

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

**La determinación del mercado relevante en los procedimientos
administrativos por conductas anticompetitivas**

Francisco Xavier Ochoa Carrasco

Tutor: Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Francisco Xavier Ochoa Carrasco, autor de la tesis intitulada “La determinación del mercado relevante en los procedimientos administrativos por conductas anticompetitivas”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

16 de septiembre de 2021

Firma: _____

Resumen

Desde la promulgación de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado en 2011, una de las falencias de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado está en la aplicación de la metodología correcta para la determinación del mercado relevante. La correcta definición del mercado relevante permite establecer y precisar los límites de la competencia entre operadores económicos, así como establecer el marco de actuación de la superintendencia. Además, la determinación el mercado relevante es un requisito necesario para establecer si una conducta de un operador económico es anticompetitiva de acuerdo a la legislación ecuatoriana.

El objeto de investigación de esta tesis es establecer si los criterios utilizados por la superintendencia para determinar el mercado relevante son los adecuados de acuerdo a la legislación ecuatoriana y las instituciones básicas del derecho de competencia. Por lo tanto, en primer lugar, se realizará un análisis teórico del mercado relevante, los elementos que lo compone, como el mercado de producto y el mercado geográfico y los principios básicos para la definición del mercado relevante. En segundo lugar, se analizará trece casos en los que la superintendencia definió el mercado relevante. En particular, en dos conductas de abuso de poder de mercado, una conducta de abuso de posición de dominio en situación de dependencia, en tres concentraciones económicas, en tres prácticas restrictivas, y cuatro practicas prácticas desleales.

Los métodos que se utilizaron en este trabajo son el método dogmático y el análisis de texto con la finalidad de establecer un marco teórico general sobre el mercado relevante, y contrastar la teoría con la actuación de la superintendencia en cada caso en concreto. Por último, se hace algunos comentarios respecto de la actuación de la superintendencia.

A Lola, Francisco y Christian, porque son lo importante en mi vida.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, mi segunda *alma mater* y mi segundo hogar. De igual manera, agradezco a mi tutor Oswaldo Santos Dávalos por su magnífica guía en la elaboración de este trabajo de investigación. A mis amigas y amigos quienes hicieron que esta experiencia en Quito sea inolvidable.

Tabla de contenidos

Introducción	15
Capítulo primero El mercado relevante	17
1. Definición de mercado relevante	17
2. El mercado de producto	22
3. Principios básicos para la definición del mercado relevante	25
3.1. Sustituibilidad de la demanda	26
3.2. Sustituibilidad de la oferta	31
3.3. Competencia potencial	34
4. El mercado geográfico	34
5. Barreras de entrada y expansión	38
6. Críticas a la definición del mercado relevante	40
7. Comentario final sobre el mercado relevante	42
Capítulo segundo Procedimientos administrativos sustanciados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado	47
1. El mercado relevante en las conductas de abuso de poder de mercado	47
1.1. DISPROSA S.A. vs. Superintendencia de Control de Poder de Mercado	53
1.2. Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	57
1.3. Análisis comparativo de los casos de abuso de poder de mercado	63
2. El mercado relevante en las conductas de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica	64
2.1. TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	66
3. El mercado relevante en las prácticas restrictivas	69
3.1. Recuperación de Capital Contact Center Recapt S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	72
3.2. Jorge Franklin Hinojosa Arteaga vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	75
3.3. COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y MERCATTI S.A. MERCATTISA vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	77

3.4. Análisis comparativo de los casos sobre prácticas restrictivas.....	79
Recuperación de Capital Contact Center Recapt S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado.	79
4. El mercado relevante en las prácticas desleales	82
4.1 Corporación el Rosado vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	83
4.1. Reckitt Benckiser S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	87
4.2. NESTLE ECUADOR S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado	91
4.3. OTECEL vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado.....	94
4.4. OTV MULTUCABLE v. Superintendencia de Control de Poder de Mercado...	96
4.4. Análisis comparativo de los casos sobre prácticas desleales	98
NESTLE ECUADOR S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado.	100
OTECEL vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado.....	100
5. Breve referencia al mercado relevante y las concentraciones económicas	102
Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	109

Abreviaturas

1. LORCPM: Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado.

Introducción

El primer capítulo trata sobre la institución del mercado relevante. Se analiza el mercado de producto, los principios básicos para la definición del mercado que son la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta, y la competencia potencia, el mercado de pro relevante, el mercado geográfico, y se hace un comentario final sobre el mercado relevante

El segundo capítulo se hace un análisis de la metodología aplicada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en trece casos en concreto y se explica los postulados básicos sobre las conductas de abuso de poder de mercado, las conductas de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica, las concentraciones económicas, las prácticas restrictivas y las prácticas desleales por ser instituciones que están reguladas en la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado. Por último, se hacen las conclusiones pertinentes.

Capítulo primero

El mercado relevante

Considerando que la determinación del mercado relevante es uno de los pasos previos para establecer si la conducta de un operador económico es anticompetitiva, en este capítulo se explicará qué es el mercado relevante, qué elementos lo componen y los principios básicos para su definición como la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta. Por último, se hará un comentario sobre esta institución jurídico económica.

Para este efecto, se procederá a hacer un análisis de la doctrina que existe en derecho de la competencia, en especial del derecho comunitario europeo, de algunos casos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia relativos a la metodología utilizada en casos en concreto para definir el mercado, y de la normativa ecuatoriana sobre derecho de competencia, todo esto con la finalidad de establecer un marco teórico sobre la institución del mercado relevante.

1. Definición de mercado relevante

En Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante, la “LORCPM”) prescribe que, para efectos de aplicación de las infracciones administrativas establecidas en este cuerpo normativo, en primer lugar, se debe determinar el mercado relevante. El mismo cuerpo normativo nos indica que se debe tomar en consideración el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los vendedores y compradores que participan en el mercado¹. La Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado emitió la Resolución No. 011 (en adelante, la “Resolución”), que indica que el mercado relevante se determina combinando el mercado del producto y el mercado geográfico². De modo que, para definir el mercado relevante, se debe delimitar el conjunto de productos que participan en el mercado, el lugar en donde estos compiten, con la finalidad de establecer quienes son los competidores de un operador económico.

Antes que nada, el mercado relevante es una herramienta analítica que nos asiste en el proceso de determinación de restricciones competitivas en operadores económicos.

¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, Registro Oficial 298, Suplemento, 12 de octubre de 2011, art. 4.

² Ecuador, *Resolución No. 011 (Expídense los métodos de determinación de mercados relevantes de la junta de regulación de la ley orgánica de regulación y control de poder de mercado)* Registro Oficial 952, Suplemento, 21 de noviembre de 2017, art. 4.

De ahí que la definición de mercado relevante provee un marco dentro del cual se puede medir la cuestión crítica si una empresa posee poder de mercado. Además, la definición del mercado relevante permite determinar las restricciones competitivas solo de los competidores actuales, mas no de los potenciales competidores³, aspecto que será analizado más adelante cuando se trate de las concentraciones económicas. Esta primera etapa de análisis se complementa con otros elementos con la finalidad de tener una idea más clara del poder de mercado de los operadores económicos involucrados en una conducta determinada.

El término “mercado” es una palabra polisémica relacionada con el intercambio de bienes y servicios. Por ejemplo, el mercado puede ser considerado como plaza en donde concurren varias personas a comprar los productos básicos de subsistencia o también el mercado de valores en donde existe intercambio de títulos valores y otros instrumentos financieros. Sin embargo, para efectos de derecho de la competencia, el mercado es un conjunto determinado de productos que se encuentran en un espacio geográfico determinado al cual se le realizan una serie de análisis económicos y jurídicos con la finalidad de extraer conclusiones de la existencia de conductas anticompetitivas⁴.

El concepto de mercado relevante es un concepto económico, y en muchos casos puede ser necesario que abogados se valgan de la asistencia de economistas para una correcta delimitación del mercado puesto que el análisis económico y econométrico es altamente sofisticado⁵.

La *Guía sobre infracciones horizontales del Departamento de Justicia de Estados Unidos* indica que el mercado relevante, en primer lugar, ayuda a especificar la línea de comercio y la sección del país en el que surge la preocupación competitiva. En segundo lugar, la definición del mercado permite a las agencias identificar a los participantes del mercado, medir las cuotas de mercado y la concentración del mismo⁶.

Según la *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia* la importancia de la determinación del mercado relevante consiste en delimitar los límites de la competencia entre los operadores económicos, así como establecer el marco dentro

³ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018) 26.

⁴Javier Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia [antimonopolios]* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Temis, 2011) 93.

⁵ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 26.

⁶ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*,

de la cual la autoridad de competencia aplica sus políticas. El principal objetivo es determinar de manera sistemática las limitaciones que tienen las empresas desde el punto de vista de la competencia⁷.

Las autoridades *antitrust* están en la obligación de mantener una competencia efectiva en los distintos mercados. Se habla de “distintos mercados” en virtud de que no todas las empresas que se encuentren en competencia ofrecen los mismos bienes al consumidor. De ahí que la autoridad en primer lugar debe determinar los productos y el área geográfica que se ven afectados por un comportamiento en específico⁸. Para eso resulta fundamental determinar el mercado relevante.

La definición de mercado, desde el punto de vista del producto y geográfico, debe permitir determinar quiénes son los competidores reales de las empresas afectadas, que podrían limitar el comportamiento de dichas empresas o impedirles actuar de cualquier presión consecuencia de una competencia efectiva. Así, la definición permite específicamente calcular las cuotas de mercado que aportan información relevante respecto al poder de mercado para apreciar una posición dominante o una práctica restrictiva⁹.

Establecer el mercado de referencia en esencia implica delimitar el marco dentro del cual se aplica la normativa de competencia respecto a los acuerdos, a los abusos de posición dominante, las concentraciones¹⁰ y en el caso del Ecuador a las conductas de competencia desleal.¹¹ Por eso, el mercado relevante como espacio económico, funcional y territorial, permite valorar el poder económico de los operadores económicos en relación a sus consumidores.¹²

El mercado de referencia nos permitirá medir la posible posición dominante y debe ser delimitado de acuerdo a una serie de criterios que son el geográfico, el temporal y de producto o servicio que permiten diferenciarlo de otros mercados e identificarlo de modo que sea suficientemente autónomo y pueda ser diferenciable de otros mercados. Por

⁷ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, Diario Oficial C 372 de 09 de julio de 1997, núm. 2.

⁸ Luis Ortiz Blanco et al., *Manual de derecho de la competencia* (Madrid: Tecnos, 2008) 38.

⁹ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 2.

¹⁰ Juan Ignacio Signes de Mesa et al., *Derecho de Competencia* (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2013) 85.

¹¹ En Ecuador el legislador incorpora en un mismo cuerpo normativo instituciones relativas al Derecho de Competencia y al Derecho de la Competencia Desleal. Este último es una rama específica del Derecho de la Propiedad Intelectual.

¹² Carlos Fernández Lerga Garralda, *Derecho de la Competencia Comunidad Europea y España* (Pamplona: Aranzandi, 1994) 185.

consiguiente, el mercado relevante es específico, individualizado, distinto y diferenciable de otros mercados.

Desde el punto de vista jurídico, la importancia en su definición es crucial porque la falta de delimitación adecuada del mismo implica la nulidad del procedimiento administrativo sancionador¹³. Este último aspecto fue tratado por la Corte Europea de Justicia en el caso *Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities* que es uno de los procesos más emblemáticos en esta materia. Se acusó a la compañía Continental Can Company de abuso de poder de mercado por haber adquirido a través de la empresa European Ballage Corporation cerca del ochenta por ciento de las acciones de la empresa Thomassen.

En la sentencia, la corte indicó que la delimitación del mercado de referencia es de esencial importancia porque las posibilidades de competencia solo pueden apreciarse en virtud de las características de los productos de referencia que les hagan idóneas para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos¹⁴. Además, se pone de manifiesto que, si la resolución contiene datos que suscitan dudas sobre los mercados, la misma adolece de una incertidumbre fundamental. Por lo tanto, no se puede determinar si existe competencia, efectiva o potencial en el mercado de referencia. En otras palabras, sin la posibilidad de determinar el mercado de referencia no se puede constatar infracciones a la competencia¹⁵. En consecuencia, el tribunal resolvió que la determinación del mercado relevante es de vital importancia y que la falta o indebida determinación del mismo desemboca en la nulidad del proceso administrativo¹⁶.

En el caso *Clearsteam v Commission*, la Corte Europea reiteró su pronunciamiento indicando que

Procede señalar, con carácter previo, que la definición del mercado de producto, en la medida en que implica apreciaciones económicas complejas por parte de la Comisión, sólo puede ser objeto de un control limitado por parte del juez

¹³ Carlos Fernández Lerga Garralda, *Derecho de la Competencia Comunidad Europea y España*, 248.

¹⁴ Judgment of the Court of 21 February 1973. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6-72. *European Court Reports 1973 - 00215*.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ En Ecuador, por ejemplo, en el caso Corporación El Rosado vs. Superintendencia de Control de Poder de Mercado el órgano jurisdiccional decidió declarar la nulidad del acto administrativo sancionador porque no se explicó correctamente la metodología para determinar el mercado relevante. Véase Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. “Sentencia”, en *Juicio No: 09802-2016-00608*, 29 de noviembre de 2016.

comunitario. Sin embargo, el juez comunitario no puede abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico efectuada por la Comisión. Al respecto, debe verificar la exactitud material, la fiabilidad y la coherencia de los elementos probatorios en los que la Comisión ha basado su apreciación, y que tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y sean adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos¹⁷.

Como se afirmó arriba, la delimitación del mercado relevante se la hace tanto desde la demanda como de la oferta. Respecto a la demanda, los productos que integran el mercado deben ser sustituibles desde la perspectiva del consumidor, mientras que en la oferta se debe determinar las empresas que produzcan o puedan producir el producto sin costos mayores¹⁸, es decir, que puedan comenzar a producir el producto sin mayor problema. En consecuencia, se debe tomar en consideración las empresas que producen efectivamente los productos y las empresas que podrían modificar rápidamente las líneas de producción para proveer los productos de referencia en caso de que el precio sea atractivo. En el primer caso las empresas son denominadas vendedoras efectiva y en el segundo, vendedoras potenciales¹⁹.

Ahora bien, es importante analizar si la delimitación del mercado relevante es amplia o estrecha puesto que este aspecto podría producir resultados desiguales para efectos del análisis de competencia. Por regla general, la delimitación no es pacífica porque a medida que se amplíe el mercado, menos probable será encontrar una posición dominante. Es por esto que, una definición amplia o estrecha implica una subestimación o sobreestimación de las cuotas de mercado de las empresas y de la tasa de concentración del mercado²⁰.

En síntesis, el mercado relevante y la determinación del poder de mercado de un operador económico son aspectos trascendentales para la aplicación del derecho de competencia tanto nacional como comunitario. El objetivo del derecho de la competencia no es limitar o restringir la libre competencia sino atender aquellas situaciones en donde

¹⁷ Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 9 September 2009. *Clearstream Banking AG and Clearstream International SA v Commission of the European Communities*. Competition - Abuse of a dominant position - Financial services - Decision finding an infringement of Article 82 EC - Refusal to provide cross-border clearing and settlement services - Discriminatory pricing - Relevant market - Imputability of the infringement. Case T-301/04.

¹⁸ José María Beneyto Pérez, dir., *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España* (Barcelona: Bosch, 2005) 496.

¹⁹ *Ibíd.*, 496.

²⁰ *Ibíd.*

un impacto económico pueda ser constatado de forma efectiva en una situación económica determinada²¹. Por último, la definición de mercado nos permite determinar si un operador económico ostenta una posición dominante, establecer si un acuerdo tiene por efecto prevenir, restringir o eliminar la competencia o verificar si una concentración económica podría tener efectos anticompetitivos.

2. El mercado de producto

El mercado de producto comprende la totalidad de los bienes y servicios que son considerados como intercambiables o sustituibles por los consumidores tomando en consideración sus características, el precio o el uso que se prevea hacer de ellos.²² Las características físicas de un producto son importantes para decidir si los productos son intercambiables. Si los productos son físicamente similares y tienen funciones parecidas, es probable que el consumidor los vea como intercambiables. No obstante, cuando los productos tienen características similares, puede ser posible encontrar formas en que las características particulares los ubiquen en un mercado separado.²³ Conviene poner énfasis en que lo fundamental es verificar cuál es la necesidad que satisface el producto.

La Corte Europea de Justicia, respecto a las características físicas de un producto, en el caso *United Brands v Commission*, señaló que la forma de determinar el mercado de producto se fundamentó en las características específicas del plátano que las singularizaba de otras frutas (naranja y manzana) y en consecuencia determinó que existe baja sustituibilidad por su apariencia, su gusto, su consistencia blanda, el hecho de carecer de pepitas, su fácil manejo y su nivel de producción permanente que permiten satisfacer las necesidades constantes de una categoría importante de la población compuesta de niños, personas de edad y enfermos²⁴. De modo que para probar la sustituibilidad se tiene que demostrar que un número lo suficientemente de consumidores buscarán sustitutos cuando enfrentan un incremento en el precio.²⁵

²¹ Juan Ignacio Signes de Mesa, *Derecho de Competencia*, 86.

²² José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 503.

²³ Barry J Rodger, *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom* (London: Routledge-Cavendish, 2009) 107.

²⁴ Judgment of the Court of 14 February 1978. *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*. Chiquita Bananas. Case 27/76. Para 29, 30, 31.

²⁵ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law. An analytical Guide to the Leading Cases* (Oxford: Bloomsbury Plc, 2016) 38.

El precio de un producto también puede afectar al mercado relevante. Así, puede ser el caso que dos productos cumplan la misma función, aunque el precio de los mismos no sea el mismo. En ese caso, los productos no compiten en el mismo mercado. Por ejemplo, por sentido común, en el mercado de vehículos domésticos es improbable que un Ferrari F40 y Ford Fiesta compitan en el mismo mercado y que sean intercambiables.²⁶

Del mismo modo, el uso del producto se debe tomar en consideración porque un producto puede tener distintos usos, los cuales pueden conformar mercados distintos. Aquí, la diferencia se deriva de la naturaleza de la demanda de los productos por parte de los consumidores.²⁷ Por ejemplo, la Corte Europea de Justicia en el caso *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Comission* señaló que existe ciertas posibilidades de sustitución entre los neumáticos nuevos y los neumáticos recauchutados pero que estas son limitadas en vista de que tanto el uso que se le da a un producto, así como el precio del mismo influyen decisivamente en la determinación del mercado del producto.²⁸ En este caso, el órgano jurisdiccional pone énfasis en el uso y el precio para determinar el mercado relevante a pesar que existe posible sustitución en función de las características del bien.

Si bien estos elementos que acabamos de mencionar (características, uso y precio) son básicos para definir el grado de sustitución de los productos, en la mayoría de los casos la decisión se basa en función de varios criterios y elementos de apreciación.²⁹ Este aspecto fue resaltado por Tribunal de Apelaciones de Reino Unido en el caso *Aberdeen Journals v Director General of Fair Trading*.

El tribunal indicó que el mercado de producto es definido por referencia a los hechos de los casos en particular, teniendo en cuenta todo el contexto económico, que puede incluir notablemente las características objetivas de los productos, el grado de sustituibilidad o intercambiabilidad entre los productos, teniendo en cuenta sus precios relativos y uso previsto, las condiciones competitivas, la estructura de la oferta y la demanda, y las actitudes de los consumidores y usuarios.³⁰ Es decir, no solo toma en consideración las características, el uso y el precio, sino todo el contexto económico.

²⁶Barry J. Rodger, *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, 83.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Judgment of the Court of 9 November 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. Abuse of a dominant position - Discounts on tyre purchases*. Case 322/81. Para 49.

²⁹ Luis Ortiz Blanco, *Manual de Derecho de la Competencia*. 38.

³⁰ Competition Appeal Tribunal, *Aberdeen Journals Limited v Director General of Fair Trading* 1005/1/1/01 (2004) Comp AA 167. Para 96.

El tribunal también indicó que esta lista de verificación no es ni fija ni exhaustiva, ni todos los elementos mencionados en la jurisprudencia son necesariamente obligatorios en todos los casos. Cada caso dependerá de sus propios hechos, y es necesario determinar si los productos en cuestión compiten de manera suficiente entre sí para que se considere sensiblemente que están en el mismo mercado. La idea clave es verificar si los otros productos que supuestamente forman parte del mismo mercado actúan como una restricción competitiva en la conducta de la empresa supuestamente dominante.³¹

La Comunicación de la Comunidad Europea coincide en este aspecto pues indica que las características y los usos de los productos no son suficientes para concluir que dos productos son sustitutos porque la reacción de los consumidores a una variación de precios puede darse en función a otros factores.³²

Estos elementos adicionales que la Comisión considera válidos para determinar el grado de sustituibilidad son:

- (i) Casos reales de sustitución entre dos productos en donde se analiza la reacción de los clientes en función a las cantidades demandadas de un producto determinado ante variaciones de los precios que tuvieron lugar en el pasado.
- (ii) Ensayos cuantitativos que se basan en enfoques econométricos y estadísticos relacionados a la elasticidad de la demanda de un producto, la similitud de niveles de precios o la convergencia de estos.
- (iii) Opiniones de clientes y consumidores de donde se puede obtener información respecto a los operadores con la finalidad de tener una visión clara de las dimensiones del mercado.
- (iv) Preferencias de los consumidores, quienes pueden ser consultados sobre la existencia de los productos sustitutivos, además de tomar en cuenta estudios de mercado relativos a actitudes y hábitos de consumo de los clientes.
- (v) Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos³³.

³¹ *Ibíd.*, para 97.

³² Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 36.

³³ Luis Ortiz Blanco, *Manual de Derecho de la Competencia*, 40.

La Corte Europea de Justicia en el caso *Hoffman-La Roche Co v Comission* señaló el concepto de mercado relevante implica, en efecto, que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado.³⁴

En Ecuador, la Resolución No. 11 indica que el mercado de producto o servicio comprende, al menos, el producto o servicio de la conducta investigada y sus sustitutos e incorpora las características, el precio y el uso de los productos como categorías para determinar intercambiabilidad de los productos.³⁵ El legislador hace bien al incorporar estos elementos como criterios cualitativos de análisis en virtud de que, en efecto, permiten verificar el grado de sustituibilidad del producto de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso.

Este instrumento normativo regula algunos elementos adicionales para determinar el mercado de producto. Por ejemplo, la resolución se refiere al marco temporal y estacional, y a los mercados secundarios. El marco temporal es el periodo en donde se produce un intercambio productivo y comercial del producto en el cual los operadores pueden ejercer el poder de mercado, mientras que el mercado estacional es el periodo en donde se observa un comportamiento cíclico y predecible de la oferta, la demanda o la dinámica competitiva dentro del mercado del producto o servicio.³⁶

Los mercados secundarios, en cambio, comprenden aquellos bienes o servicios diseñados para ser utilizados como complemento del producto o servicio investigado. Para determinar estos mercados secundarios se debe tomar en consideración la participación del bien secundario en el precio del producto o servicio investigado, el grado de reemplazo del bien o servicio secundario y la sofisticación de los clientes.³⁷ Asimismo, se debe considerar la opinión de los clientes y competidores en cuanto a la sustitución del producto, las preferencias de los consumidores o usuarios, la categoría de clientes, los obstáculos y los costos para el desplazamiento de la demanda hacia sustitutos.³⁸

3. Principios básicos para la definición del mercado relevante

³⁴ Judgment of the Court of 13 February 1979. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities Dominant position*. Case 85/76. Para 28.

³⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 5.

³⁶ Ecuador, *Resolución No. 011*, art. 14.

³⁷ *Ibíd.*, 15.

³⁸ *Ibíd.*, art. 15-19.

En este apartado se analizarán los principios básicos para la definición del mercado relevante. De acuerdo a la Comisión, las empresas están sometidas a tres tipos de presiones en materia de competencia: la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial. Desde una perspectiva estrictamente económica, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz para restringir el comportamiento de los suministradores de un producto y en consecuencia para definir el mercado relevante.³⁹ La comunicación de la Comisión se enfoca principalmente en la sustituibilidad de la demanda⁴⁰. No obstante, tanto la sustituibilidad de la demanda como de la oferta tienen que ser consideradas para definir el mercado relevante. Cuando se trata de evaluar el poder de mercado de una empresa se debe considerar adicionalmente tres factores: las cuotas de mercado, las barreras de entrada y el poder de negociación de la demanda⁴¹ que serán explicadas en más adelante cuando se trate el mercado relevante en las conductas de abuso de poder de mercado.

