

BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

BOLETIM LATINO-AMERICANO DE CONCORRÊNCIA

Nº 27 - extra

Diciembre 2010

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>



El concepto de Mercado Relevante y su Falta de Claridad en la Legislación Mexicana sobre la Competencia

por Adriaan Ten Kate sr.

.....

El concepto de Mercado Relevante y su Falta de Claridad en la Legislación Mexicana sobre la Competencia

*por Adriaan Ten Kate sr.**

E-mail: adtenkate@hotmail.com

* Hasta 2006 Director General de Estudios Económicos de la Comisión Federal de Competencia, ahora consultor independiente.

1. Introducción

- 1.1 Antecedentes del concepto de mercado relevante
- 1.2 El enfoque del monopolista hipotético
- 1.3 Discrecionalidad e inseguridad legal
- 1.4 Propósito y organización

2. El Mercado Relevante en Teoría

- 2.1 Las dimensiones del mercado
- 2.2 La sustitución al lado de la demanda
- 2.3 Sustitución al lado de la oferta
 - 2.3.1 Sustitución entre productos
 - 2.3.2 Sustitución entre productores
- 2.4 La admisión de la sustitución entre productos en la etapa de la determinación del mercado relevante
- 2.5 La producción para uso propio y el auto-suministro de servicios

3. La Delimitación de Mercados Relevantes en la Práctica

- 3.1 El producto ancla
- 3.2 El procedimiento
- 3.3 Detalle de especificación de los productos
- 3.4 Las dos etapas para la determinación del poder de mercado

4. El mercado relevante en el régimen de competencia de México

5. Observaciones finales

1. Introducción

1.1 Antecedentes del concepto de mercado relevante

El concepto de “mercado relevante” surgió a mediados del siglo pasado en la jurisprudencia del antitrust de Estados Unidos y desde entonces ha llegado a jugar un papel cada vez más importante en el análisis de las concentraciones, por un lado, y en la resolución de las prácticas monopólicas relativas, por el otro. Más recientemente se ha venido empleando también en investigaciones de poder sustancial con el fin de determinar la necesidad de imponer regulaciones *ex ante* en sectores específicos. En todas estas aplicaciones la determinación de los mercados relevantes es un primer paso en la evaluación del poder que los agentes económicos pueden tener en ellos.

El uso del concepto no se ha limitado al análisis del antitrust de Estados Unidos. Casi todas las demás jurisdicciones de competencia han seguido el ejemplo de este país y han adoptado el término mercado relevante tarde o temprano en la aplicación de su legislación de competencia. Algunos regímenes instalados más recientemente, entre los cuales se encuentra el mexicano, han incorporado el concepto inclusive en el lenguaje oficial de sus estatutos, convirtiéndolo de esa manera de una simple herramienta de análisis en un requisito legal.¹

Es preciso señalar que el significado del término es mucho más específico de lo que resulta de la simple combinación de las dos palabras de uso común, *mercado y relevante*. Por lo tanto, no se puede suponer que su significado se entiende del lenguaje común. Además, a pesar de la importancia que el concepto ha adquirido en el análisis de competencia, brilla por su ausencia en la literatura teórica. De hecho, es difícil encontrar en los libros de texto de organización industrial o de micro-economía una mención del término, y es virtualmente imposible encontrar una descripción satisfactoria de lo que significa.

Aun así, fue hasta 1982 que el Departamento de Justicia de Estados Unidos dio por primera vez una definición formal de lo que es un “antitrust market” en un documento oficial del gobierno de ese país (los Merger Guidelines) y fue hasta los Horizontal Merger Guidelines de 1992 (en adelante los Guidelines), suscritos no solamente por el Departamento de Justicia sino también por la Comisión Federal de Comercio, que se hizo una distinción formal entre mercados, por un lado, y mercados relevantes, por el otro.² En muchas otras jurisdicciones, inclusive en aquellas donde el término figura en el lenguaje oficial de los códigos de competencia, se habla de las circunstancias en las que es preciso determinar el mercado relevante y de los factores que hay que considerar para su delimitación, pero se guarda un silencio completo sobre lo que “es” un mercado relevante.³

1.2 El enfoque del monopolista hipotético

El enfoque adoptado en los Guidelines para la definición conceptual del mercado relevante se conoce como la *prueba del monopolista hipotético*. Se trata de una definición sumamente larga y abultada de condicionantes, que

¹ Según mis conocimientos, la ley mexicana es el primer código de competencia que menciona el término “mercado relevante” explícitamente.

