopolization Cases: A Critique and a Proposal. Philip B. Nelson Economists Incorporated Washington, DC, Lawrence J. White Stern School of Business New York University

¹⁰⁷ DIEZ ESTELLA. Op. cit. concepto de elasticidad cruzada usado en *walker process equipment v. food mach & chem. corp.*, 382 u. s. 294, 324 (1962). La elasticidad cruzada de la demanda se define como: “la respuesta en la cantidad demandada de un producto ante cambios en el precio del otro. La elasticidad cruzada es positiva si los bienes son bienes sustitutivos (el ejemplo típico es el aumento en el precio del billete de autobús urbano llevará a una mayor demanda de billetes de metro). La elasticidad cruzada es negativa, si los bienes son complementarios (un aumento de precio de las gasolina llevará a un descenso de la demanda de aceites lubricantes para motor).

flexibles para embalaje puesto que los consumidores percibían sustitución entre los mismos. Lo anterior llevó a una definición demasiado amplia del mercado, ya que esa percepción de sustituibilidad que tenían los consumidores se originaba en el alto precio del celofán que dicha compañía venía aplicando, y no porque existieran bienes sustitutos del papel producido por DuPont, no advirtiendo la Corte la posición dominante que dicha empresa estaba ejerciendo.

En el mismo año de la sentencia del caso DuPont, 1962, la Corte Suprema en la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*, reafirmó la validez de los criterios de la sustituibilidad de demanda a través de la elasticidad cruzada, al afirmar que:

“Dentro de un mercado amplio, pueden existir submercados bien definidos, los cuales constituyen, en sí mismos, mercados de producto a efectos antitrust”, estableció que “los límites de dichos submercados se determinarán sobre el análisis de factores como el reconocimiento público a dicho submercado como una entidad económica independiente, las características y los usos peculiares del producto, los centros productivos, diferentes consumidores, diferentes precios, respuesta ante variaciones en los precios y vendedores especializados”¹⁰⁸.

Finalmente en 1982 el Departamento Americano de Justicia publica las “Merger Guidelines”, que tienen como finalidad identificar aquellas fusiones que puedan crear o reforzar una situación de poder de mercado y ofreció una método para ello, basado en tres criterios: sustituibilidad de demanda, sustituibilidad de oferta y condiciones de acceso, lo cual constituye el método de análisis de la elasticidad cruzada a través del denominado “SSNIP test”, Test del Monopolista Hipotético, conocido como *Small but Significant and Nontransitory Increase in Price*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 321-349.

4.1.3. La Adopción Del Test Del Monopolista Hipotético En La Unión Europea¹⁰⁹.

En la Unión Europea, la primera regulación que trasciende las fronteras de cada país fue expedida después de la Segunda Guerra Mundial, específicamente en los tratados de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1951) y de la Comunidad Económica Europea (1957), los cuales proporcionan las primeras limitaciones o restricciones al comercio y la competencia¹¹⁰.

La libre competencia es una obligación impuesta por el artículo 3º del Tratado de Roma para todos los estados miembros “la acción de la Comunidad contiene (...) el establecimiento de un régimen que asegura que la competencia no sea perjudicada en el mercado común.”

Es así como la autoridad en materia de competencia, marca un hito en relación con la definición del mercado relevante en la Unión Europea, con el fin de establecer la existencia de una posición dominante en 1997, al publicar la “*Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*”¹¹¹. La finalidad de la comunicación es orientar sobre la forma en que la Comisión Europea¹¹² aplicará los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia, al aplicar la normativa comunitaria de competencia,

¹⁰⁹ Ibídem, págs. 321 -349.

¹¹⁰ ORDÓÑEZ DE HARO. Op, cit.,

¹¹¹ MASSEY, PATRICK. Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues. The Economic and Social Review, Vol. 31, No. 4, October, 2000, pp. 309-328. Paper <http://www.esr.ie/vol31_4/2Massey.pdf>, [citado en diciembre de 2010]

¹¹² La Comisión Europea “(...) es la encargada de asegurarse de que las normas se cumplan y, en el caso de las norma de competencia, esto implica controlar que el comportamiento de las empresas no infrinjan las leyes. En el caso que sí las infringen, es la única con potestad para llevar ante los tribunales a las empresas acusadas”. Tomado de Winkipedia.org.

en particular los Reglamentos nº 17 (aplicación de los Artículos 81 y 82)¹¹³ y nº 4064/89 (control de concentraciones)¹¹⁴ del Consejo, y sus equivalentes en sectores tales como transportes, siderurgia y agricultura.

La mencionada comunicación se refiere al mercado de producto como aquel que: “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”, es decir, que el mercado relevante se define por vía del criterio de sustituibilidad de elementos tales como, el producto, sus características, su precio, y su uso, lo que en términos estadounidenses constituye la sustituibilidad de demanda, sustituibilidad de oferta y condiciones de acceso.

Se puede concluir que la comunicación que regula lo relacionado con la definición del mercado relevante, se encuentra en concordancia con el criterio acogido en las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de Estados Unidos de América de 1982, es decir con la adopción del Test del Monopolista Hipotético que se realizó en estas últimas.

4.2 Marco Teórico Del Test Del Monopolista Hipotético.

4.2.1 Concepto del Test Del Monopolista Hipotético.

Según la Resolución 2058 de 2009 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el Test del Monopolista Hipotético es una prueba que se realiza

¹¹³ DIEZ ESTELLA. Op. cit. Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?, [en línea] <<http://www.nebrija.com/fundacioniconebrija/documentos/modernizacionarticulo82.pdf> > [citado en noviembre de 2010]

¹¹⁴ Reglamento CEE nº 4064/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, D.O.C.E. L395/1, de 23 de diciembre de 1989

para determinar el grado de sustitución de la oferta y la demanda y por tanto, la extensión del mercado.

4.2.2. Ejecución del Test Del Monopolista Hipotético.

Por medio del Test del Monopolista Hipotético -SSNIP- (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices) se analiza las consecuencias de un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio en relación con un producto y un mercado determinado. El incremento en el precio se considera pequeño pero significativo cuando está entre un 5-10% y para que se considere no transitorio, el incremento del precio debe permanecer aproximadamente a lo largo de un año; con lo que se pretende definir el mercado relevante de la forma más estrecha posible.

Al entender por mercado relevante el conjunto de bienes o servicios en un área geográfica específica, que pueden ser sustituibles entre sí, éste comprende entonces: el (i) el mercado producto: definido como el conjunto de bienes o servicios que pueden ser considerados como sustitutos por sus demandantes según sus características, precios y usos. (ii) El mercado geográfico: aquellas áreas geográficas en las que la(s) empresa(s) en cuestión desarrollan su actividad económica¹¹⁵.

La información necesaria para aplicar el Test del Monopolista Hipotético proviene de dos conceptos microeconómicos: (1) la sustituibilidad de la demanda y (2) la sustituibilidad de la oferta. El primero nos permite establecer que bienes pueden ser considerados como sustitutos del producto bajo estudio, el segundo nos permite establecer si los competidores de la empresa en cuestión tienen la capacidad de

¹¹⁵ Las respectivas definiciones se desarrollaron según la Resolución 2058 de 2009 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

reaccionar o no frente al aumento del precio, como por ejemplo aumentado su producción para satisfacer las necesidades de los nuevos consumidores¹¹⁶.

4.2.2.1 Sustituibilidad de la demanda.

Es la disminución que se presenta en el número de consumidores por dirigir éstos su demanda a bienes sustitutos¹¹⁷ como consecuencia del incremento de precios en el producto inicial.

Para establecer si se está frente a bienes sustitutos se acude a medidas como:

a) *Elasticidad de la demanda residual*

Es la demanda que tienen los productos de una empresa comparándola con la demanda de los productos de sus competidores, cuando éstos reaccionan frente a las variaciones del mercado, como, por ejemplo, puede ser un aumento en el precio. En otras palabras es la diferencia entre la demanda total de mercado menos la oferta realizada por el resto de empresas rivales actuales o potenciales que no son objeto de investigación.

b) *Elasticidad precio de la demanda*

Se define como la variación en la cantidad demandada de un producto como consecuencia de la variación en el precio de otro producto, manteniendo el resto de variables que determinan la demanda constantes, como la renta, los precios de otros bienes, las preferencias de los consumidores, las expectativas etc..

c) *Características de los productos y finalidad percibida por los consumidores*

¹¹⁶ El presente aparte se desarrollo con base en ORDÓÑEZ DE HARO. Op. cit.

¹¹⁷ PINDYCK, RUBINFEL, Op. cit. Pág. 24. La microeconomía define los bienes sustitutos así: “dos bienes son sustitutos si cuando sube el precio de uno de ellos, aumenta la cantidad demandada de otro”.