La Resolución No. 011 establece que el análisis de la sustitución del lado de la oferta y del lado de la demanda son los métodos preferido para determinar los mercados relevantes.⁴² Además, la resolución indica que es obligatorio utilizar por lo menos un método cuantitativo para la sustituibilidad de la oferta, así como de la demanda.⁴³

3.1.Sustituibilidad de la demanda

La sustituibilidad de la demanda es el medio más idóneo para condicionar el comportamiento de un suministrador de un producto en virtud de que las empresas están impedidas de influir en las condiciones de venta en caso de que los clientes puedan recurrir a otros productos sustitutos o a otros suministradores que se encuentran en otro lugar. Por lo tanto, para definir un mercado se deben identificar las fuentes reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas ya sea tanto para los productos o servicios como para la situación geográfica.⁴⁴

³⁹ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 13.

⁴⁰ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law Text, cases, and materials* (Oxford: Oxford University Press, 2016) 60.

⁴¹ Rubén Bahamonde Delgado, “El Poder de Mercado y su relevancia en el Derecho de la Competencia Europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº. 17 (2013): https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12527/AD_17_2013_art_24.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴² Ecuador, *Resolución No. 011*, art. 5,

⁴³ *Ibíd.*, art. 6.

⁴⁴ José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 498.

La sustituibilidad de la demanda busca identificar los productos que el consumidor considera como sustitutos. Para este efecto, se aplica un método que busca estimar la reacción sustitutiva por parte de los consumidores ante cambio en los precios relativos.⁴⁵ Es decir, se busca incluir otros productos y zonas distintos a las empresas afectadas si la competencia afecta a la estrategia de fijación de precios.

De ahí que, se busca verificar si los clientes están dispuestos a pasar a productos sustitutivos que se encuentran fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otra zona, en respuesta a un incremento hipotético permanente (del 5% al 10%) de los precios relativos. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable por la reducción que resulta de las ventas, se considerarán parte del mercado relevante los otros productos sustitutivos y las zonas hasta que resulte previsiblemente rentable para las empresas afectadas un pequeño incremento permanente de los precios relativos.⁴⁶

Este método se conoce como el Test del Monopolista Hipotético o también como prueba del SSNIP (*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*). En primer lugar, se identifican los productos fabricados y vendidos por las empresas que tienen relación con la conducta anticompetitiva, después se analiza qué ocurriría en caso de que existiera un solo oferente del producto (es decir, un monopolista hipotético) y si este impusiera una subida pequeña pero no transitoria de precios. Si la subida, genera que gran parte de los compradores adquieran otros productos, se incluirá en el mercado relevante del primer producto al que se haya mostrado como mejor sustituto del mismo. El proceso continuará hasta que se identifique un grupo de productos tal que, si únicamente existiera un único oferente de los mismos, el mismo estaría en condiciones de imponer de forma rentable un incremento significativo y pequeño de los precios puesto que no corre riesgo de que su demanda se desplace a otro producto.⁴⁷

Es menester indicar que el método del monopolista hipotético o SSNIP fue aplicado por primera vez por las autoridades *antitrust* de los Estados Unidos de América⁴⁸ y se ha convertido en el paradigma mundial para la definición de mercado relevante.⁴⁹

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 503.

⁴⁹ *Ibíd.*, 499.

La Comunicación de la Comisión Europea en los mismos términos indica que el análisis de la sustituibilidad de la demanda implica establecer la serie de productos que el consumidor considera como sustitutos. Para llegar a esta determinación, se debe realizar un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación.⁵⁰ Consecuentemente, para determinar la sustituibilidad de la demanda la cuestión que debe resolverse es si los clientes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos.⁵¹

La Corte Europea de Justicia respecto al test SNNIP en el caso *France Telecom SA v Comisión*, determinó que, si el aumento del precio de un bien o servicio no conlleva a que un alto porcentaje de abonados no abandone al proveedor, entonces, no existe sustitución de la demanda, en los siguientes términos:

una encuesta realizada por cuenta de la Comisión y presentada por WIN como anexo a su demanda muestra que, en caso de aumento del precio de la alta velocidad entre un 5 y un 10 %, el 80 % de los abonados a la alta velocidad conservaría su abono. Pues bien, en virtud del punto 17 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (véase el apartado 87 supra), este alto porcentaje de abonados que no abandonaría la alta velocidad en caso de aumento del precio entre un 5 y un 10 % constituye un gran indicio de la falta de sustitución del lado de la demanda.⁵²

⁵⁰ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 25.

⁵¹ *Ibíd.*, núm. 17.

⁵² Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber, extended composition) of 30 January 2007. *France Télécom SA v Commission of the European Communities*. Competition - Abuse of a dominant position - Market for services in high-speed Internet access - Predatory pricing. Case T-340/03. Para 90.

Si bien el Test del Monopolista Hipotético es el más utilizado, al momento de hacer el examen, se debe de tener cuidado de no caer en la falacia del celofán que se presenta cuando el test no puede identificar si el precio actual ya es un precio de monopolio que es resultado del ejercicio del poder de mercado. Por lo tanto, el mercado se define de forma indebidamente amplia. En casos de abuso de dominio es apropiado basarse en un amplio rango de métodos para determinar el mercado y eliminar falsos sustitutos.

La falacia del celofán es una deficiencia significativa en el proceso de definición del mercado. El riesgo de distorsión en el análisis puede surgir incluso por debajo de los niveles de dominio, cuando existen niveles más limitados de poder de mercado. Por consiguiente, la conclusión sobre la elasticidad de la demanda debe tratarse con cautela cuando se utiliza para delimitar el mercado. Así, la determinación del mercado relevante es considerada como marco analítico valioso pero se debe ser prudente y abstenerse de atribuirle límites rígidos.⁵³

La falacia del celofán tiene origen en el caso *United States v. E.I. du Pont de Nemou* en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos aparentemente determinó el tamaño del mercado relevante, según lo definido por el número y la disponibilidad de sustitutos, con referencia a un precio supracompetitivo en lugar del precio competitivo más bajo. Como resultado, el Tribunal sostuvo que el demandado no tenía poder de mercado cuando en realidad tenía importante poder de mercado. El error analítico que produce esta falacia es el hecho de no contar con el poder de mercado que un operador económico ya ha ejercido (al elevar su precio por encima del nivel competitivo) y, en cambio, contar solo con el poder de mercado que la empresa aún no tiene.⁵⁴ En resumen, esta falacia se comete cuando se asume que el precio de mercado es el precio competitivo pero en los hechos esta situación no es así.

Se debe agregar también que el Test del Monopolista Hipotético no es eficaz en todas las situaciones. En particular, algunos mercados con características específicas requieren ciertas adaptaciones del Test del Monopolista Hipotético debido a que es difícil medir sus límites o en donde la naturaleza de la competencia lleva a cuotas de mercados que son indicadores débiles del poder de mercado. Por ejemplo, mercados de discriminación de precios, mercados de accesorios, los clústeres económicos, mercados

⁵³ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law. An analytical Guide to the Leading Cases*, 35.

⁵⁴ Gene C Schaerr. "The Cellophane Fallacy and the Justice Department's Guidelines for Horizontal Mergers", *The Yale Law Journal* 94, no. 3 (1985): 670-93. doi:10.2307/796239. 25.

con productos diferenciados, los mercados de licitación, los mercados bilaterales y los mercados dinámicos e innovadores.⁵⁵

Este último tipo de mercado se caracteriza por una competencia dinámica y fluida sustituibilidad, en donde las amenazas a los productos existentes provienen de la innovación. La suposición implícita que subyace el Test del Monopolista Hipotético es que los productos compiten basados en el precio. Por lo tanto, concentrarse en el precio hipotético antes que en las presiones competitivas que se derivan de la innovación de los productos podría llevar a la identificación de mercados demasiado estrechos in industrias dinámicamente competitivas.⁵⁶ Por esa razón, se sostiene que se debe minimizar la importancia de la definición de mercado en estos mercados y la excesiva dependencia en las cuotas de mercado debe evadirse.⁵⁷ La Comisión Europa incluso aboga por disminuir el énfasis en la definición de mercado y enfocarse en las teorías del daño y la identificación de estrategias anti-competitivas.

Por otra parte, algunos mercados digitales son también mercados multilaterales (*multi-side markets*). Estos mercados se componen de empresas que tienen que competir simultáneamente por uno o más grupo de consumidores, y podría ser necesario subsidiar a los clientes o incluso proveer productos o servicios gratis. El problema de la aplicación del Test del Monopolista Hipotético es que, si se aplica el método a una sola parte del mercado, el resultado podría llevar a una incorrecta o muy estrecha definición.

La normativa ecuatoriana en la Resolución No. 011 prescribe que la sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis y establece las metodologías para realizar el análisis de la sustitución de la demanda que son la prueba del monopolista hipotético o SSNIP, la medida de elasticidad precio de la demanda o elasticidad propia, la elasticidad precio cruzado de la demanda y la prueba de correlación de precios.⁵⁸

En relación al SSNIP, la resolución indica que consiste en realizar un ejercicio que suponga un operador económico actuando como único competidor (monopolista hipotético), y analizando la reacción de los consumidores frente a una variación positiva, pequeña y no transitoria de los precios de sus bienes o servicios. Por consiguiente, si dicho

⁵⁵ OECD, “Market definition”, *POLICY ROUNDTABLES*, 2017, 45.

⁵⁶ Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne, *EU Competition Law Text, cases, and materials* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 120

⁵⁷ *Ibíd.*, 120.

⁵⁸ Ecuador, *Resolución No. 011*, arts. 7-10.

incremento de precio, que puede ser entre 5% y 10%, resulta rentable para el operador económico, se entiende que no existen otros bienes o servicios que puedan sustituir la demanda atendida por dicho operador, y los productos o servicios ofertados por éste comprenden un único mercado de producto o servicio. Por otra parte, si el incremento de precio no resulta rentable para el operador económico, se entiende que existen otros bienes o servicios que pueden sustituir la demanda atendida por el operador, y es necesario expandir su canasta de productos o servicios antes de repetir la prueba.⁵⁹

Se debe agregar que la Resolución No. 11 también establece otras pruebas para analizar la sustituibilidad de la demanda. Por ejemplo, se puede utilizar la elasticidad precio de la demanda o elasticidad propia que es una medida de la sensibilidad de la demanda de un producto o servicio frente a variaciones del precio de dicho producto o servicio.⁶⁰ Asimismo, se puede utilizar la elasticidad precio cruzado de la demanda que es una medida de la sensibilidad de la demandada de un producto o servicio frente a variaciones del precio de otro producto o servicio.⁶¹ Por último, también se puede recurrir a la prueba de correlación de precios que permite verificar si los precios de dos o más bienes que pertenecen al mismo mercado varían en el mismo sentido a través del tiempo.⁶²

Finalmente, se debe manifestar que la idea que sustenta el análisis del mercado relevante es simple puesto que se busca determinar la intercambiabilidad de bienes y servicios los unos con los otros. Sin embargo, en la práctica medir la intercambiabilidad de un bien puede llevar a problemas considerables por varias razones. Por ejemplo, la falta de información sobre el mercado o la falsa, incompleta o deficiente información sobre el mismo. La información incluso puede ser interpretada de varias formas. Por esa razón, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que la Comisión tiene un margen amplio para medir aspectos económicos tales como el mercado relevante. De modo que, es obligación de las cortes determinar si la evidencia utilizada por la Comisión es adecuada de acuerdo los hechos y capaz de sostener las conclusiones de la misma.⁶³

3.2. Sustituibilidad de la oferta

En algunos casos, las autoridades de competencia intentan afinar el análisis del mercado de producto e investigan si existen fabricantes de otros productos que fácilmente

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Ecuador, *Resolución No. 011*, art. 8.

⁶¹ *Ibíd.*, art. 9.

⁶² *Ibíd.*, art. 10.

⁶³ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 29.

pueden pasar a ofertar el producto en cuyo mercado se intenta delimitar. La importancia de este análisis radica en determinar si en un breve periodo de tiempo y sin inversiones significativas, los fabricantes de otros productos tienen la posibilidad de comenzar a fabricar el producto en análisis. Así, se podría asignar un poder de mercado menor a los fabricantes actuales del producto en caso que la versatilidad de los otros fabricantes no existiera.⁶⁴

Cuanto mayor sea la estimación que se haga de la sustituibilidad desde la perspectiva de la oferta, más amplio será considerado el mercado de producto analizado. Por esa razón, esta modalidad debe realizarse con la máxima prudencia tomando en consideración a los competidores potenciales de los cuales se espera razonablemente su entrada sin grandes costes en el mercado. Esta modalidad de análisis tiene una serie de dificultades prácticas por lo que las autoridades no se han aproximado de forma reiterada al mismo⁶⁵.

La Comunicación de la Comisión Europea indica que la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta para definir mercados en el caso de que sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Este aspecto se verifica en el caso que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos.⁶⁶ Este análisis ha sido utilizado en pocas ocasiones por parte de la Comisión Europea cuando sea han cumplido los requisitos mencionados.⁶⁷

Como se manifestó, en el caso *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, la Corte Europea de Justicia declaró la nulidad de la resolución no solo porque la determinación del mercado no estaba basada en hechos sino también porque no tomó en consideración la posible entrada de otros competidores quienes podrían haber proveído con productos sustitutos por simple adaptación⁶⁸. La Corte indicó en este caso que una posición dominante no puede ser decisiva mientras no se demuestre que los competidores en otros sectores del mercado de

⁶⁴ José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 501.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 20.

⁶⁷ José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 501.

⁶⁸ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law. An analytical Guide to the Leading Cases*, 35.

los envases metálicos ligeros no pueden, mediante una simple adaptación, operar en dicho mercado con la fuerza suficiente para constituir un contrapeso serio.⁶⁹

En el caso *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Comission* la Corte señaló que el hecho de que la modificación de las instalaciones de producción necesaria para producir neumáticos ligeros en lugar de neumáticos pesados, o viceversa, requiera un plazo y unas inversiones considerables hace que no existan relaciones significativas entre ambos grupos de productos que permitan adaptarse en cada momento a la situación de la demanda en el mercado.⁷⁰ No existe sustituibilidad en virtud de que no existe una relación entre los dos tipos de productos debido a los factores tiempo e inversión.

En el caso ecuatoriano, la Resolución No. 011 indica que la sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, los potenciales competidores, quienes, ante incrementos en precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos.⁷¹

Para analizar la sustituibilidad de la oferta la resolución requiere que se utilice al menos una de las siguientes pruebas. Se puede usar la Prueba de Sustitución de la oferta o SSS que consiste en evaluar el cumplimiento de condiciones que evidencian la existencia de potenciales competidores desde el punto de vista de la oferta.⁷² Igualmente, se puede utilizar la Prueba de Sustitución Casi Universal o NUS que consiste en establecer si la sustitución de la oferta se aplica a todos los operadores económicos que actualmente producen los bienes o servicios ofertados por el potencial competidor definido por la primera prueba.⁷³

En conclusión, la sustituibilidad de la oferta implica analizar si los proveedores de los bienes o servicios tienen la posibilidad de fabricar y comercializar los productos de referencia, sin mayores costos. Para este efecto, se pueden utilizar las herramientas establecidas para el análisis de la sustituibilidad de la demanda, así como dos pruebas

⁶⁹ Judgment of the Court of 21 February 1973. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6-72. Par. 33.

⁷⁰ Judgment of the Court of 9 November 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Abuse of a dominant position - Discounts on tyre purchases. Case 322/81. Par. 41.

⁷¹ Ecuador, *Resolución No. 011*, art. 11.

⁷² *Ibíd.*, art. 12.

⁷³ *Ibíd.*, art. 13

específicas que son la Prueba de Sustitución de la Oferta y la Prueba de Sustitución Casi Universal.

3.3. Competencia potencial

La competencia potencial es otro elemento que se utiliza para determinar el mercado de producto. Sin embargo, por regla general no es examinada, en el caso de la Unión Europea, para delimitar el mercado relevante porque las condiciones de la misma dependen de varios factores y circunstancias relacionadas con las condiciones de acceso al mercado. En caso de requerirse este examen, este se realiza cuando se ha determinado la posición de las empresas que participan en el mercado relevante.⁷⁴

La Comunicación de la Unión Europea indica que la competencia potencial no se tiene en consideración para la definición de los mercados en virtud de que la misma depende del análisis de circunstancias específicas relacionadas con las condiciones de acceso al mercado. En caso de considerarse necesario este análisis se lo realiza de forma posterior una vez que se haya establecido la posición de las empresas que participe en el mercado de referencia y si la misma plantee problemas desde el punto de vista de la competencia.⁷⁵ En el caso ecuatoriano, la resolución indica que la prueba de sustitución de la oferta o SSS es el criterio que permite evaluar el cumplimiento de condiciones que determinen la existencia de potenciales competidores desde la perspectiva de la oferta.⁷⁶

4. El mercado geográfico

La definición geográfica del mercado geográfico puede ser local, regional, nacional, supranacional (el caso de las normas de competencia comunitarias) e incluso mundial. El mercado geográfico es aquella zona en donde las condiciones objetivas de competencia del producto son similares para todos los operadores económicos. Este particular no implica que las condiciones sean exactamente las mismas, sino que las diferencias no sean capaces de obstaculizar el acceso a ciertas partes del mercado a los operadores económicos que operan en distintas áreas del mismo.⁷⁷

⁷⁴ José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 503.

⁷⁵ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 24.

⁷⁶ Ecuador, *Resolución No. 011*, art. 13.

⁷⁷ Luis Ortiz Blanco, *Manual de Derecho de la Competencia*, 48.

La Comisión de la Comunidad Europea indicó que el mercado geográfico comprende la zona en la que los operadores económicos afectados desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y además pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquellas.⁷⁸

En este sentido, en primer lugar, se obtiene una idea sobre las dimensiones del mercado geográfico en función de las indicaciones generales respecto a la distribución de las cuotas de mercado de las partes y sus competidores, así como de un análisis preliminar de la fijación y diferencia de precios a escala nacional.⁷⁹

Para este efecto, se debe determinar los motivos que determinan la configuración de precios y las cuotas de mercado. En algunos casos, las empresas tienen altas cuotas de mercado debido a su importancia en el pasado. Por lo tanto, la hipótesis de trabajo inicial se contrasta con un análisis de las características de la demanda tomando en consideración la importancia de las preferencias nacionales o locales, hábitos de compra de los consumidores diferenciación de productos entre otros aspectos para determinar si empresas de distintas zonas constituyen una fuente real de suministro alternativo para los consumidores. El fundamento teórico está en determinar si los consumidores transferirán sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar a corto plazo y a un costo menor.⁸⁰

En caso de ser necesario se analiza nuevamente los factores de la oferta que implica un análisis de las condiciones de acceso a canales de distribución, los costes relativos al establecimiento a una red de distribución y la existencia o ausencia de obstáculos reglamentarios vinculados a la contratación pública, las regulaciones de precio, los contingentes o derechos de aduana, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas entre otras más. En síntesis, se busca determinar los obstáculos que protegen a los operadores económicos en una zona determinada contra la presión de empresas competitivas localizadas fuera de dicha zona.⁸¹

⁷⁸ Comisión Europea, *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*, núm. 8.

⁷⁹ *Ibíd.*, núm. 28.

⁸⁰ *Ibíd.*, núm. 29.

⁸¹ *Ibíd.*, núm. 30.

La Comisión Europea en el caso *Bertelsamn/Springer/JV* pone de relevancia la existencia de otros mercados geográficos para efectos del análisis de una conducta anticompetitiva.

La investigación de la Comisión en este caso ha demostrado que la estructura de la oferta y la demanda de servicios de impresión en huecograbado en Alemania difiere considerablemente de la situación en la mayoría de los demás países europeos. Debido a la gran capacidad de impresión en huecograbado disponible en Alemania, que representa casi el 50% de la capacidad total instalada en la UE14, existen considerables exportaciones de servicios de impresión, en particular a Francia y el Reino Unido. Por el contrario, los clientes alemanes compran servicios de impresión en huecograbado en el extranjero solo en una medida bastante limitada. Sin embargo, la cantidad y el volumen de trabajos de impresión manejados por impresoras de huecograbado extranjeros para clientes alemanes varía entre los diferentes mercados de productos descritos anteriormente.⁸²

La Resolución No. 11 indica que el mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas en donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto o servicio relevante.⁸³ La importancia de determinar el mercado geográfico esta en verificar si si los clientes, a corto plazo y a un costo insignificante, transferirían sus pedidos a empresas que están ubicadas en otro lugar en caso de existir una variación de precios.⁸⁴

La resolución establece algunos criterios para definir el mercado geográfico. Por una parte, se pueden utilizar las pruebas referidas en los artículos 7 al 10 de la resolución, solo que en lugar de utilizar productos o servicios se utilizan zonas geográficas. Por otra, se puede utilizar criterios específicos como la prueba de Elzinga – Hogarty, la prueba de costos de transporte, y la prueba de los isócronos.⁸⁵

La prueba de Elzinga – Hogarty consiste en evaluar los flujos comerciales entre zonas geográficas preestablecidas. De modo que, si en una zona geográfica se reporta poco o escaso flujo comercial hacia otras zonas, se puede concluir en base a la evidencia que

⁸² European Union. Case. No COMP/M.3178. *œ. Bertelsmann. /. Springer/JV.*

⁸³ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, Registro Oficial 298, art. 3.

⁸⁴ José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 504.

⁸⁵ Ecuador, *Resolución No. 011*, art. 21-23.

esa zona es un mercado geográfico por sí mismo.⁸⁶ La prueba de costos de transporte consiste en analizar la magnitud de los costos de transporte entre las zonas geográficas relacionadas a la distribución del producto materia de análisis. Así, si los costos son bajos en comparación al precio del bien investigado, se evidencia que el comercio entre estas zonas es factible y que en consecuencia las zonas son parte del mismo mercado geográfico. Por último, la prueba de los isócronos consiste en evaluar la similitud de los costos que perciben los consumidores o usuarios de zonas geográficas relacionadas a la compra del producto materia de análisis. Si los costos son similares en distintas zonas, existe evidencia de que estas zonas están dentro del mismo mercado geográfico.

La resolución, al igual que la guía de la Comisión Europea, establece elementos adicionales a considerar para la definición del mercado geográfico. En particular, se debe considerar las características básicas de la demanda tales como la preferencia de los consumidores por la producción local, la preferencia de los consumidores por la marca o signos distintivos del bien investigado, el idioma la cultura y el estilo de vida, así como la necesidad de un operador económico local en la mente de los consumidores o usuarios.⁸⁷ Por último, la resolución indica que existen obstáculos que deben ser considerados tales como los costos de acceso a la red de distribución en una zona determinada, los obstáculos reglamentarios existentes, los derechos aduaneros diferenciados y los costos de oportunidad del cambio del sistema de abastecimiento.⁸⁸

En síntesis, el mercado geográfico es aquel espacio en donde otros operadores económicos realizan actividades de abastecimiento de productos y prestación de servicios donde las condiciones de competencia son similares y a la vez distinguibles de otros espacios aledaños. La finalidad de establecer el mercado geográfico es verificar si los clientes transferirán sus pedidos a otras empresas ubicadas en otro lugar cuando exista una variación en los precios relativos.

Por último, otro aspecto que es necesario mencionar es la calidad temporal del mercado. Las condiciones competitivas pueden variar de temporada en temporada ya sea por el clima o los hábitos de los consumidores. Una empresa puede encontrarse a condiciones competitivas en un punto del año, pero puede ser efectivamente libre de estas condiciones en otro punto. En esta situación, por ejemplo, una empresa podría tener poder

⁸⁶ *Ibíd.*, art. 21.

⁸⁷ *Ibíd.*, art. 24.

⁸⁸ *Ibíd.*, art. 38.

de mercado en un periodo de tiempo específico.⁸⁹ La Corte Europea de Justicia en el caso *United Brands v Comisión* indicó que existió evidencia que la demanda de plátanos fluctuaba de temporada en temporada. Por ejemplo, en verano la demanda de plátanos bajaba. Por lo tanto, este hallazgo determinó que la empresa no tenía poder de mercado durante los meses de verano.⁹⁰ En este mismo sentido, la Resolución No. 11, cuando se refiere a los elementos adicionales del mercado de producto, indica que se debe tomar en consideración la temporalidad y la estacionalidad bajo las cuales funciona el mercado como se ha explicado anteriormente.