² Véase U.S. Department of Justice, Merger Guidelines (1982), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. 102, y U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. 104. En el último documento se encuentra la definición formal del mercado relevante que citamos en el texto, en el “overview” del apartado 1. Market definition, measurement and concentration.

³ Por ejemplo, la Ley Federal de Competencia Económica de México menciona en su Artículo 12 los criterios que habrá que considerar para la determinación del mercado relevante, pero no define el concepto.

requiere de lecturas repetidas para que se capte su idea. A continuación se reproduce el texto completo.

Un mercado se define como un producto o un grupo de productos y un área geográfica en la que se produce(n) o se vende(n), de tal forma que una empresa hipotética que fuera el único productor o vendedor de esos productos en esa área, que maximice sus ganancias y que no esté sujeta a regulación de precios, probablemente impondría por lo menos un incremento pequeño pero significativo y no transitorio al precio, suponiendo que los términos de intercambio de todos los demás productos se mantienen constantes. Un mercado relevante es un grupo de productos y un área geográfica no más grande de lo necesario para cumplir con esta prueba.⁴

Presento esta definición no tanto para informar al lector de lo que es un mercado relevante, sino más bien como curiosidad. La primera pregunta que se ofrece es si existe en algún campo de alguna ciencia una definición de algún concepto que se compare en longitud, vaguedad y complejidad con la del mercado relevante citada arriba. Una segunda pregunta es si aquellos que pensaban entender lo que es un mercado relevante de la simple combinación de las dos palabras de uso común, realmente tenían en mente algo que se parezca a esta definición.

De hecho, la forma de concebir mercados (relevantes) como grupos de productos en un área geográfica es único para el análisis de competencia. En ningún otro ámbito el término mercado tiene un sentido semejante. En el lenguaje común un mercado es más bien un lugar (real o virtual) donde concurren competidores de determinados productos con el fin de atraer compradores en búsqueda de precios competitivos. En la teoría económica el concepto de mercado también se vincula normalmente con productos y zonas geográficas, pero el énfasis está más bien en el tipo de las transacciones y en los mecanismos de intercambio, mucho menos en los alcances de la presión competitiva. En el análisis de competencia los mercados y mercados relevantes son más bien esferas de alcance competitivo.

En su dimensión de producto el mercado relevante está formado por un grupo de productos entre los cuales existe una competencia efectiva. Es decir, cuando el oferente de uno de los productos aumente el precio del mismo, los consumidores pueden cambiar sus preferencias hacia otros productos del grupo. De esa manera, los otros productos ejercen una disciplina sobre el precio del primer producto y es precisamente esa disciplina de precios lo que pretende plasmar el concepto de mercado relevante. Solamente juntando el control de todos los productos en manos de un solo oferente, el monopolista hipotético, el aumento en el precio se vuelve rentable. De esa manera, los sustitutos cercanos del producto en

⁴ Traducción propia.

cuestión deben incluirse en el grupo, mientras que los sustitutos más lejanos deben quedar fuera, así como los productos no relacionados y los productos complementarios.

Un análisis más profundo del enfoque del monopolista hipotético va más allá del alcance de este artículo, pero no cabe duda de que la definición del mercado relevante de los Guidelines trae muchos cabos sueltos y deja muchas preguntas por contestar. Para dar algunos ejemplos, ¿Qué tan probable es probable, qué tan pequeño es pequeño, qué tan significativo es significativo, qué tan transitorio es transitorio, qué hacer si el monopolista impondría un incremento significativo al precio de un producto pero no al de otro, qué se supone sobre los términos de intercambio de los mismos productos fuera del área?, etc.⁵ Esto sin considerar las múltiples dificultades que se presentan en la aplicación de la definición en casos concretos. Aún así, hasta la fecha no se cuenta con definiciones alternativas con una aceptación comparable con la del monopolista hipotético.

1.3 Discrecionalidad e inseguridad legal

Esta situación no sería tan problemática, si hubiera un consenso internacional sobre la materia, pero nada es menos cierto. En otras jurisdicciones que han adoptado enfoques similares al de Estados Unidos, no se siguen las instrucciones de los Guidelines a la letra, sino se interpretan diversos aspectos importantes de forma distinta, lo cual puede conducir a mercados relevantes distintos. Lo más grave de esta situación es que en la mayoría de los casos es precisamente la definición del mercado relevante la que determina el sentido del fallo. Por lo tanto, no ha de sorprender que el tema siga siendo uno de los más controvertidos en la aplicación de las leyes de competencia.