Tanto las características físicas y técnicas de los productos como el uso que de ellos hacen habitualmente los consumidores, sirven para analizar el posible grado de sustituibilidad entre productos.

4.2.2.2 Sustituibilidad de la Oferta.

Consiste en la modificación que deciden realizar las empresas competidoras en su programa de producción como consecuencia del aumento de precios realizado por el monopolista hipotético, ofreciendo productos similares a los consumidores a precios más bajos.

Por lo que para analizar la sustituibilidad de la oferta se puede utilizar:

a) *Encuestas a potenciales proveedores* sobre la facilidad y rapidez para cambiar la producción hacia otro producto que ha experimentado un pequeño incremento del precio, si resultaría rentable ese cambio o si poseen capacidad para producir ese producto.

b) *Encuestas a los clientes* sobre la percepción que tienen de otros productos, teniendo en cuenta condiciones como la calidad o la confianza en la provisión del producto que perciben los consumidores sobre potenciales nuevos oferentes que podrían conducirlos a no comprar sus productos.

Una vez se cuenta con la información arrojada por los dos conceptos explicados anteriormente, el Test del Monopolista Hipotético se inicia partiendo del conjunto más reducido de bienes o servicios sustitutos y de áreas geográficas en las que se considera que el bien compite, lo cual tiene como fin excluir aquellos productos o áreas geográficas u oferentes que no compiten directamente con la empresa que está siendo hipotéticamente considerada como monopolista. Por ejemplo, si se va a estudiar el mercado del whisky, el conjunto más reducido de bienes debería ser el de bebidas

alcohólicas de “gama alta” y no el de bebidas alcohólicas en general puesto que en éste conjunto entrarían bebidas como la cerveza o el aguardiente que no podrían ser considerados en principio como bienes sustitutos del whisky.

Habiendo identificado ese conjunto reducido de bienes, se supone que respecto de los productos incluidos en él, se realiza un aumento del precio entre un 5%- 10% debe indagarse si es rentable para la empresa aumentar el precio, respecto a lo cual se podría encontrar que:

1. Que el incremento de precios es rentable para el monopolista hipotético, dado que el bien objeto del incremento en el precio no presenta bienes sustitutos, por lo que los consumidores no podrían dirigir su demanda a otro bien, lo cual refleja que se ha encontrado el mercado relevante.

2. Que el incremento en el precio no es rentable, porque como consecuencia de aumentar el precio se generaría una reducción en las ventas ya sea porque los consumidores dirigen su demanda a productos que consideran sustitutos dentro de su área geográfica, o porque dirigen su demanda a oferentes de bienes sustitutos localizados en un área geográfica diferente, lo que sugiere que el mercado producto y/o el mercado geográfico debe ser ampliado a aquellos productos respecto de los cuales los consumidores dirigieron su preferencia. Esta mecánica debe repetirse hasta que se encuentra un conjunto de productos que para el monopolista hipotético sea rentable mantener el incremento permanente de precios entre el 5% y el 10 % pues los consumidores no tienen bienes sustitutos a donde dirigir su preferencia.

En el momento en que se haya explorado todos los bienes sustitutos posibles del producto bajo estudio, sin que el incremento del precio de éste genere un

beneficio para el hipotético monopolista, se puede determinar que no existe posición dominante por su parte.

4.2.3 Ventajas Y Desventajas Del Test Del Monopolista Hipotético.

➤ *Ventajas del Test Del Monopolista Hipotético.*

Una de las ventajas innegables de Test del Monopolista Hipotético se encuentra en su universalidad, ya que se trata de un método ampliamente utilizado por las diferentes autoridades de competencia, lo que permite igualdad y homogeneidad al momento de la definición del mercado relevante.

Es así como el de Test del Monopolista Hipotético al haber sido establecido de una forma tan precisa y delimitada en las *Merger Guidelines*, como en la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria y ahora en la Resolución expedida por la *Comisión de Regulación de Telecomunicaciones*, es un paso a la certeza económica y seguridad jurídica en el Derecho de la Competencia respecto al tema de la definición del mercado relevante.

De igual forma, y producto de lo anterior, nos encontramos frente a un método que proporciona un marco de referencia, dentro del cual se puede organizar la evidencia sobre las posibilidades de sustitución que tienen los consumidores respecto de determinado producto (sustitución desde la demanda) y las posibilidades que tienen otros productores de comenzar a producir en forma más o menos inmediata el producto en cuestión (sustitución desde la oferta) lo cual resulta útil para organizar la evidencia cualitativa sobre el grado de sustitución necesario para incluir o no a un producto o área geográfica, dentro del mercado relevante, proporcionando un criterio objetivo para ello.

➤ *Desventajas del Test del Monopolista Hipotético*

Como se mencionó en el Test del Monopolista Hipotético, se considera un incremento de precio pequeño pero significativo, aquel que se encuentra entre un 5 y un 10%, sin embargo es necesario afirmar que esto no podría tener una validez universal puesto que dependiendo del mercado en que se aplique el de Test del Monopolista Hipotético, un incremento del 1% podría ser muy significativo o por el contrario un incremento del 10% puede no serlo tanto, siendo un rango poco objetivo para definir la relevancia o no del aumento del precio.

En concordancia con lo anterior, se encuentra que el Test del Monopolista Hipotético hace referencia a un incremento no transitorio, entendiéndose por tal un periodo equivalente a un año, pero al igual que sucede con el porcentaje antes mencionado, el tiempo por el cual debe mantenerse el incremento en el precio dependerá del producto, su productor, así como el consumidor y en general de las características del mercado, no pudiéndose considerar el período de tiempo de un año como el único para definir la conducta como transitoria o no.

Otro problema que presenta el Test del Monopolista Hipotético, bajo estudio, está relacionado con la ya mencionada “falacia del celofán”, en principio el mercado relevante corresponde a aquel donde una empresa con posición dominante pueda fijar los precios por encima del punto de equilibrio del mercado, siendo rentable para ella en la medida que el bien objeto de la conducta no tuviese bienes sustitutos y definiendo el mercado relevante de la manera más estrecha posible.

Sin embargo podría suceder que ese incremento pequeño pero significativo del precio lograría hacer que los consumidores estuviesen dispuestos a sustituir dicho producto por otros, que sin bien no resultan ser sustitutos si pueden ser percibidos como

alternativas por lo que bajo la teoría del Test del Monopolista Hipotético, tal incremento no resultaría rentable para el monopolista hipotético, puesto que vería disminuido sus ventas, debiéndose ampliar el mercado relevante de manera que abarcaría también estos productos, lo que llevaría a infravalorar la posición de la empresa dominante en el contexto real, pudiéndose llegar incluso a descartar la existencia de esa posición dominante y por tanto, del abuso de la misma al ampliar el mercado donde “teóricamente” ella actúa.

De igual forma, se considera como desventaja la mutabilidad que puede darse en la información de la que se nutre el Test del Monopolista Hipotético, puesto que las preferencias de los consumidores también pueden verse modificadas tanto por el paso del tiempo como por el área geográfica donde estén localizados o por la renta que estos perciban, por lo que hoy un bien puede ser considerado como sustituto pero en seis meses gracias a un incremento en la renta ya no se ve ese bien como sustituto, por lo que el mercado relevante se habría definido de manera muy amplia.

Es decir que al momento de aplicar el de Test del Monopolista Hipotético debe tenerse en cuenta el sector de la economía o la clase de mercado puesto que la información en la que deben basarse para realizarlo dependerá del mismo, tal y como lo expresa Antonio Guerra Fernández y Javier Prados Mateos, en su artículo “La definición de mercados en el sector de internet: breve repaso a la evolución de la práctica de la Comisión Europea”, que:

“A la hora de analizar la posición de mercado de una empresa no es irrelevante, por ejemplo, que el sector correspondiente sea maduro y estable o que sea de reciente nacimiento y sometido a elevados niveles de inestabilidad tanto en cuanto al número de operadores presentes en el mismo como

a la evolución de la oferta y la demanda en el corto y medio plazo. Lo mismo cabe decir respecto a los posibles remedios a imponer para la autorización de una concentración: la eficacia, oportunidad y necesidad de dichos remedios variará en función de las características del mercado correspondiente”¹¹⁸.

Por otro lado, el precio a partir del cual debe comenzarse a aplicar el Test del Monopolista Hipotético, representa otro problema, puesto que éste, al igual que la otras desventajas puede ser definido arbitrariamente por la autoridad competente al momento de aplicarlo, y así no sea de forma arbitraria si implica una inseguridad jurídica, puesto que la concepción que se tiene en relación con la materia puede variar en cualquier momento.