5. Barreras de entrada y expansión

Las cuotas de mercado no indican por qué una firma tiene una cuota de mercado alta ni proveen información sobre la competencia potencial. Solo indican el estado actual de la competencia. Una firma no puede establecer precios monopólicos si otras firmas pueden entrar libremente al mercado y competir con ella. Los precios excesivos indican a los demás que la entrada al mercado es rentable. Para determinar si una firma tiene o no poder de monopolio se tiene que verificar si es vulnerable a nuevos participantes. Esto depende de las barreras de entrada. Una firma puede ejercer poder de mercado por un periodo significativo solo si existen barreras de entrada.⁹¹

Las barreras de entrada son relevantes en todos los tipos de casos de competencia que no constituyan conductas anticompetitivas *per se*. Son necesarias para evaluar conductas que constituyen abuso de posición de dominio porque permiten determinar si una conducta unilateral podría disuadir a las nuevas empresas de participar en un mercado. Además, permiten analizar los probables efectos competitivos de las fusiones. En particular, permiten analizar si una fusión aumentará sustancialmente el grado de concentración. En este caso, las barreras de entrada son importantes porque la competencia no se reducirá si nuevas empresas son capaces ingresar fácil, rápida y significativamente. Por último, la presencia de barreras de entrada sustanciales son necesarias para demostrar que una cuota de mercado alta se traduce en poder de mercado en casos de monopolización y abuso de posición dominante.⁹²

⁸⁹ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 40.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne, *EU Competition Law Text*, 125-126.

⁹² OECD, "Competition and Barriers to Entry", *Policy Brief*, January 2017, 2.

En términos generales, se podría decir que una barrera de entrada es algo que impide u obstaculiza la aparición de una competencia potencial que, de otro modo, limitaría a la empresa establecida. Por otro lado, una barrera a la expansión es algo que impide o dificulta que un competidor existente expanda la producción.⁹³ Existe un debate teórico acerca de qué se debe entender como barrera de entrada⁹⁴. No obstante, lo que importa en los casos reales de competencia no es si un impedimento satisface tal o cual definición, sino más bien las cuestiones prácticas de cuándo y en qué medida es probable que se produzca la entrada.⁹⁵

En síntesis, las barreras de entrada juegan un papel importante en una amplia variedad de asuntos de competencia porque son vitales para el análisis del poder de mercado. Las barreras de entrada pueden retrasar, disminuir o impedir por completo el mecanismo habitual del mercado para controlar el poder del mercado: la atracción y llegada de nuevos competidores.⁹⁶

Ahora bien, las barreras de entrada pueden ser estructurales o estratégicas. Las barreras estructurales tienen más que ver con las condiciones básicas de la industria tales como los costos, la demanda y la tecnología, antes que con ciertas conductas de las empresas establecidas. Las barreras estructurales pueden existir debido a condiciones tales como las economías de escala, altos costos de capital, los efectos de red, la información, las barreras legales o regulatorias⁹⁷, las barreras de salida, la integración vertical, entre otras.⁹⁸ En algunos casos, es posible cuantificar este tipo de barreras porque se sabe de antemano cuánto costará construir una planta eficiente o comprar los insumos necesarios.⁹⁹

Las barreras estratégicas, por el contrario, son creadas o reforzadas intencionalmente por empresas establecidas en el mercado con el propósito de disuadir la entrada de otras empresas. Estas barreras pueden surgir de ciertos comportamientos tales como los precios predatorios, sobreinversión intencional en capacidad y costos hundidos, diferenciación de productos y publicidad, ventas atadas, acaparamiento de patentes, los acuerdos de exclusividad, entre otros¹⁰⁰. Puede ser más difícil de medir las dificultades

⁹³ Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne, *EU Competition Law Text*, 126.

⁹⁴ *Ibíd.*, 126

⁹⁵ OECD, “Competition and Barriers to Entry”, *Policy Brief*, 1

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ En octubre de 2020 la Superintendencia de Control de Poder de Mercado emitió una Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas.

⁹⁸ Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne, *EU Competition Law Text*, 130-131.

⁹⁹ OECD, “Competition and Barriers to Entry”, *Policy Brief*, 3

¹⁰⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne, *EU Competition Law Text*, 131-134

que tal comportamiento impone a los potenciales participantes antes que medir las barreras estructurales.¹⁰¹

Por otra parte, ciertos impedimentos pueden caer en cualquiera de estas categorías, dependiendo de los hechos particulares del caso. Por ejemplo, las barreras legales o regulatorias podrían considerarse estructurales o estratégicas dependiendo de si las empresas establecidas desempeñaron un papel en persuadir al gobierno para que las creara. De manera similar, los costos hundidos suelen ser estructurales, aunque podrían considerarse estratégicos si las empresas establecidas son responsables de crearlos o mejorarlos.

Los costos hundidos son inversiones que no pueden ser recuperadas una vez que están en el mercado. No se pueden recuperar, incluso si la empresa que invirtió en ellos cierra. Los costos hundidos, conjuntamente con las barreras regulatorias, son considerados como una de las dos fuentes principales de barreras de entrada porque están involucrados en muchos otros factores que pueden impedir la entrada.¹⁰²

6. Críticas a la definición del mercado relevante

El siguiente aspecto trata de las críticas que existen a la definición del mercado relevante. Estas críticas provienen esencialmente del *antitrust law*, el derecho de competencia de los Estados Unidos de América y tienen una naturaleza esencialmente económica. Por ejemplo, Louis Kaplow, sostiene que, en la mayoría de regímenes de competencia, el poder de mercado, juega un papel fundamental porque es un componente central para evaluar concentraciones horizontales, abuso de posición de dominio y es significativo para analizar varios acuerdos horizontales tales como los *joint ventures*. No obstante, no tiene un papel central cuando se trata de una fijación de precios y prácticas relacionadas.¹⁰³

En varios casos sobre derecho de competencia, el factor decisivo (por regla general) es el grado de poder de mercado existente o la medida en que este se incrementa como consecuencia de la practica bajo escrutinio como una práctica restrictiva o una fusión horizontal.¹⁰⁴ El poder de mercado se infiere a través de las cuotas de mercado y

¹⁰¹ OECD, "Competition and Barriers to Entry", *Policy Brief*, 3

¹⁰² Thomas Ross, "Costs and the Entry Decision," *Journal of Industry, Competition and Trade*, Bank Papers 4 , 79 - 80 (2004)

¹⁰³ Louis Kaplow, "Market definition, market power", *International Journal of Industrial Organization* 43 (2015): 149, doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.05.001.

¹⁰⁴ Louis Kaplow, "'WHY (EVER) DEFINE MARKETS?", *Harvard Law Review* 124, no. 2 (2010): 438, <http://www.jstor.org/stable/25763013>.

el método más común para determinar el grado de poder de mercado y verificar si un operador puede elevar el precio de manera rentable a través de la definición de mercado relevante.¹⁰⁵

Ahora bien, Kaplow indica esencialmente que en el proceso de determinación del mercado relevante (i) no existe una forma adecuada de inferir el poder de mercado a partir de las cuotas de mercado en un mercado redefinido, es decir, de bienes no homogéneos, y (ii) que es imposible determinar qué definición de mercado es superior sin haber formulado previamente una mejor estimación del poder de mercado, de modo que el ejercicio sea vuelve inútil. Aun peor, señala Kaplow, el poder de mercado que se infiere una vez que elegido el mercado relevante proporciona un indicador menos preciso que la estimación que se tuvo que emplear para elegir el mercado correcto en primer lugar.¹⁰⁶

En el primer caso, el autor indica que las cuotas de mercado son relevantes para inferir el mercado en un mercado de bienes homogéneos de acuerdo a un parámetro económico que relaciona el poder de mercado de una firma dominante a través de su cuota de mercado, la elasticidad de la demanda y la elasticidad de la oferta de sus rivales. No obstante, este método es válido en un mercado de bienes homogéneos. Cuando se redefine los mercados para incluir los sustitutos imperfectos, como ocurre en la práctica común, se necesita un nuevo mecanismo para traducir las cuotas de mercado en poder de mercado. La única forma correcta de hacer esto requiere deshacer la redefinición del mercado, lo que implica retornar al mercado de bienes homogéneos. Este resultado no trae problemas, sin embargo, se podría hacer inferencias apropiadas en este mercado incluso cuando haya varios sustitutos cercanos para el producto original, de modo que no existe ninguna ocasión para elegir entre los mercados.¹⁰⁷ Por lo tanto, es imposible hacer inferencias validas de poder de mercado de las cuotas de mercado en mercados redefinidos.¹⁰⁸

En el segundo caso se trata de determinar qué definición de mercado se debe escoger cuando se ha redefinido el mercado. La respuesta obvia sería la mejor definición. Sin embargo, no existe ningún tipo de parámetro que permita definir con claridad cuál es la mejor definición de mercado. De acuerdo a quien define el mercado, se podría decir el mejor mercado relevante sería el que mejor permite inferir el poder de mercado. Sin

¹⁰⁵ Louis Kaplow, "Market definition", en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, ed. Roger D. Blair y D. Daniel Sokol (New York, USA: Oxford University Press, 2015), 346.

¹⁰⁶ Louis Kaplow, "MARKET DEFINITION: IMPOSSIBLE AND COUNTERPRODUCTIVE.", *Antitrust Law Journal* 79, no. 1 (2013): 361, <https://www.jstor.org/stable/43486961>

¹⁰⁷ Louis Kaplow, "'WHY (EVER) DEFINE MARKETS?'" , 515.

¹⁰⁸ Louis Kaplow, "MARKET DEFINITION: IMPOSSIBLE AND COUNTERPRODUCTIVE.", 364.

embargo, para elegir el mercado relevante que permita inferir adecuadamente el poder de mercado, se necesita hacer de una estimación real del poder de mercado en base a la información disponible. Esto dependerá de la etapa en el que esté el procedimiento porque la información tendrá varios grados de fiabilidad. Además, la estimación dependerá de qué se considere como verdad por parte de quien define el mercado. Por lo tanto, es imposible elegir el mejor mercado sin tener ya en la mano una estimación previa del poder de mercado. La lógica subyacente es que el mejor mercado es el que produce la inferencia más fiable del poder de mercado. Por lo tanto, la elección del mejor mercado es un ejercicio inútil.¹⁰⁹

En síntesis, el autor sostiene que la definición del mercado relevante debe ser abandonada porque no hay manera correcta de elegir un mercado relevante sin formular primero una mejor evaluación del poder de mercado, mientras que la razón fundamental definir el mercado es inferir el poder del mercado. Por último, se debe agregar que esta postura señala que la definición del mercado relevante y en particular Test del Monopolista Hipotético no es necesario para analizar ciertos efectos anticompetitivos atribuibles a concentraciones horizontales. En estos casos, la definición del mercado es incluso contraproducente porque implica un esfuerzo adicional y aterriza en un campo en donde no existe una forma correcta para abordar la pregunta en cuestión.¹¹⁰

7. Comentario final sobre el mercado relevante

Como he manifestado en caso de existir presuntas infracciones a la normativa de competencia y previo a hacer un análisis jurídico económico de dichas conductas se debe determinar si los agentes que participan en una conducta son operadores económicos y el mercado relevante en el que actúan. Por consiguiente, la delimitación correcta y precisa del mercado es una obligación imprescindible para declarar que una conducta tiene la naturaleza de abusiva.

El mercado relevante sirve como un instrumento preliminar importante para identificar los límites de la competencia que provee un marco en el cual los efectos de la competencia pueden ser analizados. Es importante notar que las realidades del mercado son a menudo complejas y se componen de diferentes tipos de productos, varios niveles de sustitución y de empresas multiproductos. Como resultado, no pueden siempre existir

¹⁰⁹ Louis Kaplow, "MARKET DEFINITION: IMPOSSIBLE AND COUNTERPRODUCTIVE.", 367.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 375.

límites claros y el proceso de la definición del mercado relevante no debería llevar a la falsa concepción de un ambiente cerrado de mercado.¹¹¹

Asimismo, definir un mercado con precisión matemática es raramente posible, dado que los límites de los mercados relevantes no son precisos. Algunos productos pueden estar en el mercado mientras que otros fuera del mismo. Puede ser el caso, incluso, que los productos que están en el mercado no son necesariamente sustitutos entre sí, y que los productos que están fuera del mercado pueden proveer una restricción competitiva y no deben ser excluidos del análisis de competencia simplemente por la definición de mercado relevante.¹¹² Además, es necesario manifestar que la definición de mercado no es un fin en sí mismo sino un paso simple en el proceso de determinar si una empresa o conjunto de ellas posee (en el caso de fusiones, poseerá) poder de mercado.¹¹³

En base a estas consideraciones es necesario manifestar, en primer lugar, que el mercado relevante permite calcular las cuotas de mercado que brindan información importante respecto al poder de mercado de un operador económico, para apreciar una posición dominante o determinar si un acuerdo tiene por efecto prevenir, restringir o eliminar la competencia. Es importante analizar si la delimitación del mismo es amplia o estrecha debido a que la incorrecta determinación produce resultados desiguales que implicaría la nulidad del procedimiento administrativo.

Segundo, el mercado relevante está compuesto por el mercado del producto y el mercado geográfico. El mercado de producto comprende los bienes y servicios que son sustituibles. De ahí que, las características, el precio y el uso de los productos son categorías que nos permiten para determinar la sustituibilidad de los productos. Además, según el caso se pueden utilizar varios criterios y elementos de apreciación para determinar efectivamente el mercado del producto.

Tercero, la delimitación del mercado relevante se hace tanto desde la demanda como de la oferta. La sustituibilidad de la demanda busca determinar el grado de sustitución de un producto, es decir, si el producto es intercambiable. Para este efecto se puede utilizar el test del monopolista hipotético o SSNIP (*small but significant nontransitory increase in prices*) que es el test más usado para determinar la intercambiabilidad de un producto. Sin embargo, se debe ser cauto con el uso de esta

¹¹¹ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law. An analytical Guide to the Leading Cases*, 36.

¹¹² Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 26.

¹¹³ *Ibíd.*, 41.

prueba con la finalidad de evitar caer en la denominada falacia del celofán. La legislación ecuatoriana también contiene otros métodos cuantitativos para analizar la sustitución de la demanda como el precio y la elasticidad cruzada de la demanda, y la correlación de los precios. La sustituibilidad de la oferta implica analizar si los proveedores de los bienes o servicios tienen la posibilidad de fabricar y comercializar los productos sin entrar a mayores costos. Sin embargo, el análisis de la sustituibilidad ha sido raro en la práctica y en casos en específico. Los métodos cuantitativos para analizar la sustitución de la oferta son la sustitución por el lado de la oferta (SSS) y la sustitución casi universal (NUS).

Existen metodologías cuantitativas complementarias como el índice de contracción de Mercado de Herfindahl-Hirschman (HHI) y el índice de dominancia de Melnik, Shy y Stenbacka que se pueden utilizar cuando se requiere un análisis más extenso. De igual manera, se puede tomar en consideración la entrada de competidores potenciales y la capacidad de impugnación del mercado y la existencia potencial de compradores con capacidad para ejercer el poder de la demanda en caso que sea imprescindible.¹¹⁴

La competencia potencial es otro elemento que se puede utilizar, aunque la misma depende de varios factores y circunstancias de acuerdo al caso en concreto y por regla general no ha sido utilizada sino de forma posterior una vez que se ha determinado la posición de las empresas en el mercado.

El mercado geográfico es el espacio en donde otros operadores económicos realizan actividades de provisión de productos y servicios en donde las condiciones de competencia son similares, aunque las permite distinguirse de otras zonas próximas. Su finalidad es determinar si los consumidores transferirán sus pedidos a otras empresas ubicadas en otros espacios a corto plazo y a un costo menor. Para determinar el mercado geográfico se puede utilizar los criterios cuantitativos que sirven para analizar la sustitución de la demanda. Además, se puede utilizar también la prueba de Elzinga – Hogarty, la prueba de costos de transporte, y la prueba de los isócronos.

Finalmente, es necesario recalcar que la definición del mercado de referencia o mercado relevante no es un fin en sí mismo sino un medio que nos sirve de análisis para delimitar el ámbito en el que actuará la autoridad de competencia y determinar la existencia de una posición de dominio, de prácticas restrictivas, si las concentraciones

¹¹⁴ OCDE, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador*. (2021) 68.

económicas afectan significativamente la competencia efectiva, y según la legislación ecuatoriana las prácticas desleales.

Capítulo segundo

Procedimientos administrativos sustanciados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado

En este capítulo se analizará los criterios que ha utilizado la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante, “SCPM”) para determinar el mercado relevante en ciertos casos en concreto. Primero, se analizará el mercado relevante en las conductas de abuso de poder de mercado. Segundo, se estudiará un caso de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica. Tercero, se examinará el mercado relevante en las prácticas restrictivas. Cuarto, se analizará el mercado relevante en las prácticas desleales, a pesar que estas conductas no son ilícitos *antitrust* sino ilícitos de competencia desleal.¹¹⁵ Por último, se realizará un breve comentario sobre la definición del mercado en las concentraciones económicas. No se analizará casos respecto a las concentraciones económicas debido a que la extensión de este trabajo no lo permite.

1. El mercado relevante en las conductas de abuso de poder de mercado

La legislación ecuatoriana prohíbe el abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos en función a su poder de mercado o por cualquier medio impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, afecten negativamente la eficiencia económica o el bienestar general. La ley define una serie de conductas que podrían constituir abuso de poder de mercado.¹¹⁶

Cuando el legislador habla de poder de mercado, se refiere a posición de dominio. Por lo tanto, debemos entenderlas como expresiones equivalentes a pesar de que existan diferencias entre las dos¹¹⁷. No obstante, no todo uso del poder de mercado es ilícito puesto que la ley sanciona únicamente los abusos de posición de dominio. Por esa razón, la definición del termino *dominio* resulta imprescindible para analizar conductas anticompetitivas unilaterales.

La Comisión Europea ha definido la posición de dominio como

¹¹⁵ María Elena Jara Vázquez, “La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado”, en *Derecho Económico Contemporáneo*, ed. María Elena, Jara Vázquez (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 215-7.

¹¹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 9.

¹¹⁷ Un operador económico ostenta posición de dominio cuando tenga un poder de mercado sustancial. Así, no se puede ser dominante sin tener poder de mercado. Sin embargo, si puede ocurrir lo contrario tener poco poder de mercado y no ser dominante. Véase: Oswaldo Santos Dávalos, “¿Hacia dónde va el derecho de competencia ecuatoriano?”, en *Derecho Económico Contemporáneo*, ed. María Elena, Jara Vázquez (Quito: Corporación Editora Nacional 2017) 156.

la situación de poder económica que se encuentra una empresa y que permite a esta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores y clientes y, finalmente los consumidores (3). Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. La dominación implica que esta presión competitiva no es suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial durante cierto tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores.¹¹⁸

Nuestra legislación sigue la misma corriente al indicar que el poder de mercado es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.¹¹⁹

Por eso, la pregunta realmente importante en derecho de competencia es si un operador económico tiene o no poder de mercado. El poder de mercado existe cuando una empresa tiene la capacidad de aumentar los precios de manera rentable durante un período de tiempo, o de comportarse de manera análoga, por ejemplo, restringiendo la producción o limitando la elección del consumidor.¹²⁰

De acuerdo a la Comisión Europea, para determinar si existe posición de dominio se debe tomar en consideración la estructura competitiva del mercado, y en especial, los siguientes parámetros:

- a. Las presiones ejercidas por los suministros existentes de los competidores en liza y la posición de mercado de estos (posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores),

¹¹⁸Comisión Europea, *Comunicación de la CE sobre las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 102 del TFEU a la conducta excluyente abusiva de empresas dominantes*, núm. 10.

¹¹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 7.

¹²⁰ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 21.

- b. Las presiones ejercidas por la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales (expansión y entrada),
- c. Las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda).¹²¹

En primer lugar, para determinar la posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores, es necesario hacer un examen de las cuotas de mercado para establecer la estructura del mercado y la importancia de las restantes empresas. Para este ejercicio, la definición del mercado relevante, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos son de vital importancia.¹²²

En el derecho comunitario europeo, por regla general, las cuotas de mercado bajas son indicio de falta de poder de mercado importante. Es improbable que exista posición de dominio si la cuota de mercado de la empresa es inferior al 40 por ciento. Sin embargo, puede existir casos en que los competidores no puedan ejercer una presión efectiva sobre el comportamiento de la empresa dominante a pesar de estar bajo ese umbral.¹²³

En el caso *Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission* la Corte de Justicia, tomando en consideración que las cuotas de mercado pueden variar de mercado a mercado y reconociendo la relevancia de otros factores, indicó que cuotas de mercado muy grandes que se mantienen durante algún tiempo son en sí mismas, y salvo en circunstancias excepcionales, evidencia de una posición de dominio. Asimismo, en el caso *AKZO* la Corte indicó que si el operador tiene más del 50 por ciento de la cuota de mercado se presume que tiene posición de dominio.¹²⁴ Sin embargo, han existido casos en donde tomando en consideración otros factores se ha determinado que una empresa tiene posición de dominio con una cuota de mercado de 39.7 por ciento como en el caso *British Airways*.¹²⁵

¹²¹ Comisión Europea, *Comunicación de la CE sobre las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 102 del TFEU a la conducta excluyente abusiva de empresas dominantes*, núm. 12.

¹²² *Ibid.*, núm. 13.

¹²³ *Ibid.*, núm. 14.

¹²⁴ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law Text, cases, and materials*, 322-323.

¹²⁵ *Ibid.*, 325.

No obstante, por regla general, cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el periodo de tiempo en donde se ostenta esa cuota, mayor será la probabilidad de la existencia de una posición dominante. Además, es necesario que se analicen otros factores para determinar si existe una presión sobre la empresa¹²⁶ puesto que las cuotas de mercado pueden proveer de importante información sobre el estado actual de la competencia dentro del mercado, pero no pueden, por si mismas, ser determinantes de la existencia de poder de mercado porque no nos dicen nada acerca de las barreras a la expansión o entrada y del poder de compra.¹²⁷

En algunos casos, las cuotas de participación de mercado pueden utilizarse para determinar cuán concentrado está un mercado, o cuán concentrado estará después de una fusión o la entrada en vigor, por ejemplo, de un acuerdo de cooperación. Las preocupaciones de competencia pueden ser más graves a medida que el mercado se concentra más. Una forma de determinar el nivel de concentración en el mercado es a través del índice “*Herfindahl-Hirschman*”. Este índice se calcula elevando al cuadrado a sumatoria de las cuotas de mercado individuales de cada operador. Así, cuanto mayor es el total, más concentrado está el mercado.¹²⁸

Las cuotas de mercado no indican por qué una empresa tiene el 100 por ciento del mercado ni nos informan sobre la competencia potencial. No explican, por ejemplo, si la empresa tiene o no una alta cuota de mercado porque produce los mejores productos con mayor eficacia, o porque la escala eficiente mínima de producción significa que es un monopolio natural. Tampoco indican si la empresa es o no vulnerable a la entrada en el mercado. La vulnerabilidad de una empresa a la entrada en el mercado dependerá de si existen o no barreras de entrada al mercado.¹²⁹

Por esas razones, para analizar una posición de dominio no solo se debe tomar en consideración las cuotas de mercado sino también debe analizarse otros factores que indican una posición de dominio, las barreras a la expansión o entrada y el poder de negociación de la demanda.¹³⁰

Ahora bien, los factores adicionales que sirven para determinar una posición de dominio pueden ser la propia evaluación de la empresa sobre su posición, las ganancias,

¹²⁶ Comisión Europea, *Comunicación de la CE sobre las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 102 del TFEU a la conducta excluyente abusiva de empresas dominantes*, núm.15.

¹²⁷ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 46.

¹²⁸ *Ibíd.*, 43.

¹²⁹ Alison Jones y Brenda Sufirin, *EU Competition Law Text, cases, and materials*, 319.