Esta falta de claridad sobre el concepto de mercado relevante y sobre cómo determinarlo en la práctica, en conjunción con el papel tan importante que juega en la resolución de los casos, otorga una gran discrecionalidad a las autoridades de competencia. Por la ausencia de reglas administrables, las autoridades gozan de grandes espacios para determinar los mercados relevantes a su voluntad y, de esa manera, para decidir los casos en un sentido u otro. Podría argumentarse que esta discrecionalidad se encuentra por lo menos acotada hasta cierto punto por las decisiones que se han tomado con anterioridad, pero hasta en eso se defiende a veces el punto de vista de que los mercados relevantes pueden depender del caso específico de que se trate.⁶

⁵ Para una discusión más amplia de las limitaciones del enfoque del monopolista hipotético véase Adriaan ten Kate and Gunnar Niels (2008), *The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition*, *Journal of Competition Law and Economics*, doi: 10.1093/joclec/nhn029.

⁶ Véase, por ejemplo, Donald F. Turner, *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, *Harvard Law Review*, Vol. 70 (1956), p.315.

El otro lado de la moneda es la inseguridad legal que esta falta de definición genera, no solamente en México sino en prácticamente todas las jurisdicciones de competencia en el mundo. Al iniciarse una investigación, sea por conductas anti-competitivas, sea por concentraciones, en pocas ocasiones es posible prever con alguna certeza cómo las autoridades encargadas van a determinar los mercados relevantes del caso. Una consecuencia inmediata es que los empresarios a veces ni siquiera saben si la conducción cotidiana de sus negocios está o no está en violación de los códigos de competencia.

1.4 Propósito y organización

El propósito de este documento consiste en describir en un lenguaje sencillo, y accesible para no economistas, aquellos elementos conceptuales del mercado relevante, sobre los cuales sí se ha llegado a un consenso entre las jurisdicciones. Me refiero a estos elementos como los *principios básicos*. Asimismo, mencionaré algunas de las diferencias de interpretación que las jurisdicciones han dado al enfoque del monopolista hipotético.

Un tema que va más allá del alcance de este artículo es el grado de sustitución entre productos que es necesario para que un producto no pueda quedarse fuera del mercado de otro. Esta es la pregunta que pretende contestar la prueba SSNIP del enfoque del monopolista hipotético, tal vez la pregunta más controvertida de todas.⁷ En este ensayo me limito más bien a cuestiones aún más fundamentales que se tienen que resolver antes de abordar esta problemática.⁸

Puesto que la Comisión Federal de Competencia (en lo sucesivo la “Comisión”) no se ha expresado en sus más de 15 años de existencia sobre varios aspectos de la materia, es bien posible que esa autoridad no comparta los puntos de vista expresados en este artículo en todas sus dimensiones. En este caso el artículo debe concebirse como una invitación a la Comisión a pronunciarse claramente sobre los criterios que sigue.

En el próximo apartado se consideran los mercados y los mercados relevantes desde un punto de vista conceptual. Primero se describen los principios básicos de la noción “mercado antitrust” sobre los cuales existe consenso. En seguida, se contempla el fenómeno de la sustitución, tanto al lado de la demanda como de la oferta, así como el papel que juega tal sustitución en la determinación de los mercados relevantes. Se presta

⁷ SSNIP se refiere a “Small but Significant and Non-transitory Increase in Price”

⁸ Existe una literatura muy amplia sobre este tema. Algunas referencias son Gregory J. Werden (1998), *Demand Elasticities in Antitrust Analysis*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 66, p.363, y del mismo autor, *Market Delineation Algorithms Based on the Hypothetical Monopolist Paradigm*, Department of Justice, Antitrust Division, EAG Discussion Paper 02-8, August 2002. Véase también Malcolm B. Coate and Jeffrey H. Fischer (2008), *A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition*, *Journal of Competition Law and Economics*, forthcoming.

atención especial a la posibilidad de producir para uso propio y de auto-suministrarse servicios. En el tercer apartado se considera la forma en que se traducen los principios básicos y el fenómeno de la sustitución a la práctica de la delimitación de mercados relevantes en casos concretos. En ese apartado también se discute el detalle de especificación de los productos y las consecuencias que ese detalle pueda tener para el mercado resultante. En el cuarto apartado se analiza lo que dice la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo la LFCE⁹) sobre mercados relevantes. El último apartado presenta algunas observaciones finales.