Por último y de suma importancia para el caso que nos ocupa, la viabilidad de aplicar el de Test del Monopolista Hipotético en mercados oligopólicos como resulta ser el mercado de las telecomunicaciones en nuestro país, se presenta como una desventaja ya que según Díez Estella, se discute si “el test del monopolista hipotético sea el más apropiado en casos de mercados integrados verticalmente, y en presencia de *estructuras oligopolísticas*, ya que si una empresa es monopolista, por definición es capaz de fijar los precios arbitrariamente; se concluye entonces que todas las empresas con poder de mercado son monopolistas –en sus propios productos-”¹¹⁹ conclusión a la que se llegaría sin la necesidad de acudir el mencionado test.

¹¹⁸COMUNICACIONES EN PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA, <<http://www.uria.com/esp/publicaciones/art.asp?id=255>> [en línea]

¹¹⁹ DÍEZ ESTELLA. Op. cit., pág.28

4.3 El Test del Monopolista Hipotético en la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión De Regulación de Telecomunicaciones.

Resulta innegable la importancia que tiene la adopción del Test del Monopolista Hipotético en la Resolución 2058 de 2009, como método para la definición del mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones en Colombia, puesto que anterior a dicha Resolución, no se había expuesto de forma expresa, cual era la metodología usada para definir el mercado relevante con miras a establecer la existencia de posición dominante y el abuso de ésta por parte de algún agente del mercado y así tomar las medidas correctivas al respecto.

Afirma la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en su documento “Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia” de Agosto de 2008, que la metodología para la definición de mercado relevante acogida por esta entidad proviene de los lineamientos desarrollados por la Unión Europea y las herramientas conceptuales sobre los análisis de competencia usadas y validadas en Colombia, Norteamérica y otras partes del mundo.

La expedición de la Resolución bajo estudio es consecuencia de lo ordenado por el artículo 18 del Decreto 2870 de 2007, según el cual:

“Artículo 18. Adecuación de la regulación. Sin perjuicio de los plazos previstos en los artículos 10 y 13 del presente decreto, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones deberá adecuar dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del presente decreto, el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia

*tecnológica, con excepción de los servicios de Radiodifusión Sonora de que trata el Decreto-ley 1900 de 1990 y de Televisión de que trata la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, de tal manera que se oriente a una regulación **por mercados relevantes**, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia(...)*”.

Del artículo citado se puede establecer que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, consagró en él una intervención del mercado ex ante, ello a pesar de que en Colombia la prestación de servicios de telecomunicaciones, regula a partir de un régimen especial, siendo una regulación por servicios, y buscando que se haga una interpretación ex post. Pero debido a los problemas de competencia que se detectaron en algunos mercados en el sector de las telecomunicaciones, el Estado en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 333 de nuestra Constitución Política, consideró necesaria una regulación por mercado relevante que lleva a una intervención ex ante.¹²⁰

La regulación ex ante, según la propia resolución es: “aquella que se expide en orden a promover la competencia en el mercado, así como corregir fallas que se presenten en el mismo, es una herramienta primordial de intervención estatal en la economía para garantizar condiciones homogéneas y económicamente viables para el normal desarrollo de la competencia efectiva en aquellos mercados que dados su problemas de competencia, ameriten dicha intervención.”

¹²⁰ Según se expresa en el documento Propuesta Regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia-Coordinación de Regulación-.Diciembre de 2008.

Es así como la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el 2007, inició el proyecto regulatorio tendiente a la definición de un esquema de regulación utilizando para el análisis de competencia la metodología conocida con el nombre de mercados relevantes que lleva a la identificación de los mercados susceptibles de regulación ex ante. En Diciembre de 2007 se realizó un foro tendiente a explicar al sector la metodología utilizada para la identificación de los mercados relevantes y las posiciones de dominio en dichos mercados. En Febrero de 2008, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones pone a consideración del sector una primera propuesta de la definición de los mercados de telecomunicaciones en Colombia. En Septiembre De 2008, se publica el documento “Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia”. En Octubre de 2008 se pública “Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones”. Así mismo, el 4 diciembre de 2008 se publicó “Análisis de competencia de los mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia”. Por último, el 22 de diciembre de 2008, se dio la aprobación de la publicación de la propuesta regulatoria, llegando finalmente el 24 de febrero de 2009 a la expedición de la Resolución 2058 de 2009.

Como puede observarse, la acogida del Test del Monopolista Hipotético como método para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados, no fue algo improvisado y contó con el apoyo de expertos en la materia; sin embargo, en el documento publicado por el Centro de Investigación de las Telecomunicaciones- CINTEL- denominado Definición de Mercados Relevantes En la

Tecnológica se afirma:

“(...) Desafortunadamente, la información para realizar esta prueba es difícil de encontrar ya que la regulación existente esta diseñada para prevenir la ocurrencia del supuesto aumento de precio (...)”. A reglón seguido afirma que: “(...) otra complicación que presenta esta prueba es que en mercados ECS (Electronic Communications Services) es que los servicios están estructurados en una jerarquía vertical. En estos casos, el producto superior (por ejemplo, banda ancha sobre banda estrecha) puede ejercer presión sobre el precio del producto inferior, pero el del producto inferior no puede ejercer presión sobre el precio del producto superior; es decir, las definiciones del mercado que emergen no son simétricas, concluyendo que estas dificultades podrían parecer que alejarían a esta prueba de cualquier aplicación práctica, más allá de la concepción teórica (...)”¹²¹.

Sin embargo, el mencionado documento justifica la acogida del Test del Monopolista Hipotético como prueba para la definición de mercados relevantes en el hecho que resulta “satisfactoria para el contexto actual del sector ya que permite un análisis de mercado con base en las actuales estructuras, las cuales, en muchos casos, incluyen monopolistas históricos con altas cuotas de mercado (...)”¹²².

De igual forma, otra de las críticas que se le ha hecho a la resolución expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, resulta de la definición provista en ésta de mercado del producto, estableciendo que tal “comprende todos los productos o servicios que puedan ser considerados por los usuarios como sustitutos, dadas sus

¹²¹ CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE TELECOMUNICACIONES CINTEL. Definición de Mercados Relevantes En la Industria de las Telecomunicaciones en Colombia Bajo Un Ambiente de Convergencia Tecnológica. Pág. 16. La crítica acá señalada no resulta ajena a lo que se expuso en las desventajas del Test del Monopolista Hipotético cuando se señalo como una de ellas la mutabilidad que puede darse en la información de la que se nutre el Test del Monopolista Hipotético.

¹²² *Ibidem*. Pág. 16

características, precio y usos”, crítica que fue expuesta en comentarios al proyecto de resolución “*por la cual se definen los mercados relevantes candidatos a regulación ex ante y se expiden otras disposiciones*” del centro de estudios en derecho de las telecomunicaciones- universidad externado de Colombia (área en derecho de las telecomunicaciones) en el cual se expone que “ la CRT debería incorporar una definición de “mercado relevante de producto” acorde con la definición económica del mismo, y no trasladar en sí mismo el concepto utilizado en la Unión Europea a efectos de la aplicación de la política de competencia, puesto que, según el mencionado documento, “la definición propuesta por la Comisión, hace un especial énfasis en la intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda, sin que se incluya la intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta, que resulta ser la definición dada por la Comisión Europea relativo a la definición de mercados a efectos de la aplicación de la legislación de competencia”, pero no siendo una definición apropiada para el mercado producto que está siendo objeto de definición como es el mercado de las telecomunicaciones.

El citado documento sugiere que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ha debido acoger la definición tratada por la Comisión Europea en la definición de mercados relevantes en el marco regulatorio de las comunicaciones electrónicas, pues precisa aún más esa definición, al distinguir el mercado de productos o servicios pertinente” y “el mercado geográfico, adoptando la siguiente definición: “el mercado de servicios pertinente abarca a todos los productos o servicios que son suficientemente intercambiables o sustituibles, no solo por sus características objetivas, sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la

demanda en el mercado que se trate”. Aduciendo que esta definición analiza la sustituibilidad tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta.