¹³⁰ *Ibíd.*, 327-328.

los indicadores de rendimiento y niveles de precios, el tamaño total y la fortaleza y rango de los productos.¹³¹

En relación a las barreras o la expansión o entrada, las mismas son importantes porque su existencia conlleva a que los competidores no puedan ingresar o expandirse en el mercado y así erosionar las cuotas de mercado existentes del titular.¹³² La Comisión en este sentido indicó que

16. La competencia es un proceso dinámico, por lo que una evaluación de las presiones competitivas que experimenta una empresa no puede basarse únicamente en la situación del mercado existente. También es pertinente el impacto potencial de la expansión de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales, incluida la amenaza de tal expansión o entrada. Si la expansión o la entrada es probable, tempestiva y suficiente, la empresa puede verse disuadida de incrementar los precios. Para que la Comisión considere que la expansión o la entrada es probable, debe ser suficientemente rentable para el competidor o para el nuevo operador, teniendo en cuenta factores tales como los obstáculos a la expansión o a la entrada, las probables reacciones de la empresa presuntamente dominante y de otros competidores, y los riesgos y costes del fracaso. Para que la expansión o la entrada se considere tempestiva, debe ser suficientemente rápida para disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado sustancial. Para que la expansión o la entrada sea considerada suficiente, no puede ser una simple entrada a pequeña escala, por ejemplo, en cierto segmento del mercado, sino que debe ser de una magnitud capaz de disuadir de cualquier intento de incrementar los precios por parte de la empresa presuntamente dominante en el mercado de referencia.

17. Los obstáculos a la expansión o a la entrada pueden presentar diversas formas. Pueden ser obstáculos legales, tales como aranceles o contingentes, o pueden consistir en ventajas disfrutadas específicamente por la empresa dominante, tales como economías de escala y alcance, acceso privilegiado a insumos esenciales o recursos naturales, tecnologías importantes (2) o una red de distribución y venta asentada (3). También pueden incluir los costes y otros impedimentos, por ejemplo, resultantes de efectos de red, a los que se enfrentan los clientes al cambiar

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*, 331.

a un nuevo proveedor. La propia conducta de la empresa dominante también puede crear obstáculos a la entrada, por ejemplo, si ha realizado inversiones importantes que tendrían que ser igualadas por los nuevos operadores o por los competidores (4), o si ha concluido con sus clientes contratos a largo plazo que producen efectos de exclusión apreciables. Unas altas cuotas de mercado persistentes pueden ser señal de la existencia de obstáculos a la entrada y a la expansión.¹³³

En cambio, respecto al poder de negociación de la demanda, la Comisión señala que

Es posible que incluso una empresa que tenga una alta cuota de mercado no esté en condiciones de actuar con un grado apreciable de independencia frente a clientes que cuenten con la suficiente capacidad de negociación (5). Este poder de negociación de la demanda puede ser fruto del tamaño de los clientes o de su importancia comercial para la empresa dominante y de su capacidad para cambiar rápidamente a proveedores competidores, promover nuevas entradas en el mercado o integrarse verticalmente y amenazar con hacerlo de forma verosímil. Si el poder de negociación es de una magnitud suficiente, puede disuadir o impedir cualquier intento de la empresa de incrementar los precios de forma rentable. Sin embargo, el poder de negociación no puede considerarse una presión suficientemente eficaz si sólo se limita a proteger a un segmento de clientes concreto o limitado frente al poder de mercado de la empresa dominante.¹³⁴

Por último, es necesario hacer referencia a la posición de dominio en la *nueva economía* puesto que la competencia dentro de la misma se basa en la innovación antes que en el precio. En este caso, los mercados pueden ser difíciles de definir, especialmente con respecto a las plataformas de múltiples lados, los efectos de red son importantes y los mercados pueden inclinarse hacia un producto. En algunos mercados hay barreras de entrada muy bajas, pero en otros son altas, debido a los efectos de la red. Asimismo, a

¹³³ Comisión Europea, *Comunicación de la CE sobre las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 102 del TFEU a la conducta excluyente abusiva de empresas dominantes*, núm. 12.

¹³⁴ *Ibíd.*, núm. 18.

menudo se argumenta que las posiciones dominantes en la nueva economía tienden a ser temporales y frágiles, incluso bajo la amenaza de competidores innovadores. Incluso cuando los IPRs bloquean su camino, nuevos emprendimientos pueden ser incentivados a innovar alrededor de la barrera a la entrada antes que a través de ella.¹³⁵

En conclusión, la posición de dominio implica un poder de mercado sustancial que permite a la empresa incrementar los precios por sobre el nivel competitivo por un periodo de tiempo significativo. Las cuotas de mercado ayudan a determinar si existe posición de dominio. Sin embargo, se debe tomar en consideración otros elementos para su determinación, como los factores adicionales, las barreras de entrada y salida, y el poder de negociación de la demanda.

1.1.DISPROSA S.A. vs. Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El día 08 de junio de 2015 la compañía DISPROSA S.A. presentó una denuncia en contra de INDUSTRIAS ALES S.A. por la comisión de presuntas prácticas anticompetitivas, en específico, por conductas de abuso de poder de mercado de conformidad con lo establecido en los numerales 11, 15 19 y 23 del artículo 9 de la LORCPM.

Una vez que se inició la investigación, el 13 de abril de 2016 la Intendencia emitió el Informe de Resultados de la Etapa de Investigación. En el acápite sobre los fundamentos técnicos y legales del informe, donde consta el análisis del mercado relevante, se indica que para la definición del mismo se debe tomar en consideración el mercado de producto el mercado geográfico y las características de los grupos específicos de los vendedores y compradores.¹³⁶

En el acápite sobre el mercado de producto, la Intendencia se refiere a la actividad comercial de INDUSTRIA ALES S.A. y DISPROSA S.A. indicando que el primer operador económico se encarga de la producción y comercialización de aceites, margarinas, y mantecas para cocinar mientras que la segunda empresa se encarga de la distribución de dichos productos. Además, deja constancia que la empresa distribuidora también comercializaba productos de consumo masivo, estos son, productos de consumo diario para la satisfacción de diversas necesidades básicas. Igualmente, la Intendencia

¹³⁵ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law Text, cases, and materials*, 344.

¹³⁶ Ecuador Intendencia de Investigación Abuso de poder de Mercado y Prácticas Restrictivas, "Informe de Resultados de la Investigación", en *Expediente SCPM-IIAPMPR-EXP-2015-017*, 07 de febrero de 2014, 8.

deja claro que existían cuatro operadores económicos que realizan la misma actividad comercial: INDUSTRIAS ALES S.A., JABONERIA WILSON S.A., LA FABRIL S.A. y UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A.¹³⁷

Más adelante, la Intendencia en el acápite sobre la sustitución de la demanda indica que este ejercicio implica determinar todos aquellos bienes o servicios que el consumidor considera como sustitutos del producto o servicio materia de análisis citando la Resolución No. 6 que estaba vigente hasta ese momento.¹³⁸

Para determinar este aspecto, la Intendencia, indica que se debe realizar estudios técnicos y de funcionalidad de las distintas variedades y marcas de los bienes o servicios analizados, revisión de encuestas de opinión, revisión de documentos, comunicaciones y otro tipo de información producidos por los agentes involucrados y la consulta a expertos e informantes calificados sobre las preferencias de los agentes y de la dinámica del mercado.¹³⁹ Con base en esas razones, la Intendencia elabora una tabla en donde clasifica los productos que produce INDUSTRIA ALES S.A. y explica sus características. Sin embargo, no se explica si se utilizó algún criterio cuantitativo o cualitativo.

Más adelante, la Intendencia indica que la sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes o servicios ofertados por operadores económicos denominados potenciales competidores quienes ante el incremento en los precios del producto materia de análisis podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales y sin incurrir en riesgos o costos adicionales excesivos.

Para este efecto, la Intendencia indica que debe utilizarse la prueba de sustitución de la oferta o SSS, y transcribe los parámetros establecidos en el punto 3.3.2 de la Guía respecto a los métodos de análisis de mercados relevantes.¹⁴⁰ En consecuencia, la Intendencia concluye que los demandantes de los productos de consumo masivo son distribuidoras, quienes poseían barreras de salida de las relaciones comerciales que mantenían con ALES, en consecuencia, aunque existieran otras alternativas de elección, las mismas implicaban un costo bastante alto para que el distribuidor pudiera elegir las.¹⁴¹ En este acápite tampoco se indica si se realizó alguna prueba cuantitativa o cualitativa.

¹³⁷ *Ibíd.*, 8-10.

¹³⁸ La Resolución fue derogada por la Resolución No. 11.

¹³⁹ *Ibíd.*, 10.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 12.

¹⁴¹ *Ibíd.*

En el caso del mercado geográfico la Intendencia indica que, en virtud del sistema de distribución que implemento ALES denominado “Nueva Estrategia de Distribución Intensiva” (N.E.D.I.), los límites están claramente delimitados por las zonas que eran asignadas a los distribuidores dentro del cantón Guayaquil.¹⁴²No obstante, no existe constancia que criterio técnico se utilizó para llegar a esta conclusión.

Por último, respecto a las características particulares de los vendedores y compradores que participan en el mercado, la Intendencia indica que desde el punto de vista de la demanda se pueden identificar varios operadores económicos, entre los que se encuentra DISPROSA S.A. aunque no se puede identificar todos los actores demandantes de los productos porque no existe un registro formal o una asociación y organismo de control de estos operadores económicos, mientras que, por el lado de la oferta, existen distribuidores de productos de consumo masivo como INDUSTRIAS ALES, JABONERIA WILSON S.A. LA FABRIL S.A. UNILEVER ANDINDA ECUADOR S.A.¹⁴³

Por otra parte, la Intendencia, en función de que se estaba investigando conductas sobre abuso de poder de mercado¹⁴⁴, analizó la cuota de mercados del operador económico denunciado y sus competidores en relación a los productos con la finalidad de establecer si existe posición de dominio. Para este efecto, definió que la cuota de mercado de una empresa es igual a las ventas totales del operador en el mercado relevante dividido para el sumatorio total de ventas de todos los oferentes en el mismo mercado.

Por consiguiente, realizó 8 tablas, de acuerdo a los productos, en donde consta la cuota de mercado que tuvo cada operador económico entre el año 2011 y el año 2014. Así en el caso del mercado de aceites grasas y mantecas, se determinó que en promedio ALES tiene una cuota de 6.04 por ciento; en el mercado de alimento un 23.36 por ciento, en el mercado de alimentos de consumo humano no participa; en el mercado de productos de higiene personal un 17.26 por ciento; en el mercado de limpieza de vestimenta un 79.10 por ciento; en el mercado de productos para el hogar una participación mínima.

Asimismo, en función de las cuotas de mercado, la Intendencia analizó concentración en el mercado y utilizó como medida de concentración el Índice Herfindahl¹⁴⁵ “HHI” que a criterio del órgano investigador es medida es la más utilizada

¹⁴² *Ibíd.*, 13.

¹⁴³ *Ibíd.*, 13.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 24-38.

¹⁴⁵ El índice Herfindahl-Hirschman (HHI), también llamado índice HHI, es una medida de la competitividad de una industria en términos de la concentración de mercado de sus participantes.

por las autoridades de competencia a nivel mundial y porque uso continuo hace posible establecer límites para determinar si un mercado se encuentra concentrado o no. Como resultado, la Intendencia, concluye que INDUSTRIAS ALES posee poder de mercado en el mercado geográfico definido previamente y en el mercado de producto de alimentos para mascotas y productos para la limpieza de vestimenta.

De igual manera, la Intendencia analizó la existencia de barreras de salida de los distribuidores e indicó que existe una barrera puesto que DISPROSA S.A. entregó una hipoteca abierta y un pagaré a la orden con la finalidad de garantizar el pago de valores adeudados por concepto de mercadería adquirida. La Intendencia llega a esta conclusión en virtud de que los ingresos promedios del denunciante en el periodo que existieron relaciones comerciales eran inferiores a los valores garantizados a través de esos títulos valores. A su vez, se analizó las alternativas equivalentes para el ejercicio de la actividad económica.

El 26 de abril de 2017 la Superintendencia resolvió terminar el procedimiento en virtud de que había perdido competencia en el tiempo para emitir el informe final puesto que no se pronunció de acuerdo al artículo 70 del reglamento de la ley. Esta resolución fue impugnada por DISPROSA indicando que debía seguir sustanciándose el procedimiento. No obstante, el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil indicó que la actuación de la Intendencia fue correcta porque caducó la facultad de la entidad para emitir el Informe Final.

En este caso se puede observar que la Intendencia establece que el mercado de producto es el servicio de distribución, aunque no se determina los posibles sustitutos del mismo sino más bien se indica quienes son los otros operadores que podrían adquirir este servicio en el mercado. Así mismo, se menciona la sustitución de la demanda, pero no se realizan los criterios cuantitativos ni cualitativos a pesar que se hace mención al test del Monopolista Hipotético. Lo único que se realiza es una tabla donde se clasifica los productos y sus características sin indicar el parámetro que se utilizó para realizar esa clasificación. En el caso de la sustituibilidad de la oferta se hace mención a la prueba de sustitución de la oferta o SSS, no obstante, no consta existe evidencia que permita concluir que se llevó a cabo la prueba. Por último, la superintendencia define al mercado geográfico en función de las zonas que son parte de la distribución de productos.

Por otra parte, al tratarse de una conducta de abuso de posición de dominio, la Intendencia realiza el análisis de las cuotas de mercado del operador económico con la finalidad de determinar si existe abuso de poder de mercado. Este aspecto es de gran

relevancia puesto que utiliza criterios técnicos para determinar la existencia de la infracción.

En conclusión, la superintendencia en este caso explica conceptualmente cuáles son los criterios que se deben utilizar para definir el mercado relevante. Sin embargo, no existe evidencia de que se hayan realizado las pruebas cualitativas o cuantitativas respectivas que permitan llegar a las conclusiones que constan en el informe. Por lo tanto, la definición del mercado relevante es deficiente porque no está explicada la metodología que utilizó la superintendencia.

1.2. Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El 24 de octubre de 2012 la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT-EP presentó una denuncia por abuso de poder de mercado en contra del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A por haber estipulado cláusulas de exclusividad en contratos de arrendamiento de inmuebles en los que CONECEL había instalado infraestructura de telecomunicaciones. A criterio de CNT, el efecto de estas cláusulas de exclusividad era levantar barreras de entrada para evitar que la empresa pública instale, en esos mismos inmuebles, su infraestructura para prestar el servicio de telecomunicaciones e incurra en costos extras para instalar dicha infraestructura en inmuebles alternativos.

La cláusula de exclusividad obligaba a los dueños de los predios a comprometerse a no conceder en uso, goce o aprovechamiento o explotación bajo ningún título legal a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas de espacio alguno del inmueble en virtud de que se podría causar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos instalados. En caso de incumplimiento los arrendadores tendrían que pagar una pena equivalente al cuarenta por ciento del valor total de la renta mensual por el plazo de duración del contrato.¹⁴⁶

Frente a estas cláusulas de exclusividad, CNT argumentó que la instalación de equipos en inmediaciones conjuntas o incluso dentro del mismo inmueble no causa ningún daño sino al contrario puesto que la compartición de la infraestructura se encuentra incluso normado por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones. Por consiguiente, se argumentó que es ilegal la estipulación de cláusulas de exclusividad en los contratos de

¹⁴⁶ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente 0009-SCPM-CRPI-2013*, 07 de febrero de 2014, 8.

arrendamiento y que esta conducta constituye una práctica de abuso de posición de dominio.¹⁴⁷

El 07 de febrero de 2014 la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a impuso a CONECEL S.A., una multa de USD 138.495.964,90 por haber incurrido en la infracción establecida en los numerales 1, 10 y 19 del artículo 9 de la LORCPM.¹⁴⁸ La conducta típica es afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia; por la incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros; y, por establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificado.

En relación al mercado relevante la Comisión, tomando en consideración las conclusiones hechas por la intendencia, indicó que el mercado relevante es el mercado de las telecomunicaciones en los siguientes términos:

el mercado relevante para el caso investigado es el "mercado de las telecomunicaciones" más no el del "arrendamiento de inmuebles". Subdivide el mercado relevante mencionado en el mercado "aguas arriba" como la prestación del servicio móvil avanzado SMA que comprende las prestaciones ofrecidas por un operador de telecomunicaciones a otro operador, como son el acceso a un inmueble donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones "co-habitación" o el acceso a dicha infraestructura, "co-ubicación"; y el mercado "aguas abajo" de la prestación del servicio móvil avanzado, correspondiente a las prestaciones de un operador de telecomunicaciones a los usuarios o consumidores finales, como la prestación del servicio de voz móvil. Para el mercado "aguas arriba", la prestación del servicio móvil avanzado, la Intendencia, cita a la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión 2009/C 45102, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 24 de febrero de 2009), cuando ésta considera que, para apreciar el carácter abusivo de una negativa de acceso, es conveniente identificar un mercado potencial, incluso hipotético constituido por productos o servicios indispensables para ejercer una

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 11.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 32-41.

actividad determinada. En el presente caso investigado, se constata que en el mercado aguas arriba CNT EP, quería acceder a ciertos inmuebles donde está instalada la infraestructura de CONECEL S.A., para expandir su actividad aguas abajo de la prestación del servicio móvil avanzado. En consecuencia, la Intendencia considera que las cláusulas de exclusividad y de prevención que CONECEL S.A. ha incorporado en sus contratos de arrendamiento, constituyen la evidencia de que en el mercado "aguas arriba" CONECEL se reserva el derecho de negar o dar acceso a otros operadores de telecomunicaciones que tengan la intención de usar, gozar, aprovechar o explotar el espacio de los inmuebles arrendados. Para el mercado aguas abajo, la Intendencia considera los servicios afectados corresponden a voz móvil, la transmisión de datos SMS, MMS e Internet, siendo el más representativo el servicio de voz móvil, de alcance nacional.¹⁴⁹

A su vez, la Intendencia en el Informe de Resultados indico que el mercado de producto comprende el mercado aguas arriba que está compuesto por el acceso a un inmueble en donde se ha instalado la infraestructura de telecomunicaciones, o el acceso a una infraestructura de telecomunicaciones; y, el mercado aguas abajo que abarca las prestaciones del SMA, (Servicio Móvil Avanzado) en base a que en este mercado los operadores ofrecen servicios de telefonía móvil y de transmisión de datos. No obstante, señala que de acuerdo a una resolución del CONATEL en el año 2010, el 80 por ciento de los ingresos de los operadores estaba dado por el servicio de voz móvil. Por lo tanto, se analizó el mercado de voz para determinar si otros servicios similares como la telefonía fija constituyen parte de ese mercado.¹⁵⁰

En relación el mercado geográfico, la Intendencia define como todo el territorio nacional debido a que los operadores económicos del SMA tiene contratos de concesión con el Ecuador para explotar el servicio en todo el territorio nacional y en función de que los productos y servicios ofertados por los operadores de las telecomunicaciones, son ofrecidos en el país. Posteriormente, analiza las cuotas de mercado y las barreras de entrada.¹⁵¹

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 21-25.

¹⁵⁰ Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, "Informe de Resultados", en *Expediente SCPM-IIAPMAPR*, 25 de junio de 2013, 12.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 13.

El operador económico solicitó un informe complementario sobre la definición de mercado relevante pidiendo que se puntualice la definición, se determine si los inmuebles en donde está la infraestructura de telecomunicaciones pueden ser considerados como una facilidad esencial o crítica bajo control de un operador económico con poder de mercado, se señale si a más de los inmuebles objetos de la investigación se han presentado otros casos en los que el operador haya solicitado y negado acceso a dichos inmuebles. Sin embargo, la Comisión se mantuvo en la posición de que el mercado de producto es el mercado de telecomunicaciones porque los mercados de los inmuebles en arriendo se relacionan con el mercado del producto servicio de telecomunicaciones puesto que

Para que exista el servicio en telecomunicaciones, como cualquier otro producto, es necesario que el servicio pase por un proceso técnico y sistemático que permita su obtención y, del mismo modo, para que opere el proceso es menester que concurren medios, recursos o insumos que entren al procesos productivo del producto de servicios en telecomunicaciones, entre otros medios y recursos se encuentran las radio bases que por su naturaleza deben estar anclados a bienes inmuebles, sea en edificios o casas en las ciudades o sea en terrenos adecuados en las zonas no habitadas, y que permita al operador desplegar su red de servicios al mercado aguas abajo.¹⁵²

De igual manera la Comisión, confirma la posición de la Intendencia en el sentido de que el mercado geográfico es de dimensión nacional porque se encuentra extendido en todo el país, aguas arriba, porque cuenta con infraestructura en todo el Ecuador, y aguas abajo, porque toda la población se beneficia de este servicio.¹⁵³

La sanción fue impugnada ante el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil.¹⁵⁴ Respecto al mercado relevante la accionante señala que el mismo debía circunscribirse al arrendamiento de bienes inmuebles, en especial aquellos que cumplan con las condiciones técnicas y económicas para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. Así, el mercado relevante debía incluir los inmuebles en los que se encuentra actualmente instalada la infraestructura de CONECEL o de otro operador, y los

¹⁵² Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente 0009-SCPM-CRPI-2013*, 07 de febrero de 2014, 23.

¹⁵³ *Ibíd.*, 24.

¹⁵⁴ Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio No: 09801-2014-0125*, 25 de octubre de 2018.

inmuebles en arrendamiento que cumplan con las características técnicas y económicas para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones que serían sus sustitutos.¹⁵⁵

Siguiendo este orden de ideas, la conclusión correcta sería que no existe daño alguno a CNT por la existencia de las cláusulas de exclusividad en ciertos contratos de arrendamiento puesto que la correcta definición del mercado relevante permite concluir que existen bienes sustitutos. Por consiguiente, no existen barreras que impidan a CNT participar en el mercado puesto que este operador económico puede instalar sus radio bases en otros inmuebles ubicados en la misma zona donde arrendó CONECEL, pero diferente a los inmuebles arrendados por la misma.¹⁵⁶

Además, de acuerdo a CONECEL, no es válido afirmar que CNT tenga que rediseñar su red puesto que existen otros inmuebles dentro de la zona requerida que pueden ser arrendadas por CNT y conservar el diseño original de su red. Sin embargo, es necesario que CNT realice su propia evaluación técnica y gestión comercial de buen comerciante¹⁵⁷ en la consecución de inmuebles en las zonas escogidas. Por consiguiente, al no existir barreras de entrada al mercado, al no ser necesario que CNT rediseñe su red, y al no existir costos extras en los que incurra CNT, la conclusión es que no existen efectos anticompetitivos.

La definición correcta del mercado relevante habría permitido establecer que CONECEL S.A. no tiene posición de dominio al ser un simple arrendatario de los bienes inmuebles necesarios para la instalación de su infraestructura y no un oferente de bienes en arrendamiento. Por lo que, la carencia de poder de mercado en ese mercado relevante conlleva a que el operador económico no pueda abusar del poder de mercado que no tiene.

¹⁵⁸ Por otra parte, las conductas analizadas no generan ningún tipo de desplazamiento los agentes en el mercado relevante u otros mercados relacionados como el de las telecomunicaciones móviles, consecuentemente, no implica daños económicos a consumidores, al mercado o al proceso mismo de competencia y libre concurrencia. Así las cláusulas de exclusividad presentes en ciertos contratos de arrendamiento de

¹⁵⁵ *Ibíd.*, parte expositiva.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ CONECEL indica que CNT no realizó su propia evaluación técnica y gestión comercial de arrendamiento de inmueble para la instalación de su infraestructura en inmuebles distintos a los arrendados. Esta conducta, en materia económica, se la conoce como parasitismo, que implica pretender beneficiarse indebidamente de los análisis, estudios e inversiones realizados por otro operador.

¹⁵⁸ Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio No: 09801-2014-0125*, 25 de octubre de 2018, parte expositiva.

inmuebles con los propietarios de los bienes inmuebles arrendados, no presentan comportamientos restrictivos a la competencia.¹⁵⁹

En el procedimiento administrativo, CONECEL S.A. indicó que en las cercanías de sus radiobases existían bienes sustitutos, es decir, otros inmuebles con iguales características de ubicación y cobertura en donde CNT hubiera podido instalar su infraestructura. Frente a este argumento, el Tribunal Contencioso Administrativo en la parte motiva de la sentencia, indicó que la existencia de estos bienes impide considerar que se hubiera producido la infracción en los términos en los que se fundamentó la resolución sancionadora indicando que no se justifica el abuso de una posición de dominio en el hipotético caso que esta existiera¹⁶⁰. Sin embargo, el Tribunal en la parte resolutive no se pronunció sobre el efecto jurídico que podría traer esta afirmación puesto que declaró la nulidad por falta de competencia en virtud de que CNT había interpuesto un recurso de ampliación al acto administrativo sancionador mientras que CONECEL ya había iniciado la acción subjetiva perdiendo así la autoridad administrativa la competencia para resolver esta situación.¹⁶¹

En resumen, a mi criterio, la autoridad de competencia en este caso en concreto determina de forma errada el mercado relevante al establecer que el mismo es el mercado de telecomunicaciones puesto que la cláusula de exclusividad no excluía a CNT de recurrir a bienes sustitutos que existían en el mercado, cuya existencia incluso fue probada en el proceso judicial. Además, se definió el mercado geográfico como nacional sin analizar la existencia de mercados locales en donde estaban ubicados las zonas excluidas para CNT. Por lo tanto, no se estaba afectando la participación de otros operadores económicos en el mercado de arrendamiento de inmuebles. Asimismo, la limitación a terceros a no arrendar bienes otro no generaba efectos anticompetitivos en el mercado por la existencia de bienes sustitutos. En consecuencia, imponer contratos de arrendamiento con cláusulas de exclusividad no resultaba injustificado en ese contexto.