2. El Mercado Relevante en Teoría

2.1 Las dimensiones del mercado

Es comúnmente aceptado que, para los fines del análisis de competencia, un mercado, y más en particular un mercado relevante, tiene dos dimensiones: una dimensión de producto (servicio) y una dimensión geográfica. En su dimensión de producto un mercado (relevante) consiste de un solo producto o de un grupo de productos que supuestamente son sustitutos entre sí. Por ejemplo, podría ser un mercado, o un mercado relevante, un solo producto, como lo es el cemento, o el grupo de productos de todas las diferentes bebidas alcohólicas. Asimismo, en su dimensión geográfica un mercado (relevante) es un área geográfica donde se producen o se venden esos productos y donde existe la posibilidad de sustitución entre las diferentes localidades de esa área, por ejemplo cuando los oferentes pueden mover sus productos fácilmente de un lugar a otro dentro de esa área. En su dimensión geográfica el mercado (relevante) podría ser la zona conurbada de la Ciudad de México, el Estado de Sinaloa, la República Mexicana o inclusive todo el mundo, por dar algunos ejemplos.

Una tercera dimensión de los mercados, que a veces se considera es la de clientela. Esto sucede cuando los proveedores en un mercado, definido como un grupo de productos y zona geográfica, pueden aplicar una discriminación de precios entre diferentes grupos de clientes entre los cuales no hay arbitraje. Un ejemplo de tal discriminación es la diferenciación de tarifas entre los usuarios residenciales y los comerciales en la telefonía básica. En tales casos se pueden dividir los mercados en mercados por separado según grupos de clientela. Otro ejemplo es el de la segmentación de los mercados según diferentes canales de distribución.

Una cuarta dimensión que sólo en algunas ocasiones se aplica a los mercados es la del tiempo. Esta dimensión cobra importancia para productos perecederos sujetos a estacionalidad para distinguir entre mercados de alta y de baja temporada, y para algunos servicios que se tienen que consumir al momento que se prestan, por ejemplo para distinguir

⁹ Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 24/12/1992. Última versión publicada en el DOF, 28/06/2006.

entre las horas pico y horas normales. También en este caso es la posibilidad de discriminación de precios y tarifas la que justifica la segmentación.

Es importante señalar que hay una dimensión que está ausente en esta lista, y que está ausente a propósito. Es la dimensión de proveedores u oferentes. En un mercado los productos que lo constituyen figuran como productos, sin importar quien los produzca. No se puede incluir un producto a condición de que sea producido por un productor o algunos productores específicos y excluir el mismo producto cuando es producido por otros. Tal proceder equivaldría a ignorar la competencia entre los productores incluidos y excluidos, una competencia real que supuestamente debe de ocurrir dentro del mercado.

Lo anterior no quiere decir que los productores o proveedores de los productos de un mercado no están “en” el mercado. Los proveedores están en el mercado en calidad de participantes, pero no “son” el mercado. Un mercado “es” un grupo de productos conjuntamente con su área geográfica, y eventualmente un grupo de clientela y un lapso de tiempo. Una vez determinado ese grupo y esa área, se puede establecer la lista de participantes tanto actuales como potenciales, no antes.

El hecho que un mercado (relevante) se concibe como un grupo de productos en combinación con un área geográfica, eventualmente para un grupo de clientes y para un lapso del tiempo, de ninguna manera es obvio. Como ya se observó líneas arriba, en el lenguaje común y en la teoría económica el concepto de mercado tiene otras interpretaciones. También el hecho que los mercados tienen las dimensiones mencionadas es exclusivo para el análisis antitrust.

En este artículo el análisis se limita principalmente a la dimensión de producto de los mercados. Esporádicamente se menciona la dimensión geográfica y la de clientela, pero la dimensión del tiempo queda fuera. Esto es para no complicar la exposición innecesariamente, además de que la mayoría de los argumentos son directamente transferibles hacia las otras dimensiones.

2.2 La sustitución al lado de la demanda

Se supone que los productos contenidos en el grupo que constituye la dimensión de productos de un mercado son sustitutos entre sí. Por lo regular, se distingue entre dos tipos de sustitución: la sustitución al lado de la demanda y la sustitución al lado de la oferta. En esta sección se considera la sustitución al lado de la demanda, en la siguiente la sustitución al lado de la oferta.

Un producto A es un *sustituto* del producto B *al lado de la demanda* cuando los consumidores cambiarían el producto A por el producto B en caso de

que el precio del producto B subiera. Para que un producto sea sustituto de otro en este sentido, no es necesario que todos los consumidores efectúen la sustitución; cuando algunos lo hacen, ya puede ser suficiente, sobre todo cuando se trata de consumidores fuertes.