Así las cosas, puede afirmarse que la Resolución 2058 de 2009, es un gran paso hacia la seguridad jurídica de las empresas que participan en el mercado de redes y servicios de comunicaciones, respecto de las decisiones que la autoridad de competencia en materia de telecomunicaciones pueda tomar en su favor o en su contra, pero tal ventaja no debe permitir que se pierda de vista las desventajas que la prueba acogida por ella tiene y que podría llevar a definir el mercado relevante de forma incorrecta, de tal forma por una definición incorrecta de mercado relevante resultase regulado un sector que no requiere de tal regulación o que por el contrario resulte desregularizado un sector que si requiere de intervención, lo que podría resultar siendo un obstáculo para cumplir con el objetivo que busca la mencionada Resolución, esto es, buscar que las telecomunicaciones sean instrumentos para impulsar el desarrollo político, económico y social del país, con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia, según el artículo 3 del Decreto Ley 1900 de 1990, esto mediante un ambiente de convergencia tecnológica buscando la promoción efectiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Es así como al haber adoptado una metodología para la definición de mercado relevante, se permitirá identificar hacia donde va dirigida la política de competencia teniendo una mayor certidumbre en la forma como se define el mercado relevante y por ende la existencia de posición dominante. La mencionada Resolución puede resumirse en el siguiente esquema:

MARCO

CONSTITUCIONAL

Art.333. Libre competencia-no absoluta- Limite: El bien Común (C-560/94).

inherentes a la finalidad del Estado

Intervención del Estado
en la Economía
(C-398 de 1995)

- Mejorar la calidad de vida de los habitantes.
- Distribución equitativa de oportunidades.
- Beneficios del desarrollo

Art.365 Servicios públicos inherentes a la finalidad del Estado

LEGAL

Decreto Ley 1900 de 1990.

Art 3. Objeto de las Telecomunicaciones impulsar desarrollo

- Político
- Económico
- Social

Art 4. Telecomunicaciones= Servicios Públicos a cargo del Estado.

Ley 555 de 2000. Art 15. Competencia de la CRT para promover la competencia.

Decreto 1130 de 1999. Art 37#1 Competencia CRT para

- Promover y regular la libre competencia.
- Regular monopolios.
- Prevenir
 - Conducta desleal
 - Prácticas comerciales restrictivas

INTERNACIONAL

Decreto 2870 de 2007. Art 10. Competencia de la CRT para definir los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes; así Como la determinación de la existencia de posición dominante (...).

Ley 671 de 2001. Por la cual se aprueba el Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de compromisos Específicos de Colombia Anexa, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997, en el Anexo a la Lista de Compromisos Específicos del Cuarto Protocolo, aceptados por Colombia, en la cual se establece principios relevantes, para la expedición de Regulación Ex Ante de Competencia.

Comunidad Andina

Decisiones

- 439 de 1998
- 462 de 1999

Resolución

- 432 de 2000

Facultades para expedir regulación Ex Ante en competencia

RÉGIMEN DE REGULACIÓN POR MERCADOS RELEVANTES DE TELECOMUNICACIONES

FACULTAD REGULATORIA

(C-1162 de 2000 y C-150 de 2003)

Regulación Acogida

Definición de Mercado Relevante

Análisis de las Condiciones De Competencia en el Mercado Relevante

¿QUE ES? Estudio de las presiones competitivas a las que se ven sometidas las empresas.

¿CÓMO? Identificando cuales son los agentes de mercado y cual es la fuerza que tiene cada uno para influenciar la conducta de sus competidores

Fundamento

Condiciones de mercado.

Existencia de posición dominante.

Fallas en el mercado

Objeto.

Condiciones metodológicas y criterios para

Definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia.

Identificación de las condiciones de competencia de los mercados analizados.

Determinación de la existencia de posición dominante.

Definición de las medidas aplicables

Ámbito de aplicación — Servicio de las telecomunicaciones

RÉGIMEN DE REGULACIÓN POR MERCADOS RELEVANTES DE TELECOMUNICACIONES

Principios Generales

Principios de la Regulación Por Mercados

Temporales

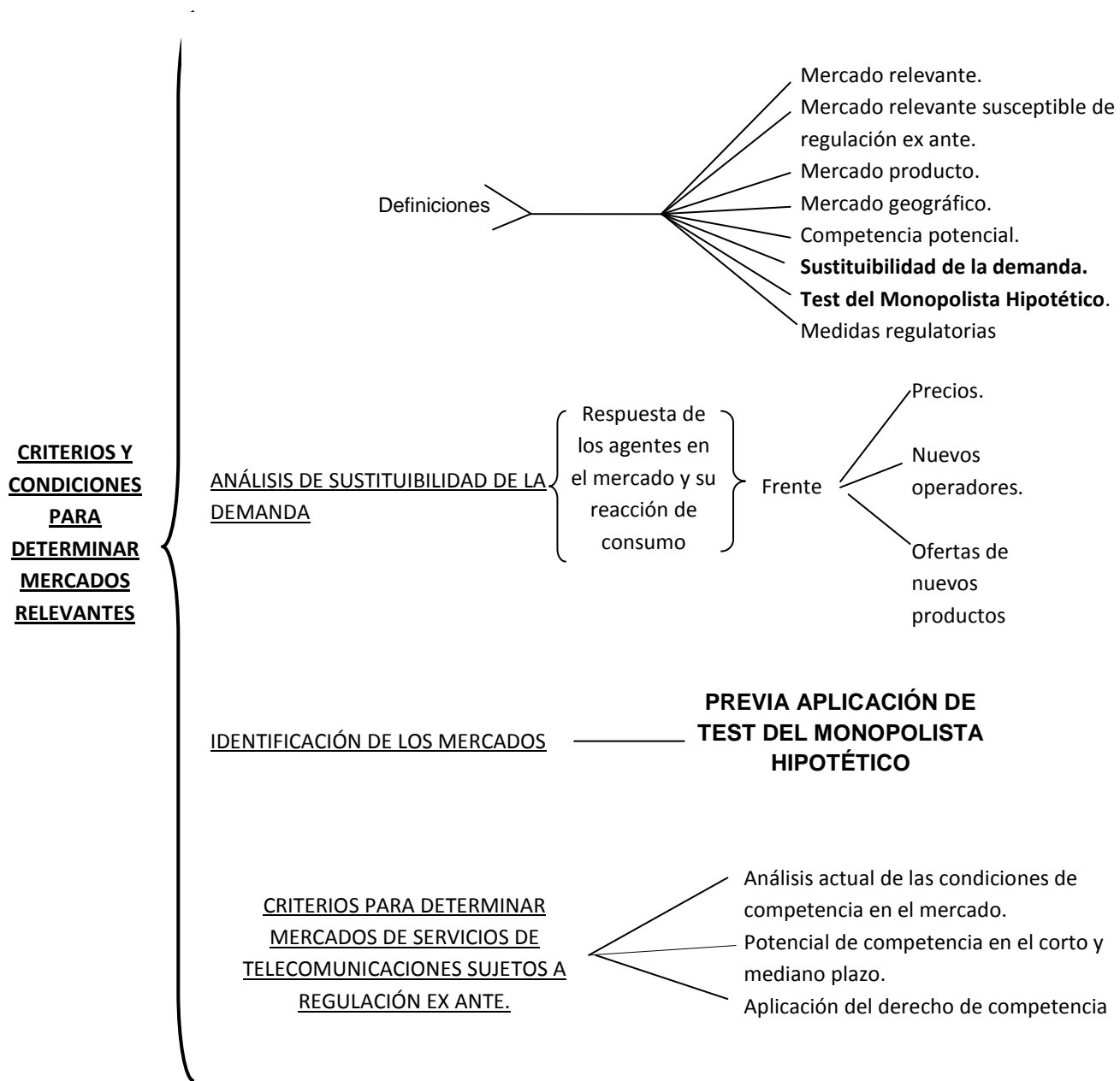
Proporcionales

Promoción de la competencia

Protección de los derechos de los usuarios.

Promoción de la Inversión.

Prestación eficiente y continua de los servicios



Dado todo lo anterior, en el siguiente capítulo introduciremos y sugeriremos tres medidas complementarias al Test del Monopolista Hipotético, que junto con él arrojarán una mejor definición de mercado relevante.

V. Otras Variables Metodológicas Necesarias Para La Definición De Mercado Relevante Y De Posición Dominante.

El Test del Monopolista Hipotético, fue la medida central en la cual se basó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para definir el mercado relevante y la existencia de posición dominante, aun cuando el mismo “(...) puede conllevar a errores si se utiliza en casos de abuso de posición dominante , como quedó demostrado en el caso *DuPont* y que dio origen a la expresión falacia del celofán, implica que el Test del Monopolista Hipotético debe utilizarse con cautela en los casos de abuso de posición dominante, en la medida en que no debe aplicarse sobre los precios de mercado, como en los casos de fusiones, sino sobre precios competitivos”¹²³.

Siendo la definición de mercado relevante un tema crucial para el Derecho de la Competencia, y un tema sobre el cual no existe un consenso, puesto que la definición del mismo: “es una herramienta limitada cuya aplicación práctica se ve en ocasiones dificultada por la cantidad y calidad de información disponible. A pesar de ello, no parece existir una forma sencilla e incuestionable para identificar la existencia de posición de dominio o valorar conductas desde la perspectiva de la competencia prescindiendo del mercado relevante”¹²⁴.