En conclusión, este caso nos demuestra la importancia de delimitar correctamente el mercado de referencia para apreciar si existe o un abuso de posición de dominio o como dice nuestra ley un abuso de poder de mercado de un operador económico puesto que las posiciones antagónicas sobre el mercado relevante conllevan un resultado distinto. Adicionalmente, es necesario manifestar que en el procedimiento administrativo ni en el

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*, parte motiva.

¹⁶¹ *Ibíd.*, parte resolutive.

Informe Técnico – Económico ni en el Informe de Resultados Final se determinan cuáles han sido las técnicas cuantitativas o cualitativas que les permitieron llegar a la conclusión final.

1.3. Análisis comparativo de los casos de abuso de poder de mercado

Con la finalidad de verificar si existe una tendencia por parte de la superintendencia al analizar el mercado relevante, en el siguiente cuadro se sintetizará los principales hallazgos de los casos.

Abuso de poder de mercado			
Caso	Resolución	Principales hallazgos	Conclusiones
DISPROSA S.A. vs. Superintendencia de Control de Poder de Mercado	<ul style="list-style-type: none"> Terminación del procedimiento administrativo por caducidad. El Tribunal Contencioso Administrativo confirma la legalidad del acto. 	<ul style="list-style-type: none"> No se utilizan criterios cualitativos ni cuantitativos para determinar la sustituibilidad de la oferta ni de la demanda. Se analiza las cuotas de mercado para establecer el grado de poder de mercado utilizando criterios técnicos. 	<ul style="list-style-type: none"> La definición del mercado relevante no es educada porque no se explica la metodología utilizada.
CONECCEL S.A. vs Superintendencia	<ul style="list-style-type: none"> Sanción a CONECCEL por 	<ul style="list-style-type: none"> No se utiliza criterios 	<ul style="list-style-type: none"> La definición del mercado

de Control de Poder de Mercado	violar el artículo 9 de la Ley al establecer cláusulas de exclusividad en los contratos <ul style="list-style-type: none"> • El Tribunal Contencioso Administrativo declaro la nulidad del acto administrativo. 	cualitativos ni cuantitativos para determinar la sustituibilidad de la demanda ni de la oferta.	relevante no es sólida. <ul style="list-style-type: none"> • La definición del mercado relevante no es adecuada porque no se explica la metodología utilizada.
--------------------------------	--	---	---

Como se puede observar, el análisis del mercado relevante por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en los casos de abuso de poder de mercado ha sido defectuoso. En el primer caso, se explican los conceptos básicos, sin embargo, no se utilizan los métodos económicos que les permitan sustentar su decisión. En el segundo caso, la definición del mercado no es sólida y tampoco se utilizan las pruebas o criterios pertinentes. Por lo tanto, la actuación de la superintendencia no es acorde a la legislación ecuatoriana ni a los principios básicos que guían la definición del mercado relevante. Es necesario recalcar que es posible que el criterio de la autoridad de competencia haya cambiado, sin embargo, no existe evidencia de este hecho hasta el momento de presentación de este trabajo.

2. El mercado relevante en las conductas de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica.

La noción de dependencia económica está relacionada con las asimetrías que tienen lugar entre las partes de una relación comercial. Esta dependencia se genera en las relaciones comerciales verticales en donde el comprador ejerce poder sobre el proveedor o viceversa. Así, la parte con mayor poder de negociación tiene la facultad de imponer condiciones comerciales que no son comunes. En ciertos casos el poder del comprador puede generar monopsonios y oligopsonios (monopolios u oligopolios de los compradores) y en otros puede desembocar en una profunda asimetría de poder de

negociación.¹⁶² De igual manera la dependencia económica se ocasiona aun cuando no es posible establecer si el comprador tiene posición de dominio.¹⁶³

El criterio para determinar la existencia de dependencia económica es la probabilidad de encontrar una alternativa equivalente de comercialización. Por el contrario, el distribuidor o el proveedor pasan a ser contrapartes obligatorias que pueden establecer condiciones comerciales que resulta injustas. Existen varios criterios para determinar la inexistencia de alternativa equivalente como el porcentaje de facturación o volumen de negocios que las ventas a la parte con mayor poder de negociación representa en el total de ventas de la parte débil; la continuidad de la conducta; la falta de alternativas equivalentes a los mismos costos; la importancia de la presencia del producto del proveedor para el distribuidor; y, presunciones *iuris tantum* en la legislación.¹⁶⁴ En consecuencia, una vez que se determina la dependencia se debe verificar si la parte con mayor poder de negociación incurrió en un abuso.

La legislación ecuatoriana cuando tipifica las infracciones administrativas se enfoca en la ruptura de relaciones comerciales, en la obtención de ventajas no pactadas o fuera del mercado, la imposición de precios, u otras condiciones comerciales de precios o condiciones comerciales de servicios no equitativos.

Cuando se trata de analizar una situación vis-à-vis, parte de la doctrina indica que no es necesario determinar el mercado relevante, ni establecer necesariamente que quien incurre en infracción tiene posición de dominio, aunque en Ecuador la SCPM consideró necesario definir el mercado relevante.¹⁶⁵

La razón por la cual no es necesario definir el mercado relevante es porque la determinación tiene lugar cuando se busca establecer la afección al mercado de una conducta específica. Por lo tanto, en el caso del abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica, se busca verificar si existe una conducta de abuso entre las partes, de modo que la definición de mercado relevante es considerada como inoficiosa.¹⁶⁶ Sin embargo, es necesario manifestar que para determinar la falta de alternativas equivalentes para el ejercicio de una actividad, el operador dependiente sí necesita definir el mercado relevante.

¹⁶² María Elena Jara Vásquez, “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *FORO* 26 (2016): 11-2, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5802/1/03-TC-Jara.pdf>.

¹⁶³ *Ibíd.*, 4.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 6.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 12.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 18.

2.1. TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El 26 de junio de 2014, la Intendencia de Investigación de Abusos de Poder de Mercado, Acuerdos y Practicas Restrictivos presentó una investigación sobre el sector de supermercados en donde se identificó la posible existencia de conductas anticompetitivas por parte de algunos supermercados.¹⁶⁷ Como consecuencia, de este informe el Intendente resolvió el inicio de la investigación por existir presunciones sobre la existencia de prácticas prohibidas de acuerdo a los numerales 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado, esto es, por abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, en contra de CORPORACION FAVORITA C.A. CORPORACION EL ROSADO S.A. TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTAMARÍA S.A.¹⁶⁸

Una vez que se llevó a cabo la investigación, la Comisión de Resolución de Primera Instancia determinó que el operador económico incurrió en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la ley por haber impuesto condiciones comerciales a sus proveedores dependientes e impuso una serie de medidas correctivas a Tía como la obligación de suscribir contratos de provisión con todos sus proveedores actuales y con los futuros con los cuales inicie relaciones comerciales, la realización de una serie de actividades, y la prohibición de ruptura de relaciones comerciales.¹⁶⁹

En cuanto a la definición de mercado relevante la Intendencia en el Informe Final de Investigación indicó que la determinación del mercado de producto comprende todos los bienes que son vendidos a los supermercados por parte de cada uno de sus proveedores, siempre y cuando los productos sean destinados a la venta al consumidor final a través de los autoservicios de cada establecimiento. En un anexo al informe se presentó una Guía de Canastas, Subcategorías y Tipo de Producto en donde consta una clasificación a los productos expendidos por los proveedores de supermercados. Dicha guía fue elaborada por la Intendencia en función de la información que se obtuvo de los operadores económicos.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente SCPM-CRPI-2016-061*, 08 de marzo de 2017.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 6.

¹⁶⁹ *Ibid.*, 48-51.

¹⁷⁰ Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-031-2016”, en *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-023-2013*, 15 de marzo de 2019, 54.

Para establecer el mercado geográfico se analizó los métodos de aprovisionamiento para los supermercados y se determinó que el operador económico tiene tres centros de acopio. El primero, se dedica a productos que necesitan refrigeración y dos más. Asimismo, se manifestó que el centro de distribución más grande está en Guayaquil, donde están localizados la mayoría de proveedores.¹⁷¹ Igualmente, se analizó la ubicación de los proveedores de los supermercados de TIA a través de la información remitida por este operador económico que contiene datos respecto a la ubicación de cada proveedor y su volumen de ventas. De esta documentación, se determinó que en agosto de 2014 TIA contaba con 968 proveedores que se encuentren en 20 provincias del Ecuador y que en Pichincha está la mayor proporción de proveedores, con el 4,81 por ciento.

Del análisis también se estableció que los cuatro supermercados más grandes del país concentran el 90 por ciento del total de las compras de productos vendidos a los supermercados. De modo que, en promedio, estos supermercados tienen proveedores en 17 provincias del país. Por lo tanto, con base en estas consideraciones, la Intendencia concluye que el mercado geográfico es de alcance nacional.

Por último, la Intendencia también analiza las características relevantes de los compradores y vendedores.¹⁷² En el caso de los supermercados, quienes son los compradores, la Intendencia explica el concepto de canal de distribución y señala que el mismo se clasifica según el número de intermediarios que existen en el proceso de comercialización y son el moderno y el tradicional. El canal tradicional implica la compraventa directa. Además, incluye intermediarios cuando no se encuentren concentrados, es decir, que no existan operadores independientes y de pequeño tamaño. El canal moderno incluye operadores grandes como los centros de acopio que pertenecen a unas pocas empresas que mueven importantes volúmenes de diversos productos. Este tipo de distribución es bastante concentrada y priman las relaciones verticales. Adicionalmente, los operadores dueños de los centros de acopio tienen poder en las negociaciones consecuencia al volumen de compra. Adicionalmente se indica que, en el canal de distribución moderno, existen los siguientes tipos de establecimientos: mini-mercado, libre servicio o autoservicio, supermercado, distribuidor y mayorista.

En la investigación la Intendencia identificó 14 supermercados que abarcan la mayor proporción de compras o proveedores y realiza una tabla que muestra la proporción

¹⁷¹ *Ibíd.*, 53-55.

¹⁷² *Ibíd.*, 56-61.

que cada operadora representa en el total de las compras anuales realizadas para el periodo de 2011 a 2014. Así, concluye que los cuatro supermercados más grandes concentran en promedio el 94,32 por ciento del total de las compras a proveedores (a pesar que en el acápite del mercado geográfico indicó que era 90 por ciento). Además, señala que las compras del mencionado mercado se encuentran concentrados de acuerdo al Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) porque presentan un índice de 3024 puntos.

Por otra parte, para estimar las diferencias que existen entre los supermercados y cada uno de los establecimientos existentes en el canal de distribución, la Intendencia analizó el método de aprovisionamiento y los volúmenes de compra de estos operadores a través de la unificación de la información remitida por los proveedores de los supermercados de acuerdo a la subcategoría de producto. Así, el órgano de investigación concluye que los mini mercados compran más que los supermercados en las subcategorías de droguería, libros, productos congelados, accesorios para el tiempo libre, bebidas alcohólicas y bebidas no alcohólicas e indica que estas subcategorías se encuentran destinadas a cubrir una necesidad puntual porque no son productos que se adquiere para solventar el consumo mensual. En cambio, los supermercados obtienen productos de larga vida útil como accesorios para vehículo, electrodomésticos, accesorios para exteriores e interior del hogar, artículos de ferretería y productos para fiestas.

Además, el órgano de investigación indica que los supermercados compran en mayor cantidad en relación a los distribuidores en las subcategorías de comida preparada, flores y plantas, frutas, legumbres, productos de higiene personal, muebles y accesorios para el hogar, juguetes, mascotas, aparatos, y accesorios para consumo e higiene personal ropa textiles, bebidas no alcohólicas y carnes, pollos, mariscos embutidos y similares. Dichas subcategorías, se caracterizan por satisfacer necesidades diarias mientras que los distribuidores compran en gran volumen artículos varios como libros, artículos escolares y alimentos congelados.

De manera que, en comparación, los mayoristas adquieren mayor proporción en las subcategorías de accesorios para vehículos, electrodomésticos y libros. Los supermercados, en cambio, compran más en relación a comida preparada y otros alimentos. En este sentido, el órgano de investigación hace una tabla en donde señala la proporción que cada establecimiento compra del total vendido por los proveedores enfatizando que los distribuidores son los establecimientos que más compra, seguido de los supermercados y finalmente el grupo que menos adquiere está conformado por los autoservicios.

En cuanto a los proveedores, la Intendencia indica que el promedio mediante el cual los mismos abastecen a los supermercados comienza por el requerimiento de producto hacia el proveedor, el cual se lo hace a través de la página web de cada establecimiento o a través de correo electrónico. De modo que se comunica a cada oferente sobre la cantidad específica de producto que debe suministrar tomando en consideración la fecha y hora de entrega en lugar determinado que es por regla general un centro de acopio. Además, indica que cada pedido llega con una frecuencia específica de acuerdo al producto deseado y el costo de transporte corre a cargo del proveedor.¹⁷³

En síntesis, la Intendencia en este caso en concreto también definió de forma deficiente el mercado de producto porque no hace mención a ninguna prueba cuantitativa o cualitativa que permita establecer el grado de sustitución de forma técnica o la existencia de potenciales competidores. Además, la conclusión es amplia porque indica que se trata de todos los bienes que son vendidos a los supermercados cuando los productos sean destinados a la venta final consumidor. Por otra parte, en el caso del mercado geográfico se toma en consideración varios factores para determinar que es de alcance nacional, aunque tampoco existe evidencia de que se haya utilizado criterios técnicos. Finalmente, la autoridad toma en consideración las características relevantes de los compradores y distribuidores aspectos que podrían ser de utilidad para el análisis de conductas anticompetitivas siempre que la conducta afecte al mercado mas no a las partes de la relación contractual.

3. El mercado relevante en las prácticas restrictivas

Uno de los objetivos de la legislación ecuatoriana en materia de competencia es la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas con la finalidad de alcanzar eficiencia en los mercados y el bienestar general de los consumidores y usuarios.¹⁷⁴

El problema fundamental de las prácticas restrictivas es que permiten a quienes participan de las mismas obtener beneficios que son superiores a los competitivos menoscabando así el bienestar de los consumidores y el excedente social sin la necesidad de que el operador económico ostente posición de dominio.¹⁷⁵ En el régimen de prácticas

¹⁷³ *Ibíd.*, 62.

¹⁷⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 1.

¹⁷⁵ Oswaldo Santos Dávalos, “Introducción al Régimen de las Prácticas Restrictivas”, *Novedades Jurídicas* (2014).

restrictivas la legislación ecuatoriana sanciona todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general¹⁷⁶.

La Comisión Europea indica que la existencia de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociada de empresa no prejuzga si estos suponen una restricción a la competencia.¹⁷⁷ Por lo tanto, es menester determinar si una práctica restrictiva tiene por objeto o efecto restringir la competencia. Esta misma línea sigue la normativa ecuatoriana puesto que en el reglamento de LORCPM indica que se presumirá¹⁷⁸ que tienen por objeto impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia las prácticas restrictivas entre dos o más operadores económicos que tengan por objeto fijar precios, repartir territorios, limitar la producción y coludir en la presentación de ofertas.¹⁷⁹

En el régimen europeo de derecho de competencia en las prácticas restrictivas por su objeto no se tiene que demostrar sus efectos anticompetitivos puesto que solamente basta verificar si el objeto de la práctica restrictiva es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.¹⁸⁰

Por otra parte, la normativa no establece cuales son las prácticas restrictivas por su efecto por lo que, según el criterio de algunos, deben considerarse todas las demás prácticas que no están enlistadas como restrictivas por su objeto. En todos estos casos se debe determinar el carácter anticompetitivo de la conducta¹⁸¹ e independientemente que la práctica sea restrictiva por su objeto o por su efecto, en todos los casos se debe determinar el mercado relevante.

Ahora bien, la definición del mismo podría jugar un papel diferente cuando se trata de abusos de posición de dominio y cuando se trata de prácticas restrictivas o

¹⁷⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 11.

¹⁷⁷ Oswaldo Santos Dávalos, "Introducción al Régimen de las Prácticas Restrictivas", *Novedades Jurídicas*, 6.

¹⁷⁸ El reglamento no establece si se trata de una presunción *iuris tantum* o *una iuris et de iure*. Sin embargo, debe considerarse como la primera de acuerdo a lo prescrito en el art. 28 del Código Civil.

¹⁷⁹ Ecuador, *Reglamento de aplicación a la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*. Registro Oficial 697, Suplemento, 07 de mayo de 2012, art. 14.

¹⁸⁰ Oswaldo Santos Dávalos, "Introducción al Régimen de las Prácticas Restrictivas", *Novedades Jurídicas*, 7

¹⁸¹ *Ibíd.*

concentraciones económicas. Por ejemplo, cuando estamos frente a un acuerdo horizontal donde existe un cartel que fija de precios, será innecesario para la autoridad de competencia determinar el mercado solamente tomando en consideración los productos en los cuales ha tenido efectos la colusión. En el caso *Lombard Club* que concernía una operación horizontal, el Tribunal General de la Unión Europea sostuvo que estaba justificado para la Comisión usar una definición amplia del mercado relevante que incluía productos bancarios que en otro contexto hubieran pertenecido a mercados separados con la condición de que los efectos en la competencia en ese mercado podrían ser demostrados.¹⁸²

Ahora bien, antes de examinar los casos en específico es necesario explicar dos aspectos en particular. Primero, las prácticas restrictivas que se analizarán son acuerdos colusorios que tuvieron lugar en procesos de contratación pública. Segundo, la definición del mercado relevante en este contexto tiene características especiales. Cuando se trata de mercados de licitación (*bidding markets*), el uso del Test del Monopolista Hipotético podría llevar a algunos problemas conceptuales por dos razones específicas. La primera razón es que el precio es diferente para cada contrato. Segundo, no existe un precio obvio en el que se practicará el test ya que la competencia ocurre simultáneamente y no mediante movimientos secuenciales. No obstante, la noción de sustituibilidad que subyace el test puede sí puede ser usada para definir el mercado. Además, factores ajenos al precio pueden ayudar a identificar el alcance de la sustituibilidad de la demanda y la oferta. Por ejemplo, las características y usos de otros productos distintos, las instalaciones o procesos de producción únicos, los compradores distintos, la especialización de los vendedores y opiniones de quienes participan de la industria.¹⁸³

Finalmente, se debe señalar que los mercados de licitación tienen cuatro características. En primer lugar, la competencia es del tipo "el ganador se lo lleva todo". Esto significa que no existe demanda uniforme, es decir, sin relación entre precio y cantidad. En segundo lugar, la competencia es desigual porque los concursos son grandes en relación a las ventas totales de cualquier empresa en particular. En tercer lugar, la competencia comienza de nuevo para cada contrato y cliente. Por último, la entrada al mercado es fácil.¹⁸⁴

¹⁸² Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 57.

¹⁸³ OECD, "Market definition", *POLICY ROUNDTABLES*, 2017, 52.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, 52.

3.1. Recuperación de Capital Contact Center Recapt S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

En este procedimiento administrativo, la compañía CRONIX CÍA. LTDA., presentó una denuncia ante la Superintendencia de Control de Poder Mercado, indicando que existió una práctica colusoria entre RECAPT S.A., la empresa SOLNET S.A. y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la presentación de ofertas, dentro de un proceso pre-contractual de subasta inversa para la contratación de un "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios".

El 07 de septiembre de 2015, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a impuso a RECAPT S.A., una multa de USD 2.334.265,32 por haber incurrido en la infracción establecida en artículo 11 numeral 6 y 11 numeral 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, por falsear y distorsionar la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública.¹⁸⁵

En relación al mercado relevante la Comisión indicó que el mercado de producto está delimitado por los pliegos de la contratación puesto que el mismo se trata del "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios" de acuerdo a las especificaciones técnicas que constan en el pliego. Así mismo, la Comisión indica que en este caso en particular no existen sustitutos del producto en virtud de que el operador económico que oferte un producto distinto a lo establecido en las condiciones precontractuales sería descalificado. Además, respecto a las preferencias de los clientes es el IESS quien determina lo que requiere contratar a través de los pliegos. Por lo tanto, no se puede considerar otros productos que no sean los estipulados en los pliegos. En síntesis, la Comisión indica que el mercado relevante de producto es el "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios" y por su naturaleza no existe sustitutos.¹⁸⁶

En cuanto al mercado geográfico, la Comisión, utilizando el mismo argumento de la falta de sustitutos del producto objeto de análisis y se remite a los pliegos.

¹⁸⁵ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, "Resolución", en *Expediente SCPM-CRPI-2015-019*, 07 de septiembre de 2015.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

Consecuentemente, el órgano sancionador indica que la convocatoria para el proceso de contratación pública fue nacional y en virtud de que cualquier operador económico nacional o extranjero podía participar de este procedimiento pre-contractual, el mercado geográfico debe entenderse todo el territorio nacional.¹⁸⁷

Posteriormente, la sanción es impugnada por RECAPT S.A. ante el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Quito y respecto al mercado relevante la accionante indicó que el mismo se debió definir de acuerdo con la ley, que la mera cita del mercado relevante no constituye motivación, que no se realizó ningún análisis técnico de los componentes necesarios del mercado relevante, y que una fijación indebida del mercado relevante trastorna el juicio del organismo de control haciendo imposible delimitar el marco en donde se puede generar una conducta anticompetitiva.¹⁸⁸

El tribunal indicó que

en razón de que los procesos de contratación con el sector público, se ciñen a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la determinación de un mercado relevante tiene que estar enmarcado efectivamente en los términos en lo que se van a contratar, para el caso concreto de acuerdo a las bases contractuales (pliegos), por cuanto es precisamente en este marco en el cual se desarrollaría la entrega del servicio a ser contratado, siendo pertinente entonces, a decir del Tribunal, haber definido el mercado relevante en dicho contexto, más aún cuando se han considerado para su determinación los elementos contenidos en el artículo 5 de la LORCPM, dicho criterio cabe señalar al constar en el Informe que sirvió de sustento para la decisión impugnada, permite al Tribunal establecer que en la fase de investigación sí existió la determinación de un mercado relevante.¹⁸⁹

En este caso el tribunal contencioso administrativo aceptó parcialmente la demanda y declaró la nulidad del acto administrativo sancionador por haber detectado nulidad al momento de determinar la multa más no por la comisión de la infracción. Esta sentencia fue objeto de casación por parte de todas las partes procesales y en el caso de Recapt S.A. se argumentó que no se cumplió con los requisitos de motivación y por errónea

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17811-2016-01271*, 19 de mayo de 2017.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

interpretación de los artículos 5 y 11 de la LORCPM y errónea interpretación del artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República del Ecuador. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia resolvió que no existió errónea interpretación del artículo 5 de la ley que trata sobre el mercado relevante sino más bien que existió errónea interpretación del artículo 11 numeral 6 de la ley señalando sorprendentemente que los efectos perniciosos en el mercado deben ser probados por parte de la superintendencia olvidándose que esta conducta (acuerdo colusorio) es una conducta anticompetitiva por su objeto y no se requiere probar un daño competitivo para imponer una sanción. Si bien la LOCPM no define que es una restricción por su objeto, el reglamento si establece las conductas que tienen esta característica, entre ellas, la colusión en la presentación de ofertas.

En este punto, es necesario manifestar que existe una diferencia entre las prácticas restrictivas por su objeto y las conductas que se analizan bajo la regla *per se*. Las primeras pueden estar exentas si se cumplen las condiciones previstas en el artículo 12 de la ley, mientras que las segundas no admiten una discusión sobre sus efectos potencialmente favorables¹⁹⁰. Así la Corte Nacional de Justicia se apartó del régimen europeo de Derecho de Competencia¹⁹¹ y estableció un precedente funesto para combatir carteles.