A veces se considera que dos productos son sustitutos entre sí cuando cumplen con la misma función para los consumidores. Interpretando la sustitución de esa manera, el que dos productos sean o no sustitutos depende de la función que se considera y, puesto que los productos normalmente cumplen con diferentes funciones, tal definición es poco satisfactoria. Cuando la función es aliviar la sed, todas las bebidas son sustitutos, cuando la función es embriagarse, los refrescos ya no son sustitutos de las bebidas alcohólicas. Además, en la práctica la sustituibilidad entre productos depende de sus precios relativos. Aun cuando el transporte aéreo y el transporte terrestre cumplen con la misma función de trasladar personas de un lado a otro, la diferencia en tarifas hace que los dos no son sustitutos reales. En el análisis de competencia es la sustitución económica la que importa, no la funcional.

Además, la sustituibilidad entre productos es cuestión de grado. El producto A es un sustituto *cercano* del producto B cuando muchos de los consumidores (o consumidores fuertes) efectivamente cambian su preferencia por el producto A en respuesta a un aumento en el precio del producto B. Productos son sustitutos *lejanos* cuando los consumidores muestran más resistencia al cambio. En última instancia es la cercanía de la sustitución la que determina si diferentes productos pertenecen o no al mismo mercado relevante.

Cuando dos productos son sustitutos entre sí al lado de la demanda, la presencia de un producto ejerce una disciplina sobre el precio del otro, ya que, si los oferentes del otro producto subieran su precio, perderían clientes a los oferentes del primer producto. De esa manera, el incremento en el precio podría disminuir en vez de aumentar sus ganancias. Es precisamente esa disciplina mutua de precios la que junta productos en un mercado relevante. Obviamente, mientras más cercanos los sustitutos, mayor será la disciplina de precios que uno ejerce sobre el otro.

La idea subyacente al concepto de mercado relevante es juntar en un solo mercado productos que son sustitutos cercanos y excluir del mismo sustitutos más distantes y productos no relacionados. De esa manera, si una empresa (el monopolista hipotético) lograra el control sobre todo ese grupo de productos y así se eliminara la disciplina de precios entre ellos, podría imponer un aumento de precios de forma rentable. Para eso es necesario que no quede fuera del grupo ningún sustituto cercano, pues si algún buen sustituto quedara fuera, este último producto atraería tantas ventas de los productos que están dentro, que el aumento en los precios no sería rentable.

En el enfoque de los Guidelines antes referido un mercado se define como un grupo de productos tal que un monopolista hipotético podría imponer de forma rentable un aumento pequeño pero significativo en los precios, y un mercado relevante se define como el grupo más pequeño que satisface ese criterio.¹⁰ De esa manera, el enfoque del monopolista hipotético define el grado de sustitución necesario para juntar diferentes productos en un mismo mercado relevante. Además, queda claro que mercados son más amplio que mercados relevantes. Al quitar un producto a un mercado puede ser que siga siendo mercado; al quitar un producto a un mercado relevante deja de ser mercado relevante. Como ya se dijo, en este artículo no elaboro más sobre este punto.

Es preciso señalar que lo que se sustituye con la sustitución al lado de la demanda son productos, no son oferentes o proveedores. Obviamente, cuando se sustituye un producto por otro, por lo regular, se sustituye también un proveedor por otro, pero sigue siendo el producto el que cuenta para la definición de mercado, no el proveedor. En su dimensión de producto un mercado es un grupo de productos, no un grupo de oferentes ni una combinación de productos y oferentes.

2.3 Sustitución al lado de la oferta

Hay dos tipos de sustitución al lado de la oferta: la *sustitución entre productos* y la *sustitución entre productores*. La sustitución entre productos es la forma tradicional de concebir el fenómeno y se refiere a productos que todavía no están en el mercado pero que son sustitutos al lado de la oferta del producto o de algunos productos que ya están dentro. Estos nuevos productos se consideran para eventualmente agregarlos al mercado relevante en su dimensión de producto. La segunda representa más bien la posibilidad de que otros productores que actualmente no están ofreciendo los productos del mercado, los ofrezcan sin mayores inversiones y a corto plazo, de esa manera ejerciendo una disciplina sobre los precios de los productos dentro del mercado tras bambalinas. En este caso se trata más bien de una competencia potencial. Esta figura no sirve para la definición de mercado, ya que no agrega ningún producto al mercado, sino se emplea más bien en la etapa posterior de la evaluación del poder.