Por lo anterior, por la prudencia con que debe ser aplicado, por las falencias no desconocidas del Test del Monopolista Hipotético y porque la misma Comisión de Regulación de Telecomunicaciones reconoció la necesidad de acudir a otras

¹²³ ZIPITRÍA, ALEJANDRO. Una Aplicación del Test de Precios al Mercado de la Cerveza en Uruguay <dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3581630&orden=0>[citado en junio de 2011].

¹²⁴ JIMÉNEZ LATORRE y CAÑIZARES PACHECO. Op. cit, Pág.20.

metodologías para definir el mercado relevante, a pesar de que ello no quedó consagrado en la Resolución 2058 de 2009¹²⁵. Se realizará una aproximación a tres variables metodológicas¹²⁶ que han sido las más utilizadas, junto con el Test del Monopolista Hipotético, por autoridades en materia de competencia, para definir el mercado relevante, puesto que si bien existen otras metodologías para definir el mercado

¹²⁵ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Lineamientos Metodológicos para la Definición de Mercados Relevantes y Posición Dominante en Mercados Convergentes de Telecomunicaciones en Colombia. Agosto de 2008. Op. cit. Pág. 10. “(...) se hará uso acumulativo de distintos criterios con el fin de llegar a conclusiones robustas. Dada la importancia de contar con una buena medida de la sustituibilidad de demanda en este proceso, en todos los casos se empleará más de un acercamiento metodológico”.

¹²⁶ JIMÉNEZ LATORRE y CAÑIZARES PACHECO. Op. cit, Pág.10-13. La Comisión Europea hizo uso del Test de Correlaciones de Stigler-Sherwin en el caso Nestlé /Perrier Con el fin de definir mercados en la industria del agua embotellada en Francia. “Las cuestiones que se planteaban eran fundamentalmente las siguientes: En primer lugar, si el agua embotellada formaba parte de un mercado más amplio para las bebidas refrescantes en general (incluyendo, por ejemplo, las bebidas de cola). El análisis realizado por la Comisión Europea, basado en una evolución de los precios a lo largo de 10 años, mostraba que las correlaciones entre el precio de determinadas bebidas refrescantes y marcas de agua embotellada eran prácticamente nulas y, en algunos casos, incluso negativas.

En segundo lugar, si dentro de la industria del agua embotellada existían mercados relevantes distintos para el agua de alto y bajo contenido mineral. El análisis realizado por la Comisión Europea evidenció una fuerte correlación positiva (entre 0,85 y 1) entre el precio de las diferentes marcas de agua embotellada. Sobre la base de esta evidencia, la Comisión Europea llegó a la conclusión de que ambos tipos de agua sin gas formaban parte de un mismo mercado relevante.”

De Igual forma la Competition Commission Británica acudió a otra de las metodologías que se exponen en este aparte para definir el mercado relevante en la industria del salmón fresco en el Reino Unido así:

“En relación con el mercado de producto, el análisis se centró en la evolución de los precios semanales del salmón escocés y el salmón noruego durante un periodo de 3 años. El análisis de cointegración confirmó que el precio relativo del salmón escocés frente al salmón noruego presentaba una tendencia a converger hacia un valor frente a desviaciones temporales. Este resultado era consistente con la existencia de una relación de sustituibilidad entre el salmón escocés y noruego.

En relación con el mercado geográfico, el análisis se centró en la evolución de los precios del salmón escocés en Gran Bretaña, Francia y en el resto de Europa durante un periodo de tres años. El análisis econométrico confirmó la existencia una relación de equilibrio entre los precios del salmón escocés en Gran Bretaña y en cada una de las otras regiones consideradas. Los resultados eran, por tanto, consistentes con la existencia de un mercado relevante de dimensión pan-europea”.

Por último la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, usó la metodología llamada Critical Loss para establecer si el mercado de telefonía fija (local o larga distancia nacional) y el mercado de voz móvil son uno solo. Véase COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Resultados del Análisis Cuantitativo para la Definición de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones. Octubre de 2008.

relevante tales como: elasticidad de la demanda¹²⁷, el Test de Elzinga-Hogarty¹²⁸, la prueba de causalidad de Granger¹²⁹ a diferencia de las que aquí se expondrán, no son de uso universal, no son tan completas para definir el mercado relevante ya que van dirigidas a definir solo una de las dimensiones del mercado o sirven como fuente y apoyo de las metodologías que acá se exponen.

Las metodologías a exponer en el presente capítulo son: el Test de Correlaciones, el Test de Diferenciales de Precio y el Análisis de Critical Loss, las cuales proponemos como criterios auxiliares del Test del Monopolista Hipotético, para definir el mercado relevante y la posición de dominio, en la medida que son metodologías que fueron desconocidas por la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y a las cuales se debe acudir si se quiere obtener un definición de mercado relevante mas cercana a la realidad y menos arbitraria.

¹²⁷ La elasticidad de la demanda se puede ver desde la elasticidad propia de la demanda y desde la elasticidad cruzada de la demanda. Estas más que una metodología para definir el mercado relevante son pruebas cuantitativas que sirven para alimentar el Test del Monopolista Hipotético, sin embargo en ocasiones son tratadas como pruebas alternativas a él. Véase AUGUSTINE PETER y SURABHI MALIK. Concept paper: Definition and Delineation of “Relevant Market” in Competition Analysis. [en línea] <www.competitionlaw.cn/upload/05070410154564.pdf> También puede verse BISHOP SIMON, WALKER MIKE. The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London, Sweet & Maxwell 2002.

¹²⁸ FIGARI HUGO, GÓMEZ HUGO y ZÚÑIGA MARIO. Op., cit. Pág. 21. Este Test esta destinado a definir solo una de las dimensiones del mercado, el mercado geográfico. “Según el *test*, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella”.

¹²⁹ Se trata de una Técnica econométrica que ayuda a definir el mercado relevante y que sirve de complemento al Test de Correlaciones para profundizar véase AUGUSTINE PETER y SURABHI MALIK. Op. cit.

5.1 Test de correlaciones de Stigler-Sherwin¹³⁰.

El Test de Correlación de Precios de Stigler-Sherwin, se utiliza al igual que el Test del Monopolista Hipotético, para determinar si dos o más bienes o productos hacen parte del mismo mercado -producto, geográfico- partiendo del estudio de la evolución que presentan los precios de los bienes en un mercado específico.

Se afirma que la correlación de precios parte de la definición de mercado entendido como, “(...) *el área donde el precio de un bien tiende a la uniformidad, teniendo en cuenta costes de transporte*”. Razón por la cual, según Stigler y Sherwin, “dos productos (o áreas geográficas) si pertenecen al mismo mercado, debe ser que sus precios se muevan del mismo modo a lo largo del tiempo, o sea: los shocks exógenos (de demanda o de oferta) deben afectar a ambos precios similarmente”¹³¹.

A partir de dicho supuesto, “si dos productos (o dos áreas geográficas) pertenecen al mismo mercado, sus precios tenderán a moverse de la misma forma a lo largo del tiempo, es decir, existirá una correlación positiva entre ambas series de precios. La medida estándar empleada para cuantificar la correlación, es decir, el grado en que el cambio en una variable está asociado con un cambio en otra variable, recibe el nombre de coeficiente de correlación. Este coeficiente varía entre -1 indicando una correlación negativa perfecta, y 1, correlación positiva perfecta. Un valor cero de dicho coeficiente

¹³⁰ ORDÓÑEZ DE HARO. Op. cit., pág.150

¹³¹ WIKITEL PORTAL DE ECONOMÍA. La Delimitación del Mercado Relevante en el Contexto del Nuevo Marco Regulator de las Telecomunicaciones de la UE. <[http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci%C3%B3n del mercado relevante](http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci%C3%B3n_del_mercado_relevante) > [citado en enero-febrero de 2011].

implicaría la inexistencia de correlación, pero no serviría para garantizar que haya o no relación entre esas variables”¹³².

Un ejemplo básico del presente Test, se puede dar en un análisis que pretende definir si la mantequilla y la margarina hacen parte del mismo mercado. Para lo cual se supone que se da un aumento en el precio de un insumo necesario para producir la mantequilla, lo que genera por tanto un aumento en su costo final que se ve refleja en el precio al cual llega al consumidor. Como consecuencia de tal aumento, los consumidores trasladarán su demanda a la margarina y al aumentar la demanda de la margarina correlativamente se disminuirá su oferta, por lo que su precio se incrementará,¹³³ lo que indica una correlación positiva entre los cambios experimentados en los precios de ambos productos.