En conclusión, en este caso la definición del mercado relevante es aceptable porque el mercado de producto y geográfico se analizan en el contexto de un proceso de contratación pública. Por la naturaleza de la conducta, el análisis cualitativo es suficiente para definir el mercado porque los procesos de contratación pública están regulados por la ley. Por otra parte, la sentencia de la Corte Nacional de Justicia es motivo de preocupación general al establecer que en los procedimientos administrativos por conductas anticompetitivas por su objeto se debe probar los efectos anticompetitivos porque una concepción de esta naturaleza destruye las bases fundamentales del derecho de competencia sobre prácticas restrictivas.

Como consecuencia de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la Comisión de Resolución de Primera Instancia confirmó la sanción impuesta (calculando nuevamente la multa) con el argumento de que la colusión entre los operadores RECAPT

¹⁹⁰ Oswaldo Santos Dávalos, “Las prácticas desleales y la regla del *per se*”, *Grupo de Investigación de Derecho de Competencia*, 10 de noviembre de 2019, <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/practicas-desleales-regla-per-se-ecuador/>.

¹⁹¹ Mario Navarrete Serrano, “Un cañon para matar mosquitos. Un breve comentario sobre el régimen ecuatoriano de competencia desleal”, *Grupo de Investigación de Derecho de Competencia*, 06 de diciembre de 2019, <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/competencia-desleal-ecuador-mosquitos/>.

y SOLNET fue probada y que la regla de la razón es aplicable al caso. Posteriormente, la superintendencia en una nueva resolución indicó que es aplicable la variante *quick look* de la regla de la razón que implica que el operador puede demostrar la existencia de efectos pro competitivos. La autoridad decidió que la colusión es sancionable puesto que no se vislumbra el más mínimo efecto pro competitivo. Por último, la superintendencia ratificó la definición de mercado relevante bajo el criterio de que no fue un aspecto controvertido en el proceso judicial ni tampoco en el procedimiento administrativo de acuerdo a las resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia y del Superintendente.¹⁹²

3.2. Jorge Franklin Hinojosa Arteaga vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El 09 de diciembre de 2011 el operador económico IMPRECEAR CIA. LTDA. presentó observaciones a un proceso de contratación de subasta inversa electrónica al Instituto Nacional de Contratación Pública en contra de los operadores económicos FRANKIMPORT CIA. LTDA., Jorge Franklin Hinojosa Arteaga y PETROECUADOR E.P.

Una vez que se inició la investigación la Intendencia constato la comisión de un acuerdo restrictivo a la competencia de conformidad con el artículo 11 numeral 6 de la ley porque los textos de las ofertas presentadas por los dos proveedores investigados, mostraban similitud en cuanto errores ortográficos, puntuación, argumentación y explicaciones a pesar que los dos primeros operadores económicos presentaron ofertas individuales, lo cual, implica autonomía comercial de los mismos e independencia de sus ofertas. En base a esas consideraciones, la Intendencia concluyó que las ofertas se presentaron en concentración o comunicación entre los proveedores. Adicionalmente, las ofertas se presentaron desde una misma dirección IP lo que demuestra comunicación entre los proveedores en el proceso de puja.¹⁹³

La Comisión de Resolución de Primera Instancia resolvió imponer a los dos operadores económicos una multa de USD 308.529,00 por haber falseado y distorsionado

¹⁹² Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente SCPM-CRPI-2015-019*, 08 de octubre de 2019.

¹⁹³ Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-001-2015”, en *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2013-007*, 05 de enero de 2015.

la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-EPP-087-291-2011¹⁹⁴

La Intendencia en el Informe Final de Investigación indicó que para determinar el mercado relevante se va a tomar en consideración lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en especial, los pliegos del concurso de subasta inverso así como el procedimiento mismo de contratación.¹⁹⁵ Según la Intendencia un proceso de contratación pública posee características peculiares que implican un trato distinto en materia económica. En especial porque la entidad contratante establece las condiciones específicas del producto o servicio que va a ser contratado. Por lo tanto, la demanda del producto es inelástica y no se puede establecer sustitutos del producto a ser contratado porque las empresas que tienen interés en participar en las etapas del proceso deben remitirse a los requerimientos determinados en los pliegos.¹⁹⁶

El mercado de producto está delimitado por los pliegos de contratación que es el “Calzado de Seguridad 2010-2011” de acuerdo a las especificaciones técnicas que constan en el pliego. En cuanto a los sustitutos del mismo, la Intendencia también se remite a lo establecido en los pliegos de contratación. Por lo tanto, indica que no existe sustitutos para el producto puesto que un operador económico que oferte un producto distinto a lo establecido sería descalificado. Esta misma situación se aplica para la preferencia de los clientes porque en el presente caso PETROECUADOR E.P. publica lo que requiere contratar a través de los pliegos de modo que no se puede considerar otros productos como sustitutos.¹⁹⁷ Por consiguiente, el mercado de producto es el “Calzado de Seguridad 2010-2011” con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos del proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-297-2011.¹⁹⁸

En cuanto al mercado geográfico la Intendencia indicó que tomando en consideración el contexto en donde se desenvuelve el caso, al no existir sustitutos al producto, se debe remitir nuevamente a las condiciones del pliego. En este sentido, la convocatoria fue de carácter nacional de modo que cualquier operador económico nacional o extranjero domiciliado o con representación legal en Ecuador podía participar

¹⁹⁴ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente SCPM-CRPI-2014-019*, 04 de mayo de 2015.

¹⁹⁵ Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-001-2015”, en *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2013-007*, 05 de enero de 2015, 41.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 41.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 42.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

en el proceso de contratación siempre y cuando se base en las condiciones establecidas en el pliego. Por lo tanto, el mercado geográfico comprende todo el territorio nacional.¹⁹⁹

En síntesis, el mercado relevante es el “Calzado de Seguridad 2010-2011” con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos del proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-297-2011, dentro del territorio ecuatoriano. La Intendencia concluye que no existe sustituibilidad de los productos por la limitación que está establecida en los pliegos.

Como se puede observar, la Intendencia utiliza como marco de referencia las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los pliegos del proceso precontractual. Por lo tanto, utiliza un criterio cualitativo adecuado para determinar el mercado relevante porque se trata de acuerdo colusorio que tuvo lugar en un proceso de contratación pública.

3.3. COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y MERCATTI S.A. MERCATTISA vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

La empresa NOVARTIS presentó una denuncia en contra de los operadores económicos Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma, MERCATTI S.A. MERCATISSA, JAIME JOSE GERARDO GUTIERREZ GONZALEZ LABORATORIOS GUTIERREZ. La superintendencia inició la investigación respectiva y concluyó que la conducta de los operadores económicos Mercatti y Cuharma vulneró el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM por la existencia de colusión en compras públicas. La superintendencia indicó que esta conducta se presenta “...cuando existen acuerdos o practicas entre oferentes o proponentes para coordinar sus posturas en el marco de un proceso de contratación estatal con el fin de establecer el escenario propicio para que uno de ellos resulte ganador o adjudicatario del contrato.”²⁰⁰

Los operadores económicos coludieron en el marco de un procedimiento de subasta inversa electrónica convocado por el Hospital Teodoro Maldonado Carbo de Guayaquil para la adquisición del medicamento ELTROMBOPAG SOLIDO ORAL 25 MG para el área de hematología del hospital.²⁰¹

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente SCPM-CRPI-001-2020*, 04 de agosto de 2020, 88.

²⁰¹ *Ibíd.*, 98.

En cuanto al mercado relevante, la superintendencia indicó que al tratarse de un acuerdo horizontal, esto es, un acuerdo realizado entre operadores en el mismo nivel respecto del mercado, el mercado de producto es el proceso de contratación pública en su fase precontractual, con temporalidad abril – julio de 2018 efectuado por el hospital²⁰².

Para llegar a esta conclusión, la superintendencia hace un análisis cualitativo de la sustituibilidad de la demanda, así como de la oferta. En el primer caso, al tratarse de un procedimiento de contratación pública, la superintendencia utilizó como base las disposiciones relativas al sistema de contratación pública, los parámetros técnicos implícitos en dichas normas y los pliegos y términos de referencia determinados por la entidad contratante. La superintendencia se enfoca en la etapa preparatoria del procedimiento porque en este periodo es donde se elabora y se aprueban los pliegos. Además, la superintendencia indica que en contratación pública, una vez definidos los pliegos, no se puede alterar el objeto de la contratación.

En base a estos aspectos, la superintendencia concluyó que el mercado de producto es un mercado restringido por las consideraciones técnicas que están en los pliegos. Por esa razón, no existe bienes sustitutos porque se trata de un producto único demandado por el comprador. Por eso, el procedimiento de contratación pública de subasta inversa electrónica es el mercado relevante *per se*.²⁰³

Por lo que respecta a la sustituibilidad de la oferta, la superintendencia indica que se circunscribe a los participantes dentro del proceso de contratación pública a través de subasta inversa electrónica para la adquisición del producto objeto del contrato. Con el mismo análisis de la sustituibilidad de la demanda, las consideraciones técnicas, normativas y procedimentales impiden el desplazamiento de la demanda y la oferta hacia sustitutos porque el proceso de contratación público es en sí mismo el mercado relevante.²⁰⁴ Además, se determinó que el mercado temporal comprende desde el inicio del proceso de contratación pública hasta la publicación de la resolución de declaratoria de desierto.²⁰⁵

Por último, la superintendencia señala que el mercado geográfico es nacional porque el ámbito de alcance de los competidores dentro del proceso de contratación es nacional. Además, la superintendencia señaló que las necesidades del estado se expresan a

²⁰² *Ibíd.*, 120.

²⁰³ *Ibíd.*, 114 – 117.

²⁰⁴ *Ibíd.*, 118.

²⁰⁵ *Ibíd.*, 121.

través de sus diferentes entidades públicas en todo el territorio nacional y los proveedores participación también a nivel nacional.

El 4 de agosto de 2020, la Comisión de Resolución de Primera Instancia declaró que los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y MERCATTI S.A. MERCATTISA, incurrieron en la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Por consiguiente, la autoridad de competencia les impuso una multa de USD 1978.63 a los dos operadores económicos respectivamente.

En este caso, la superintendencia hace un análisis adecuado para definir el mercado relevante porque utiliza un criterio cualitativo al tratarse de un acuerdo colusorio que se presentó en un proceso de contratación pública. Además, la superintendencia analiza la sustituibilidad de la oferta de la demanda y el mercado temporal. Por lo tanto, existe una explicación coherente del proceso metodológico que permiten sustentar las conclusiones de la autoridad de competencia.

3.4. Análisis comparativo de los casos sobre prácticas restrictivas

Con la finalidad de verificar si existe un cambio en la tendencia de la superintendencia al momento de analizar el mercado relevante, en el siguiente cuadro se sintetizará los principales hallazgos de los casos.

Prácticas restrictivas			
Caso	Resolución	Principales hallazgos	Conclusiones
Recuperación de Capital Contact Center Recapt S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado.	<ul style="list-style-type: none"> Sanción por colusión en un proceso de contratación pública por la existencia de colaboración de dos compañías. 	<ul style="list-style-type: none"> El mercado de producto está delimitado por los pliegos de la contratación. Por eso no existe sustituibilidad. 	El mercado de producto y servicio se analiza en el contexto de un acuerdo colusorio al tratarse de un proceso de

	<ul style="list-style-type: none"> • El Tribunal Contencioso Administrativo estableció que la multa fue calculada de forma inadecuada. • La Corte Nacional de Justicia anuló la decisión y estableció que el estándar aplicable es la regla de razón y que no constituye una infracción por objeto. 	<ul style="list-style-type: none"> • El análisis cualitativo es suficiente por tratarse de un proceso reglado por la ley. • El mercado geográfico es nacional en virtud de que la convocatoria al proceso de contratación pública fue nacional. 	<p>contratación pública. La metodología utilizada permite sustentar las conclusiones.</p>
<p>Jorge Franklin Hinojosa Arteaga vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sanción por la existencia de un acuerdo colusorio al verificarse la existencia de relaciones legales y financieras entre dos proveedores 	<ul style="list-style-type: none"> • El mercado de producto está delimitado por los pliegos de la contratación. • Se utiliza un criterio cualitativo al tratarse de un proceso regulado por la ley. 	<p>El mercado de producto y servicio se analiza en el contexto de un acuerdo colusorio al tratarse de un proceso de contratación pública. La metodología</p>

		<ul style="list-style-type: none"> • El mercado geográfico es nacional porque la convocatoria fue nacional. 	utilizada permite sustentar las conclusiones.
<p>COMERCIALIZADOR A KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y MERCATTI S.A. MERCATTISA vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sanción por la existencia de un acuerdo colusorio en un proceso de contratación pública. 	<ul style="list-style-type: none"> • El Mercado de Producto es el proceso de contratación pública en su fase precontractual, con temporalidad abril – julio de 2018 • Se explica el análisis cualitativo de la sustituibilidad de la demanda y de la oferta utilizando los pliegos y términos de referencia • Se concluye que es un mercado restringido por las 	<p>El mercado relevante se basa en un criterio cualitativo por tratarse de un proceso de contratación pública y se analiza adecuadamente la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. La metodología permite entender las conclusiones a las que llega la autoridad de competencia.</p>

		consideraciones que constan en los pliegos.	
--	--	---	--

Como se puede observar, existe un ligero cambio en la tendencia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a pesar que se trata de procesos en donde la definición tiene una metodología específica. En los dos primeros casos el análisis es básico porque se explican únicamente algunos aspectos esenciales del mercado relevante en contratación pública, mientras que en el último caso la superintendencia explica toda la metodología que utiliza para llegar a su conclusión. Por lo tanto, del análisis del último caso se puede verificar que, a pesar de la existencia de algunas falencias en un el primero caso, el criterio de la superintendencia está en armonía con la legislación ecuatoriana y los principios básicos para la definición del mercado relevante, al menos cuando se trata de acuerdos colusorios.

4. El mercado relevante en las prácticas desleales

Como hemos manifestado, la legislación ecuatoriana, a más de investigar prácticas anticompetitivas, también se encarga de las prácticas desleales. De acuerdo a María Elena Jara el derecho de protección contra la competencia desleal “...no sanciona las distracciones de la clientela *per se*, pues la libre competencia implica necesariamente una lucha por captar clientela, la misma que se adhiere a quien ofrezca mejores condiciones...”²⁰⁶. La misma autora indica que no es necesario la existencia de un daño porque la infracción se consuma cuando existe un potencial daño consecuencia del uso de medios ilícitos. La doctrina ha establecido dos criterios para determinar el éxito de los actos de competencia desleal: la materialidad y la independencia. La materialidad implica que cada acto de competencia desleal deba ser valorado de forma independiente sin entren a un análisis de lo que en un futuro se realice o se deje de realizar. Por otra parte, la independencia tiene relación a que los actos de competencia desleal no están condicionados a la producción de los resultados que se espera.²⁰⁷

En el Ecuador los actos de competencia desleal que son conocidos por la superintendencia deben tener por característica impedir, restringir, falsear, o distorsionar

²⁰⁶ María Elena Jara Vázquez, “La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado”, en *Derecho Económico Contemporáneo*, 215.

²⁰⁷ *Ibíd.*

la competencia, atender contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. En caso de no encontrarnos en esta situación, el acto de competencia desleal es de conocimiento de los jueces civiles quienes no tienen los mismos mecanismos preventivos que la superintendencia.²⁰⁸

Ahora bien, en el sistema ecuatoriano, existen conductas que por su naturaleza son infracciones *antitrust* pero que también son parte del catálogo de conductas de competencia desleal y viceversa. Así mismo, una misma conducta puede encontrarse en ambas categorías. Por esa razón, esta identificación funcional entre las dos ramas del derecho desemboca en la aplicación de la misma metodología para analizar este tipo de actos. Consecuentemente, en función de la relación que hace la ley entre acto de competencia desleal y falseamiento o distorsión de la competencia, la Superintendencia ha establecido que en cada caso de competencia desleal debe analizarse el mercado relevante en función de lo establecido en la ley.²⁰⁹

4.1 Corporación el Rosado vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

La SCPM inició una investigación con la finalidad de verificar si un grupo de operadores económicos incurrió en la conducta establecida en el artículo 27 numeral 2 de la LOCPM, esto es, actos de engaño que induzcan a error al público. Entre esos operadores económicos estaba Corporación El Rosado quien había comercializado productos (aceites) cuyo etiquetado inducía a error a público porque en la etiqueta del envase constaba la palabra *light*. Una vez llevada la investigación, la Superintendencia sancionó a Corporación el Rosado por esta conducta e impuso una multa de USD. 3.094,456.19. El argumento del órgano sancionador fue que no se proporcionó a los consumidores información exacta sobre el aceite comestible denominado *light*.

En el procedimiento administrativo la Comisión, haciendo suyas las conclusiones de la Intendencia, en el Informe Final y el Informe Final Ampliatorio concluyó que los mercados relevantes de producto constituyen los aceites vegetales en el cual se incluyen los aceites comestibles *light*, es decir, que el mercado relevante está compuesto de los aceites vegetales comunes y los aceites *light*. Sin embargo, Corporación El Rosado

²⁰⁸ *Ibíd.*, 225.

²⁰⁹ *Ibíd.*, 226.

argumentó que esta conclusión es falsa puesto que los aceites light constituyen un mercado distinto a los aceites vegetales comunes.²¹⁰

El fundamento económico que utilizó la Comisión se sustenta en dos partes principales: un análisis de correlación de precios y otro de elasticidad cruzada. La prueba de correlación de precios tiene como fundamento el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo.²¹¹ La elasticidad cruzada o elasticidad precio cruzada de la demanda es una medida de sensibilidad que presenta la cantidad demandada de un producto o servicio frente a variaciones en el precio de otros.²¹²

Corporación el Rosado indicó que los coeficientes de correlación obtenidos por la Intendencia no permiten determinar la existencia de un mercado relevante conformado por los aceites vegetales comunes y los aceites light por las siguientes razones:

- a. Los resultados del análisis de correlación de precios son ininteligibles
- b. En caso de existir correlación de precios, sería en el mejor de los casos espuria en vista de que obedecería a que los aceites light y los aceites comunes tienen costos en común
- c. La Intendencia reconoce que la correlación no es suficiente para determinar sustituibilidad
- d. Al no existir información sobre las variables sobre las que se obtuvo el coeficiente de correlación, no se puede determinar si la correlación es significativa
- e. La correlación no permite inferir la existencia de causalidad entre las variaciones de las cantidades demandadas de ambos tipos de bienes
- f. No se realizaron pruebas para determinar la estacionariedad o no estacionariedad de los precios relativos a los aceites vegetales comunes y los aceites light
- g. Algunos aceites vegetales constituyen mercados de producto independiente. Por lo tanto, no es posible que formen parte de un solo mercado relevante con los aceites light.²¹³

²¹⁰ Dunker Morales, “Recurso de Apelación”, en *Procedimiento Administrativo SCPM-CRPI-2015-076*.

²¹¹ Ecuador, *Resolución No. 011 (Expidense los métodos de determinación de mercados relevantes de la junta de regulación de la ley orgánica de regulación y control de poder de mercado)*, art. 10.

²¹² *Ibíd.*, art. 9.

²¹³ Dunker Morales, “Recurso de Apelación”, en *Procedimiento Administrativo SCPM-CRPI-2015-076*.

Así mismo, Grupo el Rosado indicó que debió utilizarse el Test del Monopolista Hipotético para determinar el mercado relevante puesto que es el método más conveniente y además recomendado por la normativa de la Junta de Regulación. Su argumento central es que con la prueba del Monopolista Hipotético de los aceites light se habría podido aumentar los precios de forma redituable, en consecuencia, se podría determinar que los aceites light conforman un mercado distinto al de los aceites vegetales regulares. La lógica está en que existen diferencias entre las bondades de los dos tipos de aceites. Por lo tanto, los consumidores estarían dispuestos a pagar más por un aceite de este tipo respecto al aceite regular por los beneficios que este trae. Así, si un monopolista ofertara aceites light podría aumentar sus precios por litro de aceite que adquirir las opciones menos saludables.²¹⁴

En síntesis, indican que si la autoridad hubiera aplicado el test del monopolista hipotético se habría determinado que los aceites *light* conforman un mercado relevante distinto al de los aceites comunes en virtud de que sus características. Además, las condiciones socioeconómicas de sus consumidores traen como consecuencia que unos aumentos de los precios de los mismos no se traducen en una pérdida crítica.²¹⁵

Finalmente, se indicó que la incorrecta determinación del mercado relevante de los aceites comunes y los aceites light conlleva a que la sanción que se impone a Corporación el Rosado sea exorbitante porque tomando en consideración el mercado determinado por la Comisión el volumen de negocios es de USD 13.753.138.63 y la multa impuesta es de USD 3.094.456.19 mientras que en un mercado relevante correctamente definido el volumen de negocios es de USD 57.360 y la multa sería de 5.736. Por lo tanto, la incorrecta determinación del mercado relevante es de tal importancia porque influye notoriamente al momento de imponerse la sanción respectiva de acuerdo a la infracción.²¹⁶

Posteriormente, la empresa impugnó esta resolución ante los jueces competentes por varias causales. En relación al mercado relevante se alegó que (i) la participación del accionante en el mercado relevante es marginal (no supera el 0.08%) en comparación con otros operadores económicos; y, que (ii) la entidad accionada no explicó el procedimiento adoptado para determinar el mercado relevante de aceites light.

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ *Ibíd.*

El Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil en la parte motiva de la sentencia, en los mismos términos que la Corte Europea de Justicia²¹⁷, reconoce que la determinación del mercado relevante es un elemento esencial, y señala que la superintendencia determinó que el mercado asciende a la suma de USD 13.753.138,63 sin especificar la fuente a través de la cual llega a esa conclusión.²¹⁸

Así mismo, el órgano jurisdiccional indico que la superintendencia no indica el modo de obtención de este valor, ni ningún otro detalle técnico que permita colegir la determinación del monto del mercado relevante. Por eso, el tribunal concluye que esta información carece de fundamento factico porque no existen antecedentes al respecto que permitan determinar el criterio para adoptarlo.²¹⁹

En consecuencia, el tribunal indica que existe una motivación diminuta porque no se explicó la metodología, temporalidad, o recursos utilizado por la autoridad de competencia para determinar el mercado relevante de aceites light. De modo que, al no haberse justificado la forma de obtención de la información del mercado relevante el tribunal considera que se ha viciado la motivación de la resolución sancionatoria.²²⁰

La importancia de estudio de este caso está en verificar en que por primera vez un órgano jurisdiccional reconoce la importancia de determinar correctamente el mercado relevante y explicar adecuadamente el procedimiento que se utilizó para llegar a su conclusión. La falta de este último requisito conlleva la nulidad del acto administrativo. Como se puede observar, la motivación en materia de competencia, por su naturaleza esencialmente económica, implica un ejercicio adicional a otros procedimientos administrativos.

En conclusión, la autoridad de competencia en este caso en concreto no explica de forma apropiada la metodología que utilizó para determinar el mercado relevante incluso a pesar que utiliza dos pruebas. Si bien realiza un análisis de correlación de precios y otro de elasticidad cruzada no explica detalladamente como llega a las conclusiones de que los aceites comunes y los aceites light participan en el mismo mercado de referencia. Además, no utiliza el Test del Monopolista Hipotético, que como he manifestado, es la prueba más utilizada para determinar el grado de sustituibilidad de

²¹⁷ Judgment of the Court of 21 February 1973. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6-72. *European Court Reports* 1973 - 00215.

²¹⁸ Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, "Sentencia", en *Juicio No: 09802-2016-00608*, 29 de noviembre de 2016.

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

un producto. Consecuentemente, la superintendencia al no poder sustentar su investigación de mercado vicia de nulidad al procedimiento administrativo por falta de motivación.

4.1. Reckitt Benckiser S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El 18 de julio de 2013 la empresa CLOROX DEL ECUADOR S.A presentó una denuncia en contra del operador económico RECKITT BENCKISER S.A. y RECKITT BENCKISER N.D. por presuntas prácticas desleales de engaño en una campaña publicitaria comparativa, entre el producto de marca “Vanish” y aquellos que utilizan cloro, cuyo contenido podría ser contrario a los usos o costumbres honestas en el tráfico mercantil, en el mercado de productos de quitamanchas textiles.²²¹

En esta virtud, se indicó que en las publicaciones existes afirmaciones y dramatizaciones que proporcionan al consumidor información que podrían confundir sobre el origen empresarial de los productos que son elaborados en base al cloro, engañarlo por inducir a error sobre las características que poseen los productos limpiadores que utilizan cloro, y por la difusión de aseveraciones falsas con la finalidad de menoscabar el crédito del operador en el mercado.