Según mi conocimiento, hasta la fecha no se ha distinguido explícitamente entre los dos tipos de sustitución, lo cual ha dado lugar a cierta confusión. Varias autoridades de competencia y de regulación, entre las cuales se encuentra la Comisión, se refieren a los dos tipos indistintamente como sustitución al lado de la oferta, como si fuera lo mismo. En seguida, se explican las diferencias y sus implicaciones a mayor detalle.

¹⁰ Preferimos usar la palabra “criterio” antes que “prueba”, ya que no se trata de una prueba en el sentido estricto de la palabra - es decir, un experimento repetible y de circunstancias controladas - sino de un criterio para decidir si un producto pertenece al mercado de otro a partir de un ejercicio de imaginación con resultados que dependen de toda una serie de supuestos.

2.3.1 Sustitución entre productos

El producto A es un sustituto del producto B al lado de la oferta, cuando el producto A se produce con instalaciones y equipo que, sin mayores costos de ajuste y a corto plazo, pueden reorientarse hacia la producción del producto B. Un ejemplo frecuentemente citado es el de productos de papel de diferentes calidades, que para muchos usos no son buenos sustitutos al lado de la demanda, pero que se pueden producir con la misma maquinaria utilizando diferentes pastas de celulosa.¹¹ En este caso, hay sustituibilidad al lado de la oferta *entre productos*, lo cual puede ser una razón para clasificar las diferentes calidades en el mismo mercado relevante.

Este tipo de sustitución al lado de la oferta abre la posibilidad de no fragmentar los mercados relevantes excesivamente. Zapatos de un número no son sustitutos al lado de la demanda de zapatos de otro número, pero el hecho de que se producen con la misma maquinaria puede ser suficiente razón para considerarlos en el mismo mercado relevante. De manera similar, una llamada telefónica entre dos usuarios no es un sustituto al lado de la demanda de una llamada entre otros dos, pero puesto que se cursan en la misma red se agrupan normalmente en el mismo mercado. Si no se trataran de esa manera, cada par de usuarios (ruta) sería un mercado relevante de por sí. Obviamente, tal fragmentación haría el concepto inmanejable para fines prácticos.

También al lado de la oferta hay sustitutos cercanos y lejanos. La cercanía de la sustitución depende de los costos en que se tiene que incurrir y del tiempo necesario para reorientar la producción de un producto a otro. Cuando estos costos son elevados o cuando el tiempo que se requiere es considerable, la sustitución no es lo suficientemente cercana para clasificar los productos de que se trata en el mismo mercado relevante.

Es importante subrayar que aquí se trata de sustitución *entre productos*. Un producto es sustituto de otro producto y quien los produce no importa. Puede ser que el producto A es producido por otra empresa que el producto B, pero no es necesario. Bien puede ser que los dos productos sean producidos por la misma empresa, como en los ejemplos de las calidades de papel y de los zapatos.

2.3.2 Sustitución entre productores

Con la sustitución al lado de la oferta *entre productores* se considera más bien la posibilidad de que otros productores que actualmente no están activos en el mercado de que se trata, puedan ofrecer los productos del mercado sin mayores inversiones y a corto plazo. Mientras menores los costos y más cortos los plazos, más cercana la sustitución. En este caso no

¹¹ El ejemplo se tomó de: European Commission, *COMMISSION NOTICE on the definition of the relevant market for purposes of Community competition law*, OJ C 372, 9/12/1997, p. 5.

se habla de *otros productos* cuyas instalaciones se pueden reconvertir hacia la producción de los productos del mercado sino de *otros productores* que pueden entrar al mercado sin mayores obstáculos. En el análisis de competencia es común considerar lapsos de uno a dos años como de corto plazo.

Obviamente, cuando las instalaciones para producir un producto se pueden adaptar fácilmente a la producción de otro, sus productores pueden entrar fácilmente al mercado del otro - es decir, la sustitución entre productos y entre productores tienen traslapes considerables -, pero hay dos diferencias claves. La primera es que la sustitución entre productos puede darse dentro de una misma empresa; es decir, no es necesario que el productor de un producto sea distinto al productor del otro, ni que no esté activo en el mercado.

La segunda es que, con la sustitución entre productores, no se establece ninguna relación entre los productos que el productor entrante está ofreciendo en otros mercados y los productos del mercado al que entra. Puede ser que simplemente cuenta con los permisos y el know-how necesarios para entrar al mercado sin mayores obstáculos, pero que sus instalaciones están generando una gama de productos poco relacionados. En este caso no es posible identificar entre todos los productos que produce, aquel que permite la sustitución. Hay un productor sustituto, pero no hay un producto sustituto. Es por eso que la sustitución entre productores no tiene relevancia para la definición del mercado relevante. No identifica productos por agregar.