Sin embargo, no existe un coeficiente de correlación a partir del cual se pueda establecer definitivamente que se está frente a bienes que hacen parte del mismo mercado, por lo cual se afirma que para que se haga una aplicación correcta de esta herramienta metodológica, se deberá “calcular el coeficiente de correlación entre dos productos o marcas que se pueda asegurar que pertenecen al mismo mercado. Por ejemplo, al investigar si el producto A se encuentra en el mismo mercado que el producto B, el coeficiente de correlación entre dos marcas del producto A o el correspondiente a dos marcas del producto B constituirían los valores de referencia a

¹³² ORDÓÑEZ DE HARO, OP. cit., pág.150.

¹³³ *Ibidem*. Pág.150. Basado en “Para ilustrar esta técnica, suponga que se produce un shock de oferta (por ejemplo, el aumento del precio de un recurso productivo indispensable en la producción) que obliga a subir el precio del bien A. Si el producto B está en el mismo mercado, los consumidores responderán a esta subida sustituyendo considerablemente el consumo del bien A por el del bien B.”

comparar con el coeficiente obtenido de la correlación entre los dos productos, A y B. De esta forma, si este último coeficiente fuese tan alto como los calculados anteriormente es muy probable que el producto A y B formen parte del mismo mercado”¹³⁴.

No obstante, al igual que todas las metodologías que se han propuesto para definir el mercado relevante, la presente también tiene sus limitaciones, por lo que al aplicarla a un caso determinado debe tenerse en cuenta que¹³⁵:

1. El hecho de que se obtenga que dos productos tienen correlación no tomarse con abstracción del modo, el tiempo y lugar en que se arrojo ese resultado.
2. La variación del precio de un producto en el tiempo, depende del tipo de producto, del área geográfica en que se encuentre y de las condiciones que se hayan puesto respecto al producto durante un intervalo de tiempo. Por ejemplo, cuando se dice que será (x) el precio durante un intervalo de tiempo independientemente de las circunstancias que rodeen al producto.
3. El problema de la correlación espuria, el cual se da cuando la aplicación de la metodología arroja el resultado de la existencia de la correlación a pesar de no existir sustituibilidad entre los bienes comparados, resultado que se debe a otros factores que no se tuvieron en cuenta al momento de establecer la existencia de la correlación, como sucede cuando se dan cambios en el ciclo

¹³⁴ ORDÓÑEZ DE HARO. Op. cit., pág.151.

¹³⁵ Estos tres problemas del test de correlación de precios también son expuestos en: ZIPITRIA, LEONARDO, Definición de Mercado Relevante a Través de Test de Precios. Pág. 9.[en línea] <<http://www.bcu.gub.uy/autoriza/peiees/jor/2008/iees03j3260808.pdf>> [citado en enero-febrero de 2011]

económico, la inflación o aumento el precio de un insumo que se utiliza para fabricar ambos productos.

5.2 El Test de diferenciales de precio o Cointegración¹³⁶.

El Test de Diferenciales de Precio o Cointegración, al igual que el Test de Correlaciones de Stigler-Sherwin, parte de un concepto amplio de mercado, entendiendo por mercado el “área donde los precios tienden a la uniformidad.”

El Test busca establecer que:

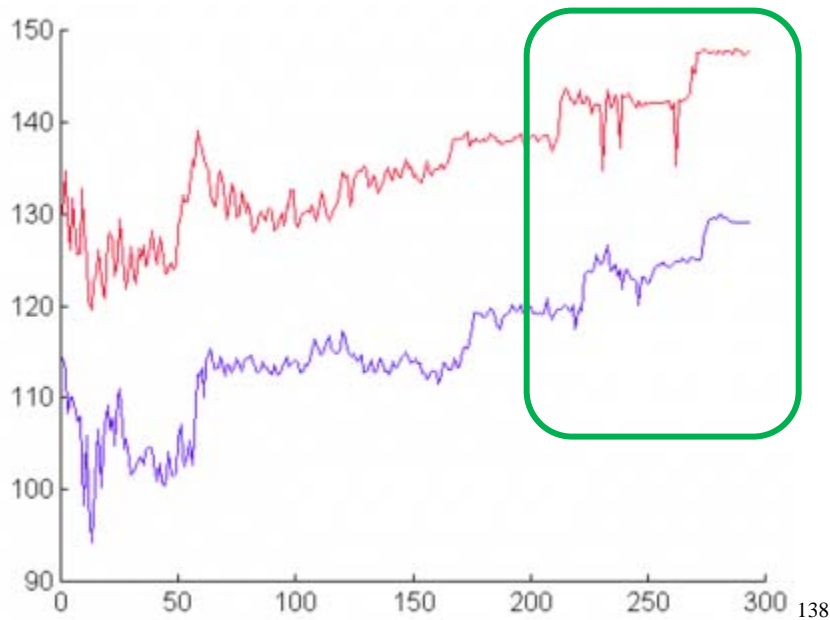
“(…) si existe una relación de equilibrio de largo plazo entre 2 variables, en este caso, el precio de los 2 productos que se considera podrían ser sustitutivos. En principio, si dos productos son sustitutivos, esperaríamos que las alteraciones en el nivel de precios relativos fueran transitorias. De esta forma, en el largo plazo observaríamos que el precio relativo converge a un valor que viene determinado por la relación (en este caso, de sustituibilidad) de equilibrio existente entre el precio de ambos productos”¹³⁷.

En otras palabras, este Test pretende hacer una comparación en el largo plazo de las tendencias en el precio de dos o más productos que se consideran como parte del mercado relevante. De forma *a priori*, se establece que dichos productos hacen parte del mercado relevante definido a pesar de que presenten variaciones temporales en los precios en el corto plazo. Lo que se tiene en cuenta es que los productos analizados en el largo plazo sigan un patrón similar en los precios, caso en el cual se considerarán como parte del mercado relevante definido.

Un ejemplo para entender mejor esta metodología se ve reflejado en la siguiente gráfica:

¹³⁶ El aparte referente al Test de Cointegración o diferenciales de precio se desarrollo basado en: Definición del Mercado Relevante,[en línea] http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci%C3%B3n_del_mercado_relevante#Tests_de_diferenciales_de_precios_.28coi_ntegraci.C3.B3n.29 [citado en enero-febrero de 2010]

¹³⁷ JIMÉNEZ LATORRE Y CAÑIZARES PACHECO. Op. cit, Pág.13



En la presente gráfica, observamos que durante un periodo de tiempo, las variaciones de los productos comparados presentan un comportamiento uniforme en el mercado a pesar de que presentan oscilaciones en el corto plazo, en el largo plazo conservan la misma tendencia, por lo cual bajo la metodología estudiada en este aparte, se considera que hacen parte del mismo mercado relevante; lo cual lo diferencia a su vez del Test de correlaciones de precio que excluye a bienes del mercado relevante cuando la evolución que presenta no es uniforme.

Otra forma en que se ha explicado el Test de Cointegración, es la citada en el documento denominado Aspectos Económicos del Funcionamiento competitivo de los Mercados según la cual “(...) el análisis de cointegración se centra en las relaciones de equilibrio a largo plazo entre los precios de dos o más productos. Las series de precios de productos que posiblemente pertenecen al mismo mercado se dice que están

¹³⁸ WIKITEL PORTAL DE ECONOMÍA. Definición del Mercado Relevante.[en línea] http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci%C3%B3n_del_mercado_relevante#Tests_de_diferenciales_de_precios_28coi%20integraci.C3.B3n.29 [citado en enero-febrero de 2010]

cointegradas si los cambios no esperados en el corto plazo de los precios no se mantienen, sino que se corrigen de manera que se restablecen las relaciones de equilibrio a largo plazo entre los dos precios.”

5.3 Análisis de “Critical Loss”¹³⁹.

El concepto de Critical Loss surge de una definición de mercado antitrust establecida por el Departamento de Justicia “Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines.” Un mercado es el grupo más pequeño que en caso de comportarse hipotéticamente como el único maximizador de beneficios generaría un incremento en el precio, por lo tanto al aplicar este Test, es necesario que los precios de los otros productos permanezcan constantes.

La finalidad de dicha definición es establecer el grupo de productores que estarían en capacidad de ejercer un poder de mercado, influyendo en los precios y condiciones de mercado. El incremento de los precios no siempre es beneficioso ya que en muchas ocasiones se deja de vender debido al alto precio, por lo tanto el “Critical Loss” determina para cada incremento de precio, cuál es la cantidad dejada de vender antes de que dicho incremento deje de aportar beneficioso. Los diferentes niveles de “Critical Loss” están asociados a los diferentes aumentos de precio hipotéticos y de esta forma las empresas escogen el nivel que reporte mejor relación.