El 30 de enero de 2015 la Comisión de Resolución de Primera Instancia decidió sancionar al operador económico denunciado con una multa de USD 79.483,97 por haber incurrido en prácticas desleales de confusión, engaño, denigración y comparación.

Ahora bien, la Intendencia en el Informe de Resultados de la Investigación señaló que en el marco de las prácticas desleales denunciadas por CLOROX , sobre la promoción de productos de la marca VANISH, dicho producto puede ser catalogado como un blanqueador y quitamanchas de tejidos de uso doméstico al igual que los productos de lavandería elaborados a base de cloro. Así, el producto “Vanish Max 2X Poder Removedor de Manchas” es un producto de presentación líquida, cuyo principio activo es el peróxido de hidrogeno mientras que los productos a base de cloro tienen al propio cloro (hipoclorito de sodio) como ingrediente activo. Por lo tanto, se investigó el conjunto

²²¹ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente 048-SCPM-CRPI-2014*, 30 de enero de 2015, 2.

de blanqueadores y quitamanchas de tejidos de uso doméstico que incluyan al peróxido de hidrogeno y al hipoclorito de sodio como principio activo.²²²

En relación a la sustituibilidad de la demanda, la Intendencia indica las características de los agentes blanqueadores y quitamanchas y divide estos dos productos en dos clases según sus principios activos: los clorados y los oxigenados. En el primer caso, el principio activo es el hipoclorito de sodio y en el segundo el peróxido de hidrogeno. Posteriormente, hace un análisis de estos principios activos.²²³

Una vez que hace el estudio sobre la clasificación de los quitamanchas y blanqueadores la Intendencia hace un análisis de los ingredientes, propiedades y recomendaciones de uso de estos productos de uso doméstico de acuerdo a las etiquetas de los mismos y hace un análisis de correlación de precios para encontrar evidencia de sustituibilidad entre estos productos para determinar si están en el mismo mercado.²²⁴

Como resultado, la Intendencia indica que del estudio de los ingredientes se puede desprender que el principio activo es el que separa los productos oxigenados de los clorados y que según las características de los mismos se puede determinar su uso. Además, se puede establecer que estos productos son bienes complementarios de los detergentes.

Ahora bien, del análisis de las marcas mejor posicionadas en los supermercados más grandes del país se seleccionaron los productos de tamaño comparable y se hace un análisis de correlación de precios donde una correlación negativa fuerte sería indicio de que no existe sustituibilidad y evidencia *prima facie* de que dos productos no pertenecen a un mismo mercado y en sentido contrario para el caso de correlaciones positivas. En este sentido, la Intendencia indica que si bien existen más razones para que los precios de dos bienes se muevan de determinada manera la inferencia de los datos se complementa un el análisis de las características y usos del producto realizado previamente.

Por consiguiente, se realiza una tabla en donde las correlaciones entre los precios de los productos oxigenados líquidos y los precios de los productos oxigenados en polvo son mayores a 0.8 y muy cercanas a 1. De modo que, se puede inferir que los productos oxigenados y están dentro del mismo mercado. Igualmente, la correlación entre los precios de los productos oxigenados líquidos y los precios de productos clorados, al igual

²²² Ecuador Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, “Informe de Resultados de la Investigación”, en *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2013-007*, 05 de enero de 2015, 23.

²²³ *Ibíd.*, 24-26.

²²⁴ *Ibíd.*, 26-29.

que los precios de productos oxigenados en polvo y los precios de productos clorados, son positivas para la mayoría de los casos, las mismas no son muy fuertes porque no llegan ni al 0.8 y difieren de las encontradas en los casos de las correlaciones entre precios de productos oxigenados solamente. Por lo tanto, en función de las correlaciones a primera vista se evidencia sustituibilidad entre productos oxigenados y clorados

Adicionalmente a esa información, las características y usos de los dos tipos de productos se puede inferir que los productos clorados son sustitutos de los oxigenados en el caso que el consumidor busque blanquear o desmanchar un tejido blanco porque en el caso de que el consumidor busque blanquear o desmanchar un tejido de color, nunca va a comprar un producto clorado si no está en la percha un producto destinado a quitar manchas en ropa de color. Por otra parte, los productos clorados son sustitutos entre ellos.

En base a estas consideraciones se concluye²²⁵ que los blanqueadores y quitamanchas se dividen en dos clases oxigenados y clorados, los cuales tienen distinto principio activo. Tienen características similares, aunque existen diferencias específicas entre los productos. La correlación de precios indica sustitución entre ciertos tipos de productos. Finalmente, concluye que existe un mercado para los quitamanchas y blanqueadores de tejidos blancos de uso doméstico compuesto por productos oxigenados y clorados, mientras que hay otro mercado para los quitamanchas de tejidos de color de uso doméstico compuesto por los productos oxigenados.

En relación a la sustituibilidad de la oferta, la Intendencia explica el concepto de la misma e indica el proceso de elaboración de productos de lavandería en general, de lavandería en polvo y lavandería de líquidos. Sin embargo, concluye que la sustituibilidad de la oferta hace relación a potenciales participación que pueden ejercer una restricción competitiva en el mercado actual y reconoce que para efectos de la definición del mercado de producto el análisis de la sustituibilidad de la demanda es más importante porque si bien podrían incluir los oferentes de otras industrias, no necesariamente sus productos formarían parte del mercado relevante porque cualquier restricción competitiva se da en el mercado relevante.²²⁶

Así, se concluye que, del análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, existe un mercado para los blanqueadores y quitamanchas de tejidos blancos de uso doméstico que incluyen productos clorados y oxigenados y otro mercado para los

²²⁵ *Ibíd.*, 34.

²²⁶ *Ibíd.*, 29-31.

blanqueadores y quitamanchas de tejidos de color de uso doméstico que incluye a los oxigenados.

En relación al mercado geográfico, la Intendencia indica que puesto que los conductos se produjeron por medios de comunicación masivos se puede deducir que el alcance fue nacional. Sin embargo, indica que la oferta de los productos es absorbida por los supermercados que expenden al consumidor final. Así, se concluye que la sustitución se da dentro de los supermercados que es donde el consumidor encontraría el producto ante la falta de alguno de ellos o algún cambio relevante de precios.²²⁷

En tal virtud, se realiza una tabla de las ventas de los productos de los operadores económicos en los principales supermercados de acuerdo al volumen de ingresos. Como resultado, se concluyó que las presuntas conductas desleales y los efectos de las mismas se pueden dar en cualquier establecimiento a nivel nacional.

En resumen, de acuerdo a las conclusiones del análisis económico²²⁸, existe un mercado relevante para los quitamanchas y blanqueadores de tejidos blancos de uso doméstico compuesto por productos oxigenados y clorados, mientras que hay otro mercado relevante para los quitamanchas de tejidos de color de uso doméstico compuesto únicamente por los productos oxigenados de acuerdo al análisis de las características y usos de los productos.

Las presiones competitivas del lado de la oferta no son significativamente altas puesto que están involucrados costos de investigación y desarrollo.

Los productos se ofertan principalmente en cadenas de supermercados, siendo la cadena más grande la de Corporación La Favorita. En esta cadena los productos de marca VANISH representan el 37 por ciento de ventas en el mercado de blanqueadores y quitamanchas de tejidos de color de uso doméstico mientras que los productos Clorox tienen un 13 por ciento. El 17 por ciento restante se reparte en los demás operadores económicos.

Así se puede determinar que los productos del denunciando concentran la mayor parte de las ventas de los dos mercados relevantes definidos, pudiendo las supuestas prácticas desleales desviar la clientela de los productos del denunciante hacia el denunciado, cambiar potencialmente la estructura de los mercados y atentar contra la eficiencia económica.

²²⁷ *Ibíd.*, 31-34.

²²⁸ *Ibíd.*, 34-36.

Por último, indica que las prácticas desleales afectaron el bienestar de los consumidores y a la eficiencia económica del otro mercado relevante, esto es, del mercado de los quitamanchas y blanqueadores de tejidos blanco de uso doméstico debido a la distorsión que las conductas generaron en el comportamiento de los consumidores porque redujeron la capacidad de adoptar una decisión de compra con conocimiento de causa.

Por lo tanto, la asimetría de información dio lugar a la publicidad engañosa y denigrante redujo la eficiencia en la asignación de recursos y también el bienestar de los consumidores que tenían dentro de su cesta de consumo productos clorados para desmanchar o blanquear tejidos.

Finalmente, en este caso la autoridad de competencia hace un análisis adecuado respecto al mercado de producto, la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, y el mercado geográfico en virtud de que utiliza criterios cualitativos como las características y el uso de los bienes que son parte del mercado de producto, así como criterios cualitativos como la prueba de correlación de precios para determinar si existe o no sustituibilidad. En relación al mercado geográfico la superintendencia hace un análisis del porcentaje de ventas de los productos a las principales líneas de supermercados en el país y concluye que el alcance del mismo es nacional.

4.2.NESTLE ECUADOR S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El 04 de octubre de 2013 la Ministra de Salud Pública del Ecuador comunica a la Superintendencia que el logo institucional del Ministerio fue utilizado en una actividad de promoción y publicidad de la empresa Nestlé del Ecuador S.A. Una vez realizado el proceso de investigación, la Superintendencia indica que existen méritos para formular cargos en contra del operador económico NESTLE ECUADOR S.A. por la comisión de prácticas desleales contempladas en el numeral 2 del artículo 27 de la ley, esto es, actos de engaño.²²⁹

La Comisión de Resolución de Primera Instancia resolvió multar al operador económico con la cantidad de USD 157.807, 26 por haber incurrido en la mencionada infracción. Además, impuso como medida correctiva que la empresa realice una campaña publicitaria en los principales medios de comunicación para difundir las consecuencias

²²⁹ Ecuador Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, "INFORME FINAL", en Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2014-016, 11 de enero de 2017, 1-2.

en materia de competencia de la indebida utilización del logotipo o insignias del Ministerio de Salud Pública.

La Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales en el Informe de Resultados de la Investigación en relación al mercado de producto indicó que el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la leche materna adoptado en 1981 por la Asamblea Mundial de salud definió a la misma como todo alimento comercializado o de otro modo presentado como sustituto parcial o total de la leche materna sea o no adecuado para ese fin. ²³⁰Posteriormente, hace un resumen de la historia de la comercialización de la leche materna.²³¹

En cuanto a la sustituibilidad de la demanda se indica que en el mercado nacional se puede encontrar varias fórmulas diseñadas para satisfacer necesidades de cada lactante. Así, con la finalidad de determinar la sustitución cualitativa de las formulas infantiles, se agruparon a los productos por las características de uso. En primer lugar, para los infantes que no requieren tratamiento especial se identificaron los productos correspondientes a las empresas Abbot Laboratorios del Ecuador Cía. Ltda., Aspenphama, Mead Jhonson, Nestre y Ordesa. En consecuencia, se identificaron los precios de los sucedáneos de leche materia que corresponden a fórmulas iniciales con un contenido de 400 gramos ubicándolos en un rango de USD 9,25 y 20.71 y estableciendo los productos más costosos.²³²

En segundo lugar, se identificó los otros tipos de fórmulas infantiles para tratar problemas específicos de los lactantes como anti reflujo, estreñimiento o gases, bajo peso al nacer o prematuros o elaborados libre de lactosa o base de soya. Por lo tanto, se establecieron los precios por cada uno de estos criterios.²³³

Finalmente, en función de las características de uso, la Intendencia indica que se puede considerar como sustitutos a los productos que tienen la misma finalidad que satisfacen las demandas realizadas por los clientes en dicho mercado. Además, para determinar el grado de sustitución de los sucedáneos de leche materia desde un enfoque cuantitativo utiliza la prueba de correlación de precios en el periodo 2011-2014 utilizando logaritmos de los precios de las formulas infantiles que reportan la mayor cantidad de

²³⁰ *Ibíd.*, 7.

²³¹ *Ibíd.*, 8.

²³² *Ibíd.*, 9.

²³³ *Ibíd.*, 10.

ventas en cada una de las empresas del mercado de donde se obtuvieron los coeficientes de correlación.²³⁴

A continuación, la Intendencia explica la prueba de correlación de precios que se aplica en el supuesto de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo. De modo que, se toma en consideración si el coeficiente de correlación es mayor a 0.8 se tiene evidencia a favor de un grado de sustitución entre los bienes, mientras que los valores inferiores demuestran que los productos no son sustituibles. A través de esta prueba la Intendencia pudo determinar que los precios del producto Nestogeno 1 Formula Infantil de Nestlé tiene alto grado de correlación con los productos sucedáneos de las empresas Abbot Laboratorios, Aspenpharma, Mead Jhonson y Ordesan. Por lo tanto, existe sustitución entre dichos productos. Por otra parte, de la misma prueba se determinó que el producto Neocate de Nutriva no es sustituto de una formula infantil regular por la baja correlación de sus precios. No obstante, se deja presente que por sus características de uso antialérgica se puede sustituir con el producto Alfare DS082 y NAN Lactosa Free de Nestlé. Por último, en función al análisis cualitativo y cuantitativo se determina que el mercado del producto de los sucedáneos de leche Materna a las empresas Nestle Abbot Laboratorios, Aspenpharma, Mead Jhonson y Ordesan²³⁵.

Ahora bien, respecto al mercado geográfico la Intendencia indicó que debido a la distribución del folleto objeto de la presunta práctica desleal fue en varias ciudades del país en donde compiten las demás empresas, el mismo corresponde al ámbito nacional.²³⁶

En resumen, se puede observar que se delimita el mercado de producto como los productos que son sucedáneos de leche materna. Además, se determina el grado de sustitución de los bienes de acuerdo a la prueba de correlación de precios y se toma en consideración las características y el uso de los bienes como parámetros cualitativos. Finalmente, se toma en consideración que el mercado geográfico fue nacional en virtud de que el folleto que utilizó el logo del ministerio se distribuyó en varias ciudades.

Este caso en particular resulta interesante porque la autoridad de competencia no solo toma en consideración aspectos cualitativas como el uso y las características sino también un parámetro cualitativo que es la prueba de correlación de precios que está

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ *Ibíd.*, 11.

²³⁶ *Ibíd.*, 12.

establecida en la Resolución No. 011. La prueba de correlación de precios “es un indicador estadístico utilizado para evaluar la existencia de relaciones de tipo lineal entre dos variables, en este caso, la evolución del precio de dos productos.”²³⁷ Sin embargo, no se utiliza criterios cuantitativos para determinar el mercado geográfico.

La Comisión Europea utilizó este indicador para definir el mercado en la industria del agua embotellada en Francia en el caso *Nestle/Perrier*.²³⁸ El análisis de correlación de precios descansa en la suposición intuitiva de que el precio de los productos que son sustitutos deben tener un movimiento conjunto.²³⁹ Sin embargo, existe limitaciones en el uso de este análisis. El precio de los productos está limitado por los costos incurridos en su producción, el nivel de demanda de los mismos, y la disponibilidad de los precios de sus sustitutos. Cuando se usa correlaciones para determinar si dos bienes están en el mismo mercado, se está asumiendo que lo que determina el movimiento de los precios es principalmente la influencia de las diferencias en el precio de los bienes en el comportamiento del consumidor. Sin embargo, hay otros factores que pueden provocar un movimiento en los precios y producir una correlación positiva como un shock en la demanda.²⁴⁰

4.3. OTECEL vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El 23 de enero de 2015 la ciudadana Marina de Lourdes Garzón Ruiz presentó una denuncia en contra de la compañía OTECEL S.A. porque dicha empresa incurrió en un acto de publicidad engañosa al indicar que como consecuencia de la introducción de tecnología “HSPA+” se estaba ofertando el servicio de 4G en el mercado de las telecomunicaciones. Una vez que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales avocó conocimiento de la denuncia, indicó que el ámbito de competencia de la LORCPM está relacionado a conductas que vulneran el interés público más no cuando se afecta al interés particular. Además, señaló que no se determinó si el uso de alguna valla publicitaria mermó de manera significativa la libertad de elección o conducta del consumidor, ni que existió una afección al normal funcionamiento del mercado. En

²³⁷ Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco, “Dificultades Para La Definición Del Mercado Relevante”, (Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre de 2005) 44.

²³⁸ *Ibíd.*, 48.

²³⁹ Davis Peter y Eliana Garcés, "Market Definition" en *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, 161-229. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2010. doi:10.2307/j.ctt7sqz9.8. 1, 70.

²⁴⁰ *Ibíd.*, 175.

consecuencia, resolvió que no existe mérito para la prosecución de la instrucción y archivó el procedimiento administrativo.²⁴¹

La Intendencia, en el acápite quinto de la resolución sobre el “análisis económico e indicios de afectación al mercado” indicó que a efectos de determinar la posible afectación al mercado o al interés general de los consumidores es necesario definir el mercado relevante. En tal virtud, indica que el mercado de producto se refiere a la telefonía móvil de voz ofrecido por los operadores que intervienen en el sector de las telecomunicaciones mientras que el mercado geográfico comprende todo el territorio nacional.²⁴² Sin embargo, en este acápite, no realiza ningún análisis económico que le permite llegar a esta conclusión.

Lo único que la Intendencia realiza es la elaboración de un gráfico en donde explica al crecimiento de número de clientes de las operadoras en el mercado durante el periodo de 2009 al 2014. En base a esto, la Intendencia concluye que el acto de publicidad engañosa no generó una ventaja competitiva en el mercado. Para corroborar esta conclusión, la Intendencia realiza dos gráficos adicionales, el primero, sobre las variaciones porcentuales y el segundo sobre la participación porcentual en el mercado de cada operadora.²⁴³

Esta resolución de la Intendencia fue apelada por la denunciante y resuelta por el máximo órgano administrativo indicando que el hecho de sancionar a OTECEL implicaría vulneración al principio *non bis in ídem* puesto que OTECEL S.A. ya fue sancionado por la Superintendencia de Telecomunicaciones y en un proceso judicial sobre derechos de los consumidores. Sin embargo, con posterioridad, el Superintendente subrogante inició un proceso administrativo (recurso de revisión) sobre la resolución que indicó que no existió mérito en esta causa y dejó sin efecto dicho acto.

En consecuencia, la empresa afectada impugnó esta resolución ante el Tribunal Contencioso Administrativo en la ciudad de Guayaquil. En la contestación a la demanda, la defensa técnica de la Superintendencia indicó que el antecedente del recurso de revisión fue un informe por parte del Intendente de Investigación de Prácticas Desleales en donde hace observaciones respecto a los casos que se habían archivado, en especial sobre la resolución de archivo de 13 de marzo de 2015 indicando que en la misma “...no se puede

²⁴¹ Ecuador Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, “Resolución”, en *Expediente SCPM-IIOD-2015-008*, 13 de marzo de 2015, 26-28.

²⁴² *Ibíd.*, 12.

²⁴³ *Ibíd.*, 13-14.

establecer con precisión la afectación al mercado porque no existe un informe económico del mercado relevante, en especial no se ha investigado como se benefició OTECEL, en cuanto a la venta de quipos telefónicos...”.²⁴⁴ En otras palabras, en el proceso judicial, la misma Superintendencia reconoce su error al establecer que no existió una metodología para determinar el mercado relevante. Por último, el órgano jurisdiccional decidió declarar la nulidad del acto administrativo que revocó la resolución de 13 de marzo por haberse violentado el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso por falta de motivación.²⁴⁵

Es menester indicar que si bien en esa época, no estaba promulgada la Resolución No. 011 sobre los métodos para determinar los mercados relevantes no es menos cierto que la Superintendencia como órgano de la administración pública debía tomar en consideración los parámetros internacionales para determinar el mercado relevante puesto que le ley que fue promulgada con anterioridad y le facultaba para ello. En otras palabras, al existir norma que impone una obligación a la administración, la misma en ejercicio de sus potestades implícitas, a mi criterio, podía haberse remitido a parámetros internacionales.

En conclusión, la Intendencia no realizó un examen para determinar el mercado relevante, consecuentemente, sus conclusiones sobre el mercado de producto y el mercado geográfico fueron arbitrarias porque no se explicó la metodología utilizada para el efecto. Este particular queda reconocido en la contestación a la demanda propuesta por OTECEL S.A. al indicar que no existe un informe económico del mercado relevante y que este particular fue la génesis para revocar la resolución de la superintendencia.

4.4. OTV MULTUCABLE v. Superintendencia de Control de Poder de Mercado

El operador económico LOS LAGOS TV presentó una denuncia en contra del operador económico OTV MULTICABLE. La superintendencia inició la investigación respectiva y concluyó que la conducta del operador económico denunciado vulneró el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM por haber obtenido una ventaja competitiva en el mercado relevante. La autoridad de competencia sancionó al operador económico por haber prestado servicios de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico, en

²⁴⁴ Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio No: 17811-2016-01347*, 09 de marzo de 2017.

²⁴⁵ *Ibíd.*, Parte resolutive.

varias parroquias del cantón Otavalo, sin contar con el título habilitante otorgado por la autoridad respectiva, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

En cuanto al mercado relevante, la superintendencia indicó que el mismo está conformado por los servicios de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico y satelital de planes básicos en gana baja, que está disponible en ciertas parroquias rurales de Otavalo, durante el periodo de agosto de 2015 a diciembre de 2017.²⁴⁶ El mercado de producto es el de servicio de audio y video por suscripción “AVS” que se presta a través de la modalidad de cable fijo y satelital.

Para determinar la sustituibilidad de la demanda, la superintendencia realizó un análisis de sustitución cualitativo y cuantitativo. En el primer caso, se hace el análisis en cuanto al precio de los servicios. En el segundo caso, la superintendencia utilizó la prueba de correlación de precios y concluye que existe un único mercado relevante compuesto por los servicios de televisión pagada en modalidad de cable físico. No obstante, la autoridad indica que el número de observación no es representativo y descarta el resultado de la correlación y valida el análisis cualitativo porque existe bajos costos de sustitución. Además, se realiza un análisis de encuestas a consumidores que permitió concluir que los consumidores tienen preferencia por adquirir un servicio en función a los beneficios que les brindan los servicios, aunque existe sensibilidad debido al precio que tiene una mayor relevancia al momento de elegir el producto. Así, la superintendencia concluye que la televisión pagada en modalidad física y satelital son sustitutos de gama baja.²⁴⁷

De la misma forma, la superintendencia realizó un análisis de la sustitución de la oferta y la competencia potencial utilizando la prueba de sustitución de la oferta o SSS. Así, se concluyó que los potenciales competidores del operador económica no cuentan con los activos para migrar su prestación de servicios a la televisión por cable porque tienen que incurrir en costos hundidos significativos para brindar el servicio. Asimismo, se determinó que los potenciales competidores cuentan con canales de distribución adecuados, y que existen barreras de entrada legales porque existe regulación en materia de telecomunicaciones y frecuencias del espectro radioeléctrico. Por último, la superintendencia concluyó que los potenciales competidores enfrentarían barreras de entrada económicas en casos de incursionar en el mercado de sistemas AVS.²⁴⁸

²⁴⁶ Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, “Resolución”, en *Expediente SCPM-CRPI-044-2018*, 26 de febrero de 2019, 9.

²⁴⁷ *Ibíd.*, 6-7.

²⁴⁸ *Ibíd.*, 7.

Por lo que respecta al mercado geográfico, la superintendencia considero las zonas en donde se prestó el servicio sin autorización. Además, se aplicó la prueba de costos de transporte y se concluyó que para que el operador económico amplió su zona de cobertura tiene que incurrir en ciertos costos. Finalmente, la superintendencia indico que el mercado geografía es local.²⁴⁹ También se analizó el mercado temporal que fue el periodo en donde se prestó el servicio sin autorización.²⁵⁰

La Comisión de Resolución de Primera Instancia impuso al operador económico OTV MULTICABLE una multa de USD 2018.52 por haberse comprobado la existencia de una ventaja competitiva significativa que fue adquirida de forma ilícita por el operador investigado. Además, se esclareció que la norma incumplida es de carácter obligatorio para los operadores que compiten en el mercado de prestación de servicios de audio y video por suscripción.²⁵¹

En conclusión, la autoridad de competencia para definir el mercado de producto utiliza criterios cuantitativos como cualitativos para determinar tanto la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. Asimismo, utiliza un criterio cuantitativo para establecer el mercado geográfico. Por lo tanto, el examen que realiza la superintendencia es correcto porque explica correctamente la metodología utilizada para llegar a sus conclusiones.