2.4 La admisión de la sustitución entre productos en la etapa de la determinación del mercado relevante

No hay duda alguna de que la sustitución al lado de la demanda debe ser el fundamento de cualquier método para definir mercados relevantes y existe consenso al respecto. En cambio, la sustitución al lado de la oferta, al menos la sustitución entre productos, puede o no tomarse en cuenta en la etapa de la determinación del mercado relevante. Si se toma en cuenta, se agregan los productos sustitutos al lado de la oferta al mercado relevante, si no no. Pero hay diferencias entre jurisdicciones. En los Guidelines, por ejemplo, la sustitución al lado de la oferta no se toma en cuenta para la definición del mercado relevante, y las autoridades de competencia de Estados Unidos la consideran más bien en la etapa posterior de la evaluación del poder. Autoridades de competencia de otras jurisdicciones tienen una posición menos tajante en esta materia.

La diferencia entre la inclusión de la sustitución entre productos en la etapa de la definición del mercado relevante, por un lado, y en la etapa de la determinación del poder, por el otro, se puede ejemplificar de la siguiente manera. Supongamos que el producto que dio inicio a la investigación es alambre conductor de cobre, que el alambre conductor de aluminio no es un

sustituto cercano del alambre de cobre al lado de la demanda, pero que los productores de alambre de aluminio pueden reorientar sus instalaciones hacia la producción de alambre de cobre sin mayores costos y a corto plazo.¹² Si se admite la sustitución al lado de la oferta en la etapa de definición del mercado relevante, la situación descrita da lugar a que se incluya el alambre de aluminio en el mercado relevante del alambre de cobre en su dimensión de producto. Si no se admite, el mercado relevante sigue siendo sólo el alambre de cobre, pero se considera la posibilidad de participación de los productores del alambre de aluminio en ese mercado. Esto forma parte de la identificación de productores potenciales en la etapa de la determinación del poder. En este caso no deben medirse las participaciones en términos de ventas, sino en términos de capacidad de producción.

En tales casos, ambas formas de contabilizar la sustitución conllevan *grosso modo* al mismo resultado final por lo que se refiere al poder, pero ocasionalmente pueden presentarse circunstancias en que esto no es el caso. Jonathan Baker identifica cinco circunstancias en que la inclusión de la sustitución al lado de la oferta en la etapa de la determinación de los mercados relevantes puede dar lugar a conclusiones erróneas sobre los efectos dañinos de las concentraciones.¹³

Por lo tanto, no ha de sorprender que las autoridades de competencia en la jurisdicción que dio origen a la discusión sobre el mercado relevante, la de Estados Unidos, rechacen esta posibilidad. En los Guidelines se afirma que “la definición de mercados se concentra exclusivamente en factores de la sustitución al lado de la demanda” y que “los factores de la sustitución al lado de la oferta serán considerados [...] en el análisis de entrada”.¹⁴ Gregory Werden explica las razones por las que la sustitución al lado de la oferta se toma en consideración hasta la etapa de la determinación del poder en un artículo en retrospectiva del décimo aniversario de los Merger Guidelines de 1982.¹⁵

Los Guidelines no hacen distinción explícita entre la sustitución entre productos y la sustitución entre productores. Al tratar ambos en la segunda etapa esto no tiene mucha importancia. Lo que sí hacen los Guidelines es distinguir entre lo que llaman “*committed entry*” y “*uncommitted entry*”. La

¹² El ejemplo se tomó de Jonathan B. Baker (2007): “*Market Definition: An Analytical Overview*”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74.

¹³ *Ibidem*, p. 129.

¹⁴ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission: “*Horizontal Merger Guidelines (1992)*”, supra nota al pie 2, en el “overview” del apartado 1. Market definition, measurement and concentration. (traducción propia)

¹⁵ Véase Gregory J. Werden (1993): “*Market delineation under the Merger Guidelines: a tenth anniversary retrospective*”, *Antitrust Bulletin*. Vol. 38, p. 517.

uncommitted entry se refiere a la posibilidad de entrar inmediatamente y sin mayores costos y se considera con la identificación de los participantes potenciales en el mercado. La *committed entry* – es decir, la entrada con costos hundidos y no a corto plazo – se considera en el análisis de las barreras a la entrada.