El análisis de “Critical Loss” fue desarrollado por Harris y Simons en 1989, el cual surge:

“(…) a partir de la comparación de dos parámetros, “Critical Loss” y “Actual Loss”, se establece si se ha identificado un mercado relevante o no. El primero establece cuál es la reducción de la demanda asociada a un incremento del 5 o 10% en los precios por encima de la cual el monopolista hipotético

¹³⁹ El presente aparte se desarrolló basado en: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los mercados relevantes de telecomunicaciones” y en BARRY C, HARRIS, Recent Observations About Critical Loss Analysis [en línea]<<http://www.justice.gov/atr/public/workshops/docs/202599.htm>>[citado en febrero de 2010]

perdería utilidades ante un aumento de precios. El segundo, establece cuál es la variación efectiva en la demanda ante dicho aumento de precios. Si el “Actual Loss” es inferior al “Critical Loss” se encontró un mercado relevante. En caso contrario es necesario expandir el mercado considerando nuevos sustitutos o áreas geográficas hasta que el “Actual Loss” sea inferior al “Critical Loss.”¹⁴⁰.

En otras palabras, el “Critical Loss” puede definirse como el procedimiento en el que se observa la “(...) proporción del decrecimiento en la cantidad vendida, como resultado del incremento en el precio, lo suficientemente grande como para que el monopolista hipotético no impusiera un incremento en precios (...)”¹⁴¹.

El análisis del “Critical Loss”, es usado normalmente en los mercados determinados por el departamento de justicia de The Federal Trade Commission, ya que requiere una técnica apropiada y en cuanto mayor sea la precisión de su realización para estimar la variable costo marginal, la estimación de la pérdida será más cercana a la realidad.

Dentro de los problemas que se han expuesto respecto de esta metodología, se encuentra la disponibilidad de datos necesarios para estudiar la variación en la demanda y el tiempo en que se aplica el procedimiento, puesto que los resultados arrojados pueden variar dependiendo de las características de cada mercado ya que la velocidad de adaptación y la reacción de los consumidores dependerán de este.

¹⁴⁰ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Resultados del Análisis Cuantitativo para la Definición de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones. Octubre 2008.

¹⁴¹ ORDOÑEZ DE HARO. Op. cit. Pág.163

VI. CONCLUSIONES.

El presente trabajo partió de la hipótesis según la cual el Test del Monopolista Hipotético, acogido como principal criterio metodológico para la definición de mercado relevante y la existencia de posición dominante, por la Resolución 2058 de 2009 de la Comisión de regulación de Telecomunicaciones, no es una medida suficiente para la determinación del mercado relevante y la existencia de posición de dominio.

Lo anterior, debido a que la definición del mercado relevante es un tema fundamental para el Derecho de la Competencia, puesto que dependiendo de tal definición, se determinará si la conducta de un participante del mercado va en contra de la libre competencia. Esto que resulta tan esencial para el Derecho de la Competencia, no ha sido un tema fácil de tratar en la medida que para identificar el mercado relevante se trazan líneas que resultan algo artificiales. Como consecuencia de lo anterior, la autoridad en la materia tiene que basarse en datos pocos precisos o hipotéticos, lo que lleva a un resultado poco satisfactorio ya que a pesar de existir diferentes metodologías para establecer el mercado relevante, ninguna de ellas arroja datos exactos.

Resulta claro que si bien el Test del Monopolista Hipotético no resulta irrefutable, ya que sus falencias son claras, es la medida más ampliamente utilizada por todas las autoridades de competencia a nivel mundial para la definición de mercado relevante. No obstante, consideramos que el Test del Monopolista Hipotético no debe utilizarse como la única media para determinar las dimensiones del mercado, si no que debe acompañarse de otras medidas que le proporcione la utilidad suficiente para lograr

una determinación del mercado relevante más exacta y de esta forma poder establecer con mayor precisión si existe posición dominante.

Ahora bien, expuestas las falencias del Test y la necesidad de acudir a medidas auxiliares para obtener una definición de mercado relevante más exacta, cabe preguntarse por la viabilidad de aplicar el Test del Monopolista Hipotético en mercados oligopólicos, como resulta ser el mercado de las telecomunicaciones en nuestro país, ya que según Díez Estella, se discute si “el test del monopolista hipotético sea el más apropiado en casos de mercados integrados verticalmente, y en presencia de *estructuras oligopolísticas*, ya que si una empresa es monopolista, por definición es capaz de fijar los precios arbitrariamente; se concluye entonces que todas las empresas con poder de mercado son monopolistas –en sus propios productos-”¹⁴² conclusión a la que se llegaría sin la necesidad de acudir el mencionado Test.

Al ser el Test del Monopolista Hipotético un procedimiento que se basa en las diferentes condiciones del mercado, es decir, aquellas que determinan la estructura del mismo, puede arrojar resultados inexactos como consecuencia de la mutabilidad de las variables en las que se basa al momento de determinar el mercado relevante; y por ser el Test del Monopolista Hipotético un paso previo y necesario para establecer la existencia de la posición dominante y por ende del abuso que se pueda estar ejerciendo o no de la misma. Lo mencionado es afirmado en el artículo “Aspectos Económicos del Funcionamiento Competitivo de los Mercados”, al establecer que “El *test SSNIP* depende, principalmente, del análisis de una circunstancia hipotética de monopolio, lo

¹⁴² DÍEZ ESTELLA, Op. cit., pág.28.

que supone que no existirían datos para aplicarlo literalmente”¹⁴³ y al no existir datos para aplicarlo literalmente, su ejecución podría tornarse arbitraria y alejada de la realidad.

Por todo lo anterior, propondríamos acudir y darle igual importancia a las demás herramientas metodológicas que se expusieron en el último capítulo, como lo son el Test de diferenciales de precio o Cointegración y el Análisis del Critical Loss, al ser estas las más utilizadas junto con el Test del Monopolista Hipotético, para obtener diferentes resultados que puedan ser comparados, evitando al máximo el porcentaje de error, menor arbitrariedad y buscando una mayor cercanía a la realidad a la hora de definir el mercado relevante; poniéndose a tono nuestro país con el resto del mundo y brindando una mayor seguridad para los participantes del mercado que se vean involucrados en casos donde se tenga que definir el mercado relevante y la existencia de posición de dominio.

¹⁴³ KOVACIC, Op. cit., pág. 152

Anexo 1. Las Barreras de Entrada.

Consideramos relevante anexar este aparte sobre las barreras de entrada, por constituir éstas uno de los indicadores de competencia y una característica de la competencia imperfecta, que por no ser tema central del capítulo no lo incluimos en él.

Lo que se conoce como barreras de entrada al mercado, responden a una simple pregunta ¿es fácil de entrar al mercado bajo estudio? Y se pueden clasificar en tres tipos:

1. *Las barreras legales o jurídicas*, son las establecidas por las autoridades con el fin de proteger las empresas que participan en el mercado, debido a que se trata de un número reducido. Y responden a preguntas como:

- “(...) ¿Es necesario tener una licencia para operar en el sector?
- ¿Existe un número fijo de licencias?
- ¿Cuánto tiempo dura el proceso de otorgar una licencia?
- ¿Qué porcentaje de la facturación anual representa el valor de la licencia?
- ¿Existen patentes que cubran los procesos o los servicios en cuestión?
- ¿Existe otra restricción legal?

- ¿Qué exigencias de inversión se fijan a los operadores?”¹⁴⁴.

2. *Las barreras naturales*, son aquellas que como su nombre lo indica, surgen de un modo natural, teniendo en cuenta la estructura del mercado del bien o servicio específicamente. Por lo tanto, se trata de: 1) la existencia economías de escala, 2) las ventajas absolutas de costes 3) las necesidades iniciales de capital y 4) la diferenciación del producto y responden a indicadores como: “(...) Costos de capital/Costos totales e inversión inicial en maquinaria y equipo/Facturación anual promedio” ¹⁴⁵.

3. *Otras barreras de entrada*, dentro de este grupo son las referentes a las prácticas propias de un sector tales como:

- “(...) La necesidad de una campaña de publicidad muy grande (como proporción de los costos) para entrar en el mercado.
- Número de años necesarios para obtener una cierta participación en el mercado.
- ¿Se han presentado prácticas especiales de exclusión de nuevos entrantes? Aspectos como baja de precios por debajo de los costos, propaganda negativa hacia los nuevos, etc.

¹⁴⁴ INFORME FINAL, COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Op.cit., Pág 7

¹⁴⁵[En línea]<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/fs/barreras.htm> [citado en 2010]

- ¿Existen activos estratégicos en manos de las empresas que están en el mercado y cuyo uso sea necesario para los entrantes?
- ¿En que condiciones de precio tienen acceso a esos activos?”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ INFORME FINAL, COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. Op.cit., Pág.2.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

BARRERA SILVA, NATALIA, La definición del mercado relevante en las concentraciones empresariales. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad De Ciencias Jurídicas Carrera De Derecho. Departamento de derecho económico, Bogotá, 2007.