4.4. Análisis comparativo de los casos sobre prácticas desleales

Con la finalidad de verificar si existe un cambio en la tendencia de la superintendencia al momento de analizar el mercado relevante en las prácticas desleales, en el siguiente cuadro se sintetizará los principales hallazgos de los casos.

Prácticas desleales			
Caso	Resolución	Principales hallazgos	Conclusiones
Corporación el Rosado vs Superintendencia de Control de	<ul style="list-style-type: none"> Sanción por la existencia de actos de engaño que induzcan al error al público 	<ul style="list-style-type: none"> Se utilizó como criterios cuantitativos el análisis de correlación de 	<ul style="list-style-type: none"> La definición del mercado relevante es defectuosa porque la

²⁴⁹ *Ibíd.*, 9.

²⁵⁰ *Ibíd.*, 8.

²⁵¹ *Ibíd.*, 37.

<p>Poder de Mercado</p>	<p>por la comercialización de aceites con la palabra <i>light</i>.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Tribunal Contencioso Administrativo declaro la nulidad del procedimiento administrativo porque no se explico la metodología utilizada. 	<p>precios y la elasticidad cruzada para analizar la sustituibilidad de la demanda. Sin embargo, no se comprensible la metodología utilizada.</p>	<p>autoridad de competencia no explica adecuadamente la metodología que utilizó para llegar a sus conclusiones.</p>
<p>Reckitt Benckiser S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sanción por la existencia de actos de engaño por inducir a la confusión a los consumidores sobre las características que poseen los productos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se analiza la sustituibilidad de la demanda y de la oferta apropiadamente. • Se utiliza criterios cualitativos como las características y el uso de los productos. • Se utiliza la prueba de correlación de precios como prueba cuantitativa. 	<ul style="list-style-type: none"> • La autoridad de competencia define el mercado relevante de forma adecuada porque explica la metodología que utilizó para llegar a sus conclusiones.

		<ul style="list-style-type: none"> • Se analiza el porcentaje de ventas para delimitar el mercado geográfico. 	
<p>NESTLE ECUADOR S.A. vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado</p>	<p>Sanción por la existencia de actos de engaño por utilizar el logo del Ministerio de Salud Pública.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se utilizó criterios cualitativos al analizar el uso y el precio de los productos. • Se utiliza la prueba de correlación de precios como análisis cuantitativo. • No se explica el criterio que se utilizó para determinar el mercado geográfico. 	<ul style="list-style-type: none"> • El mercado de producto es definido correctamente. Sin embargo, no se explica el criterio utilizado para definir el mercado geográfico.
<p>OTECCEL vs Superintendencia de Control de Poder de Mercado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se archivó el procedimiento administrativo porque no se determinó que la conducta afecto al normal desenvolvimiento del mercado. 	<ul style="list-style-type: none"> • No se utiliza ningún criterio cuantitativo ni cualitativo. 	<ul style="list-style-type: none"> • La definición del mercado es defectuosa porque no se explica la metodología utilizada para llegar a las conclusiones.

<p>OTV MULTUCABLE v. Superintendencia de Control de Poder de Mercado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sanción por haber prestado servicios de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico, en varias parroquias del cantón Otavalo, sin contar con el título habilitante otorgado por la autoridad respectiva. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se realiza un análisis de sustitución utilizando un criterio cualitativo tomando en consideración el precio del producto. • Se realiza un análisis de sustitución utilizando la prueba de correlación de precios. • Se realiza una encuesta a los consumidores • Se realiza la prueba de sustitución de la oferta o SSS • Para determinar el mercado geográfico Se aplica la prueba 	<p>La autoridad de competencia hace un análisis adecuado para definir el mercado herramienta porque utiliza herramientas cuantitativas y cualitativas que permiten comprender la metodología de la superintendencia para llegar a sus conclusiones.</p>
--	---	---	---

		de costos de transporte.	
--	--	--------------------------	--

Como se puede observar, la autoridad de competencia, en el primer caso utiliza criterios cuantitativos para definir el mercado, aunque la metodología es completamente deficiente porque no se entiende las conclusiones a las que llega la superintendencia. En el cuarto caso, la superintendencia no utiliza ningún tipo de criterio que permitan sustentar sus conclusiones. En el tercer caso, se define correctamente el mercado de producto, pero no existe evidencia del uso de alguna prueba cuantitativa para la definición del mercado geográfico. Finalmente, en los otros casos, la superintendencia realiza un análisis adecuado del mercado relevante utilizando criterios pertinentes que permite verificar la metodología utilizada para definir el mercado relevante. Estos dos últimos casos también permiten verificar que existe un cambio en la tendencia de la superintendencia en relación a los otros casos.

5. Breve referencia al mercado relevante y las concentraciones económicas

Tradicionalmente el derecho de competencia se ha centrado en el análisis de poder de mercado que tienen o tendrán en un futuro determinadas empresas. En el campo de las operaciones de concentración la autoridad de competencia busca impedir la creación o el refuerzo de una posición dominante en un determinado mercado o la obstaculización significativa de la competencia efectiva. En este contexto, la definición del mercado de referencia nos ayuda a determinar las partes o cuotas de mercados de las empresas en cuestión.²⁵²

Una concentración económica ocurre cuando dos o más entidades formalmente independientes se unen. En consecuencia, distintos tipos de transacciones y acuerdos llevados por operadores económicos pueden resultar en la unificación de un operador económico que se encargará del proceso de toma de decisiones. Por lo tanto, cada estado

²⁵² José María Beneyto Pérez, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, 661.

necesita adoptar una definición sobre lo que es una concentración económica o *merger*²⁵³ con el propósito de regular estas operaciones.²⁵⁴

En este sentido, la LORCPM nos indica que una concentración económica es el cambio o toma de control de uno o varios operadores económicos a través de actos como la fusión de operadores económicos; la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante; la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma; la vinculación mediante administración común; y, cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.²⁵⁵

El mismo cuerpo normativo nos indica que los operadores económicos que son parte de una concentración económica están obligados a notificar a la Superintendencia tanto en los procedimientos de concentración horizontales como en los verticales como concurren dos situaciones. La primera, cuando el volumen de negocios total en el Ecuador de los dos partícipes supere el monto establecido por la Junta de Regulación²⁵⁶ y cuando los operadores económicos se dediquen a la misma actividad económica y como consecuencia de la concentración adquieran o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto en el ámbito nacional o el mercado geográfico definido dentro del Ecuador.²⁵⁷ La idea del ente regulador fue que el primer

²⁵³ En derecho de competencia el termino *merger* equivale a concentración económica. Sin embargo, en otras ramas del derecho, *merger* equivale a fusión, adquisición, o absorción. Véase Laura Mestre, “Cuestiones terminológicas relativas a la traducción de textos de derecho de la competencia del inglés al español”, *La Linterna del Traductor*, <http://www.lalinternadeltraductor.org/n10/derecho-competencia.html>.

²⁵⁴ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law Text, cases, and materials*, 1085.

²⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 14.

²⁵⁶ La Junta de Regulación estableció la obligación de notificar cuando el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de partícipes en la concentración supere los montos en remuneración básicas unificadas de la siguiente forma: concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores cuando supere 3.20.000 RBU; concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro 214.00 RBU y concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro 214.000 RBU. Véase Ecuador, *Resolución No. 099 (Fijar los umbrales del monto de volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los partícipes en una operación de concentración económica sobre el cual se debe cumplir con el procedimiento de notificación previa)* Registro Oficial 622, Suplemento, 25 de septiembre de 2015, art. 3.

²⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, Registro Oficial 298, art. 15.

umbral se aplique a las concentraciones verticales y la segunda a las horizontales. Sin embargo, los umbrales se aplican a todo tipo de concentración.

El propósito del control de concentraciones económicas es permitir a la autoridad de competencia regular los cambios en la estructura del mercado decidiendo si dos o más compañías comerciales pueden fusionarse, combinarse o consolidarse en un solo negocio. La tarea de las autoridades de competencia es identificar y prohibir las fusiones que tienen un impacto tan adverso en la competencia que cualquier beneficio que resulte de ellas sea mayor.²⁵⁸

Ahora bien, la principal preocupación de las autoridades de competencia, cuando analizan una concentración económica, es si la misma tendrá efectos adversos horizontales. Puede existir también preocupación respecto a los efectos verticales y los efectos que generen una conglomeración, pero estos últimos son raros. Es posible también, que los tres efectos se presenten en un solo caso.²⁵⁹

Los efectos horizontales ocurren cuando una fusión toma lugar entre actuales o potenciales competidores en el mismo mercado de producto y mercado geográfico y en el mismo nivel de producción o ciclo de distribución. Como principio general, los efectos horizontales de las fusiones presentan un peligro mucho mayor para la competencia que los verticales. Del mismo modo, los acuerdos horizontales se tratan más estrictamente que los verticales. Las fusiones horizontales pueden ser estructuradas tanto por sus efectos unilaterales o no coordinados como por sus efectos coordinados.²⁶⁰

Los efectos unilaterales o no coordinados ocurren cuando, por ejemplo, A se fusiona con B y la entidad fusionada AB puede ser capaz, como resultado de la fusión, de ejercer poder de mercado. La más obvia manifestación de este ejercicio de poder de mercado es la posibilidad de incrementar los precios, pero también existen otras posibilidades como por ejemplo la reducción de la producción, la calidad o variedad e innovación de los productos.²⁶¹ En cambio, los efectos coordinados ocurren cuando A se fusiona con B y como resultado AB (aunque no sea dominante) será capaz, o será más capaz que A y B actuando de forma independiente, de coordinar su comportamiento competitivo en el mercado con otras empresas, por ejemplo C y D y así ejercer un poder de mercado colectivo²⁶² o una colusión tácita.

²⁵⁸ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law Text, cases, and materials*, 1085.

²⁵⁹ Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 830.

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*, 838.

²⁶² *Ibíd.*, 839.

Los efectos verticales pueden experimentarse cuando se produce una fusión entre empresas que operan en diferentes niveles de mercado, aunque complementarios, para el mismo producto final: por ejemplo, A podría producir una materia prima (un producto aguas arriba) para un producto producido por B (un producto aguas abajo). A menudo, tales fusiones mejorarán, o serán neutrales, en términos de eficiencia económica, pero existe la posibilidad de que la integración vertical pueda tener un efecto perjudicial en la competencia, ya sea porque podría impedir el acceso al mercado por parte de terceros o porque podría llevar a una colusión entre la entidad fusionada y tercero.

Han existido algunas ocasiones en que las autoridades de competencia han tenido inquietudes acerca de las fusiones, no debido a los efectos horizontales o verticales, sino a los posibles efectos de conglomerado. Por ejemplo, una fusión entre A y B, que no son competidoras horizontales ni están funcionalmente relacionadas verticalmente, podría permitir que la entidad fusionada AB use su poder de mercado en dos mercados diferentes pero relacionados, o incluso no relacionados, para excluir competidores. Ahora bien, si las fusiones de conglomeración deberían controlarse es un tema controversial. En los Estados Unidos, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio hace mucho tiempo dejaron de interesarse por los efectos de conglomerado de las fusiones. La Comisión Europea considera que las fusiones de conglomerado no conducirán a ningún problema de competencia en la mayoría de las circunstancias, pero en algunas ocasiones sí ha encontrado resultados adversos.²⁶³

En nuestro sistema jurídico, para autorizar las operaciones de concentración económica se utilizan los siguientes criterios: el estado de situación de la competencia en el mercado relevante; el grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores; la necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura, así como los actuales o potenciales competidores; la circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia; la contribución que la concentración pudiere aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, el fomento del avance tecnológico o económico del país, la competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no

²⁶³ *Ibíd.*, 831.

tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales; el bienestar de los consumidores nacionales si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia y la diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.²⁶⁴

La metodología que utiliza el Ecuador para la revisión de las concentraciones es una prueba de dominio. El artículo 15 de la ley establece que la superintendencia debe evaluar si una fusión crea, fortalece o altera el poder de mercado. Para realizar esta evaluación la superintendencia analiza la participación del mercado de las partes que se van a fusionar y sus competidores en el mercado relevante. Sin embargo, la tendencia global es utilizar la prueba de disminución sustancial de la competencia (DSC). Esta prueba se enfoca en los efectos de la fusión en el mercado y en la pérdida de competencia entre las empresas, antes que en aspectos estructurales como las cuotas de mercado. Por esa razón, adoptar la prueba DSC permitiría al sistema de control de fusiones verificar efectos anticompetitivos de las fusiones por debajo del umbral de dominación, examinar los efectos coordinados y abarcar las fusiones de conglomerados.²⁶⁵

²⁶⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*, art. 22.

²⁶⁵ OCDE, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador*, 67 - 68

Conclusiones

La definición del mercado relevante es un medio adecuado que permite establecer el poder de mercado de un operador económico. El proceso se realiza identificando los productos o servicios que son sustitutos entre sí, y si estos sustitutos ejercen presión competitiva en el comportamiento de los oferentes de los productos o servicios.

La importancia de la definición del mercado relevante radica en que una conducta anticompetitiva puede ser juzgada en virtud de las características de los productos que les hagan precisas para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos. La falta de definición o de la definición que generen una incertidumbre fundamental conlleva a la nulidad de la resolución.

Para determinar el mercado relevante se utiliza criterios cualitativos como las características, el uso y el precio, así como pruebas cuantitativas como el Test del Monopolista Hipotético o la Prueba de Correlación de Precios. Sin embargo, la autoridad de competencia no puede basarse en un solo criterio porque las conclusiones podrían ser erradas como sucedería, por ejemplo, si solo se adoptara el criterio cualitativo. Por lo tanto, es necesario balancear la aplicación de los criterios cualitativos y cuantitativos de modo que permitan recabar información precisa sobre la situación de la competencia.

La normativa ecuatoriana establece criterios cualitativos y cuantitativos para definir el mercado relevante. Es facultad discrecional de la autoridad cómo utilizar estos criterios para aplicarlos en casos en concreto. Sin embargo, lo fundamental es que se expliquen los motivos y razones que sirven de base a la autoridad para llegar a sus conclusiones. En nuestro sistema jurídico, la omisión de este último punto es causal de nulidad del acto administrativo por falta de motivación.

A pesar de que la mayoría de procesos administrativos sobre conductas anticompetitivas son confidenciales, se pudo analizar la metodología utilizada en expedientes que son públicos por haber sido objeto de recursos subjetivos en los tribunales contencioso-administrativo en Quito y Guayaquil y porque la autoridad de competencia ha publicado casos nuevos. La evidencia empírica indica que la autoridad de competencia, en la mayoría de casos explicados en líneas anteriores, no utilizó criterios cuantitativos ni cualitativos para la determinación del mercado relevante a pesar que el ordenamiento jurídico le faculta para ello. Sin embargo, se observa un cambio en la tendencia al definir el mercado relevante por parte de la superintendencia en los últimos

casos que ha resuelto especialmente en casos sobre prácticas restrictivas y prácticas desleales. Esto demuestra que existe un desarrollo en el criterio de la superintendencia.

La definición del mercado relevante es una institución jurídico económica que tiene que ser estudiada a profundidad porque es un pilar fundamental del derecho de la competencia y el paso previo para analizar cualquier tipo de conducta anticompetitiva de acuerdo a nuestro sistema jurídico.

Bibliografía

- Bahamonde Delgado Rubén. “El Poder de Mercado y su relevancia en el Derecho de la Competencia Europeo”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n°. 17 (2013): https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12527/AD_17_2013_art_24.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Beneyto Pérez. José María, dir. *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*. Barcelona: Bosch, 2005.
- Comisión Europea. *Comunicación de la CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de Competencia*. Diario Oficial C 372 de 09 de julio de 1997.
- Cortázar Mora, Javier. *Curso de derecho de la competencia [antimonopolios]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Temis, 2011.
- Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law. An analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Bloomsbury Plc, 2016.
- Jara Vázquez, María Elena. “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *FORO* 26 (2016): 11-2, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5802/1/03-TC-Jara.pdf>.
- Jara Vázquez, María Elena. “La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado”. En *Derecho Económico Contemporáneo*, editado por María Elena, Jara Vázquez. Quito: Corporación Editora Nacional 2017.
- Jiménez Latorre, Fernando y Cañizares Pacheco, Enrique. “Dificultades Para La Definición Del Mercado Relevante”. Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre de 2005.
- Jones, Alison, Sufrin, Brenda y Dunne, Niamh. *EU Competition Law Text, cases, and materials*. Oxford: Oxford University Press. 2019.
- Jones, Alison y Sufrin, Brenda. *EU Competition Law Text, cases, and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Kaplow, Louis. “Market definition, market power”. *International Journal of Industrial Organization* 43 (2015): 148-161. doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.05.001.
- Kaplow, Louis. "WHY (EVER) DEFINE MARKETS?". *Harvard Law Review* 124, no. 2 (2010): 438-517. <http://www.jstor.org/stable/25763013>.

- Kaplow, Louis. "Market definition". En *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, editado por Roger D. Blair y D. Daniel Sokol, 345-364. New York, USA: Oxford University Press, 2015.
- Kaplow, Louis. "MARKET DEFINITION: IMPOSSIBLE AND COUNTERPRODUCTIVE.". *Antitrust Law Journal* 79, no. 1 (2013): 361-379.
<https://www.jstor.org/stable/43486961>
- Lerga Garralda ,Carlos Fernandez. *Derecho de la Competencia Comunidad Europea y España*. Pamplona: Aranzandi, 1994.
- Mestre, Laura. "Cuestiones terminológicas relativas a la traducción de textos de derecho de la competencia del inglés al español". *La Linterna del Traductor*.
<http://www.lalinternadeltraductor.org/n10/derecho-competencia.html>.
- Navarrete Serrano, Mario. "Un cañon para matar mosquitos. Un breve comentario sobre el régimen ecuatoriano de competencia desleal". *Grupo de Investigación de Derecho de Competencia*, 06 de diciembre de 2019.
<https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/competencia-desleal-ecuador-mosquitos/>.
- OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador*. 2021.
- OECD. "Competition and Barriers to Entry". *Policy Brief*. January 2017.
- OECD. "Market definition". *POLICY ROUNDTABLES*. 2017
- Ortiz Blanco, Luis. *Manual de derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 2008
- Peter, Davis y Garcés, Eliana. "Market Definition". En *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, 161-229. Princeton; Oxford: Princeton University Press, (2010). doi:10.2307/j.ctt7sqz9.8. 1.
- Rodger ,Barry J. *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*. London: Routledge-Cavendish, 2009.
- Santos Dávalos, Oswaldo. "¿Hacia dónde va el derecho de competencia ecuatoriano?". En *Derecho Económico Contemporáneo*, editado por María Elena, Jara Vázquez. Quito: Corporación Editora Nacional 2017.
- Santos Dávalos, Oswaldo. "Introducción al Régimen de las Prácticas Restrictivas". *Novedades Jurídicas* (2014).
- Santos Dávalos, Oswaldo. "Las prácticas desleales y la regla del per se". *Grupo de Investigación de Derecho de Competencia*, 10 de noviembre de 2019.
<https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/practicas-desleales-regla-per-se-ecuador/>

- Schaerr, Gene C. “The Cellophane Fallacy and the Justice Department's Guidelines for Horizontal Mergers”. *The Yale Law Journal* 94, no. 3 (1985): 670-93. doi:10.2307/796239.
- Signes de Mesa, Juan Ignacio. Fernández Torres, Isabel. Fuentes Naharro, Mónica. Alonso Ledesma, Carmen. Fernández Torres, Isabel. Fuentes Naharro, Mónica. *Derecho De La Competencia. 1a. ed. Tratados Y Manuales*. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2013.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*.
- Wish, Richard y Bailey, David. *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Legislación y jurisprudencia

- Competition Appeal Tribunal. *Aberdeen Journals Limited v Director General of Fair Trading* 1005/1/1/01 (2004) Comp AA 167. Para 96.
- Dunker Morales. “Recurso de Apelación”. En *Procedimiento Administrativo SCPM-CRPI-2015-076*.
- Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. en Expediente 0009-SCPM-CRPI-2013. 07 de febrero de 2014. 8
- Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-2016-061*. 08 de marzo de 2017.
- Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-0025*. 29 de junio de 2018. 5.
- Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-0025*. 29 de junio de 2018. 6
- Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-001-2020*. 04 de agosto de 2020.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. en *Expediente SCPM-CRPI-044-2018*. 26 de febrero de 2019.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-2015-019*. 07 de septiembre de 2015.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-2015-019*. 08 de octubre de 2019.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-2014-019*. 04 de mayo de 2015.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente 048-SCPM-CRPI-2014*. 30 de enero de 2015. 2

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente 0009-SCPM-CRPI-2013*. 07 de febrero de 2014.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. en *Expediente SCPM-CRPI-018-2019*. 16 de julio de 2019.

Ecuador Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “Resolución”. En *Expediente SCPM-CRPI-001-2019*. 15 de marzo de 2019.

Ecuador Intendencia de Investigación Abuso de poder de Mercado y Prácticas Restrictivas. “Informe de Resultados de la Investigación”. En *Expediente SCPM-IIAPMPR-EXP-2015-017*. 07 de febrero de 2014. 8.

Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas. “Informe de Resultados”. En *Expediente SCPM-IIAPMAPR*. 25 de junio de 2013. 12

Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas. “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-031-2016”. En *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-023-2013*. 15 de marzo de 2019. 54.

Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas. “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-058-2014”. En *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-009-2014*. 20 de abril de 2015.

Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas. “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-001-2015”. En *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2013-007*. 05 de enero de 2015.

Ecuador Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas. “Informe No. SCPM-IIAPMAPR-001-2015”. En *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2013-007*. 05 de enero de 2015.

Ecuador Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. “Informe de Resultados de la Investigación”. En *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2013-007*. 05 de enero de 2015.

Ecuador Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. “INFORME FINAL”. en *Expediente SCPM-IIAPMAR-EXP-2014-016*. 11 de enero de 2017.

Ecuador Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. “Resolución”. En *Expediente SCPM-IIOD-2015-008*. 13 de marzo de 2015.

Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio No: 09801-2014-0125*. 25 de octubre de 2018.

Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio No: 09801-2014-0125*. 25 de octubre de 2018.

Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio No: 17811-2016-01347*. 09 de marzo de 2017.

Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio No: 09802-2016-00608*. 29 de noviembre de 2016.

Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio No: 09802-2016-00608*. 29 de noviembre de 2016.

Ecuador Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Sentencia”. En *Juicio No: 17811-2016-01271*. 19 de mayo de 2017.

Ecuador. *Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*. Registro Oficial 298. Suplemento. 12 de octubre de 2011.

Ecuador. *Reglamento de aplicación a la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado*. Registro Oficial 697. Suplemento. 07 de mayo de 2012.

Ecuador. *Resolución No. 011 (Expídanse los métodos de determinación de mercados relevantes de la junta de regulación de la ley orgánica de regulación y control de poder de mercado)* Registro Oficial 952. Suplemento. 21 de noviembre de 2017.

Ecuador. *Resolución No. 099 (Fijar los umbrales del monto de volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los partícipes en una operación de concentración económica sobre el cual se debe cumplir con el procedimiento de notificación previa)*. Registro Oficial 622. Suplemento. 25 de septiembre de 2015.

European Union. Case. No COMP/M.3178. *œ. Bertelsmann. /. Springer/JV*.

Judgment of the Court of 13 February 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities Dominant position. Case 85/76.

Judgment of the Court of 14 February 1978. United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas. Case 27/76.

Judgment of the Court of 21 February 1973. Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities. Case 6-72. European Court Reports 1973 -00215.

Judgment of the Court of 21 February 1973. Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities. Case 6-72. *European Court Reports 1973 -00215*.

Judgment of the Court of 21 February 1973. Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities. Case 6-72.

Judgment of the Court of 9 November 1983. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. Abuse of a dominant position - Discounts on tyre purchases. Case 322/81. Par. 41

Judgment of the Court of 9 November 1983. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. Abuse of a dominant position - Discounts on tyre purchases. Case 322/81.

Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 9 September 2009. Clearstream Banking AG and Clearstream International SA v Commission of the European Communities. Competition - Abuse of a dominant position - Financial services - Decision finding an infringement of Article 82 EC - Refusal to provide cross-border clearing and settlement services - Discriminatory pricing - Relevant market - Imputability of the infringement. Case T-301/04.

Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber, extended composition) of 30 January 2007. France Télécom SA v Commission of the European Communities. Competition - Abuse of a dominant position - Market for services in high-speed Internet access - Predatory pricing. Case T-340/03.