BARRY C, HARRIS, Recent observations about critical loss Analysis
<<http://www.justice.gov/atr/public/workshops/docs/202599.htm>>

BIBLIOTECA VIRTUAL EUMED, Barreras de entrada,
<<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/fs/barreras.htm>>.

BOGO, JORGE, Las Pruebas De La Desafiabilidad De Un Mercado, Boletín Latinoamericano de Competencia,
<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_11_1_es.pdf>

Boríssov, Zhamin y Makárova, Diccionario de economía política,
<<http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/t/trust.htm>>

CELANI MARCELO y STANLE LEONARDO, Política de competencia en américa latina. Presente y tendencias de la concentración de medios en América Latina, present and trends of media concentration in latin america, Red de Reestructuración y Competitividad División de Desarrollo Productivo y Empresarial Desarrollo productivo Santiago de Chile.
<<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/13850/LCL.1943.pdf>>.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los mercados relevantes de telecomunicaciones.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia.
<<http://www.evaluamos.com/2006/PDF/ProyMR08.pdf>>

CONCHA DELGADO, SANTIAGO. El Abuso de la Posición Dominante en la Ley 142 de 1994. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDECIL. (Pontificia Universidad Javeriana). Colección Seminario N° 8.

Definición del Mercado Relevante,

[http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci%C3%B3n_del_mercado_relevante#Tests de diferenciales de precios .28cointegraci.C3.B3n.29](http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci%C3%B3n_del_mercado_relevante#Tests_de_diferenciales_de_precios_.28cointegraci.C3.B3n.29)

Definición de Poder de mercado dada por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) de los EE.UU. en sus evaluaciones de fusiones horizontales entre empresas.

http://www.energiaysociedad.es/documentos/C6_Competencia_y_poder_de_mercado.pdf

DÍEZ ESTELLA, 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. Publicado en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons. Universidad Antonio de Nebrija. <<http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/documentos/DefinicionMercadoRelevante.pdf> >

DIEZ ESTELLA, FERNANDO, El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE

<<http://www.nebrija.com/fundacioniconebrija/documentos/modernizacionarticulo82.pdf> >

DOMPER, MARÍA DE LA LUZ. Definición Análisis Económico de las Operaciones de Concentración.

www.lcuc.cl/.../Analiseconomicodelasoperacionesdeconcentracionmariadelaluzd.

ECONTRANDO DULCINEA, Hoy en la historia: standard oil debe disolverse

www.encontrandodulcinea.com/.../Hoy-en-la-Historia--Standard-Oil-debe-disolverse-.html]

EUR-LEX. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, Diario oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013,

<[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML)>.

FIGARI HUGO, GOMEZ HUGO y ZUÑIGA MARIO, hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio.

<http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>.

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO MADRID, dificultades para la definición del mercado relevante. [preparado para el segundo seminario de derecho y economía de la competencia]. <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf> >

GAVIRIA CADAVID, FERNANDO Los Monopolios. Revista de Derecho de la Competencia. CEDEC V. Vol1, enero diciembre de 2005.

GELLHORN ERNEST, KOVACIC WILLIAM E Y CALKINS STEPHEN. Derecho y economía de la competencia, Quinta Edición, Thomson/west.

GONZÁLEZ TISSINETTI, ALDO, Efectos competitivos del aumento en la concentración en el mercado de la venta de alimentos al detalle,

<http://www.econ.uchile.cl/uploads/cv/a5508297b686c37d495311ce95075b0758a9e637.pdf>>

GUERRERO, RODRIGO, ¿Es mala la concentración de los mercados?, oceanosazules3.blogoo.com/.../Es-mala-la-concentraci3n-de-los-mercados.html ->

IBARRA PARDO.GABRIEL. Abuso de la Posición Dominante, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC, 2º edición, seminarios 5.

INFORME FINAL Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, evaluación de competencia de los mercados de telecomunicaciones.

http://www.crcom.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=59:creacion-de-escenarios-competitivos&catid=37:creacion-de-escenarios-competitivos>

KULFAS, MATÍAS Y SCHORR MARTÍN, Evolución de la concentración industrial en la Argentina durante los años noventa, <http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=357>>

La delimitación del mercado relevante en el contexto del nuevo marco regulador de las telecomunicaciones de la UE.

http://es.wikitel.info/wiki/Delimitaci3n_del_mercado_relevante >

LEROY MILLER, ROGER, Economía Hoy, edición 2001-2002.

LOZANO, MARIA CLARA, Posición De Dominio Y Propiedad Intelectual Congreso De Propiedad Intelectual. , Derecho, Competencia & Globalización Universidad Externado De Colombia.

[<www.uexternado.edu.co/pdf/El_abuso_posi_dominante.ppt>](http://www.uexternado.edu.co/pdf/El_abuso_posi_dominante.ppt)

MANKIW GREGORY. Principios de Economía, Segunda edición.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, ROGELIO y Otros, Biblioteca virtual de derecho, economía y política,

[<http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Sherman%20Act%20de%201890.htm>](http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Sherman%20Act%20de%201890.htm)

MASSEY, PATRICK, market definition and market power in competition analysis: some practical issues, The Economic and Social Review, Vol. 31, No. 4, October, 2000, pp. 309-328. Paper [<http://www.esr.ie/vol31_4/2Massey.pdf>](http://www.esr.ie/vol31_4/2Massey.pdf),

MASTRINI, GUILLERMO, BECERRA MARTÍN, Presente y tendencias de la concentración de medios en América Latina [<dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592300>](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592300)

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Abuso de la Posición Dominante. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC, 2º edición, seminarios 5.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Anotaciones Sobre Derecho Antimonopolístico. Centro de Estudio de Derecho de la Competencia CEDEC III, seminarios 10.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los estados unidos de Norteamérica. Centros de Estudio de Derecho de la Competencia. [<http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/ANOTAC.PDF>](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/ANOTAC.PDF)

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. La Política de la Competencia en el Presente Gobierno. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC IV (Pontificia Universidad Javeriana).Seminarios 12.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ JUAN DAVID. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia CEDEC IV, volumen 2 No.2 Enero –diciembre 2006, Bogotá.

Miranda Serrano, Luis Mª, Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la unión europea, Universidad de Cordoba, [<http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n9/emp_9.pdf.>](http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n9/emp_9.pdf)

MOCHON MORCILLO, FRANCISCO, Economía, teoría y política, tercera edición, McGraw-Hill.

NAVA, LILIANA, Parte II: Reseñas legislativas, la ley federal de competencia económica, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/191/leg/leg13.pdf>>

OECD, Derecho y Política de la Competencia en Colombia.
www.oecd.org/dataoecd/33/12/44111213.pdf

ORDOÑEZ DE HARO, MANUEL, Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados, Agencia de Defensa de la Competencia, Consejería de Economía y Hacienda Junta de Andalucía. Dpto. de Teoría e Historia Económica, Universidad de Málaga. Volumen I.
<www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/.../01.AspectosEconomicos.Vol.I.pdf>

PINDYCK, DANIEL L RUBINFELD. PEARSON, Microeconomía. Quinta Edición. Robert S, EDUCACIÓN S.A, Madrid 2001.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, JULIANA, la concentración del mercado internacional del café,
<http://guaica.uniandes.edu.co:5050/dspace/bitstream/1992/133/1/mi_867.pdf>

Universidad de Vigo, Definición de mercado relevante, política industrial, 5 economía,
http://webs.uvigo.es/politicaindustrial/index_archivos/Tema3a.pdf

ZINEB N.B-BLOG JURIDIQUE, Renforcement des lois anti-trust dans le droit americain.[
<www.nbzineb.com/general/renforcement-des-lois-anti-trus>

ZIPITRIA, LEONARDO, Definición de mercado relevante a través de Test de precios.
<<http://www.bcu.gub.uy/autoriza/peiees/jor/2008/iees03j3260808.pdf>>

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Resolución 2058 de 2009.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-616/01 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Corte Constitucional. Sentencia T-375/97 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional.Sentencia T-375/97 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Decreto 2153 de 1992.

Ley 155 de 1959.

Ley 1341 de 2009.

Superintendencia De Industria Y Comercio. Concepto 01076407 del 22 de octubre de 2001.
<http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=7370&ts=170f6aa36530c364b77ddf83a84e7351>

<www.sic.gov.co/.../Conceptos/Conceptos/.../Octubre/01076407.php>

Superintendencia De Industria Y Comercio. Concepto 01001016 del 10 febrero de 2001.
<http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=7370&ts=170f6aa36530c364b77ddf83a84e7351>

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 16089 de 10 de junio 2003

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27920 del 11 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34904 del 18 de diciembre de 2006.