Tampoco la Comisión Europea distingue explícitamente entre los dos tipos de sustitución al lado de la oferta, pero lo hace de forma implícita. En su Comunicación sobre la definición del mercado relevante afirma: “Las restricciones competitivas que surgen de la sustituibilidad al lado de la oferta, excepto aquellas que se describen en los párrafos 20-23, [.....] se tomarán en cuenta en la etapa de evaluación de la competencia.”¹⁶ Resulta que lo que describe en los párrafos 20-23 corresponde exactamente a lo que he llamado “sustitución entre productos”. De este tipo de sustitución afirma: “La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata.”¹⁷ Dicho de otro modo, la sustitución entre productos, si es eficaz e inmediata, se considera en la etapa de la determinación del mercado, mientras que la sustitución entre productores se analiza en la etapa posterior.¹⁸

En México la Comisión no se ha pronunciado explícitamente sobre esta materia, pero de su proceder en múltiples investigaciones se entiende que admite la sustitución al lado de la oferta en la etapa de determinar los mercados relevantes. Sin embargo, al hacerlo no hace distinción entre la sustitución entre productos y la sustitución entre productores y actúa como

¹⁶ Véase Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997/C 372, 9-12-1997, párrafo 14.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 20.

¹⁸ En otra comunicación referente al análisis de mercados en el sector de telecomunicaciones, la Comisión Europea confunde los dos tipos de sustitución al lado de la oferta y propone considerar la sustitución entre productores en la etapa de definición de mercados; esto a pesar de que afirma en repetidas ocasiones que los mercados se definirán de conformidad con los principios de la legislación de competencia. Véase European Commission, *Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services*, OJ C 165 (11/07/2002). En el párrafo 52 de esta comunicación se afirma: “In assessing the scope for supply substitution, National Regulatory Authorities may also take into account the likelihood that undertakings not currently active on the relevant product market may decide to enter the market, within a reasonable time frame, following a relative price increase [...]. In circumstances where the overall costs of switching production to the product in question are relatively negligible, then **that product** may be incorporated into the product market definition.” (énfasis añadido) Es curioso que primero se habla de la sustitución entre productores (“*undertakings not currently active on the relevant product market may decide to enter*”) y en seguida se habla de la sustitución entre productos (“*that product may be incorporated into the product market definition*”). Queda en la obscuridad de cuál producto se trata.

si fuera posible considerar la sustitución entre productores en la etapa de determinación de los mercados relevantes.¹⁹

2.5 La producción para uso propio y el auto-suministro de servicios

Como ya se comentó líneas arriba, los servicios que constituyen un mercado relevante en su dimensión de producto, no dependen de quien los ofrezca. Por lo tanto, siguiendo los principios básicos del concepto, los productos producidos para uso propio por los demandantes mismos y los servicios auto-suministrados deberían incluirse por definición en los mercados relevantes. También en caso de que los productos y/o servicios producidos por los demandantes mismos fueran ligeramente diferenciados de los ofrecidos comercialmente, habría que reconocer que la posibilidad de producción por cuenta propia representa una alternativa real que ejerce una disciplina sobre los precios de los productos ofrecidos por fuera. En este caso habría que incluirlos en el mercado relevante como sustitutos al lado de la demanda.

Por ejemplo, un proveedor de mercancías puede contratar el transporte de las mismas hacia la puerta del cliente con un transportista, ó puede transportarlas con medios propios. Cuando suben las tarifas de los transportistas, el transporte por cuenta propia se hace más atractivo. Para el proveedor, como demandante del servicio, el transporte con medios propios es un sustituto del servicio contratado por fuera y debe incluirse en el mercado relevante de los servicios comerciales de transporte cuando tal transporte con medios propios se da en la realidad.

La producción para uso propio y también el auto-suministro de los servicios son ilustrativos de la diferencia en el significado de la palabra “mercado” entre el análisis de competencia y el lenguaje común. En el lenguaje común la producción para uso propio y los servicios auto-prestados no son “de mercado”, puesto que no hay transacciones de mercado por en medio. Por ejemplo, en las Cuentas Nacionales de México se contrasta “la producción de mercado” con “la producción no de mercado”, y la producción para uso propio pertenece a la producción no de mercado.²⁰ A cambio, en el análisis de competencia lo que importa es la disciplina de precios, es decir la posibilidad de sustitución entre los productos. Cuando existe esa posibilidad

¹⁹ En las recientes declaratorias de poder sustancial en los mercados mayoristas de originación, tránsito y terminación de llamadas telefónicas, la Comisión afirma que la sustitución por el lado de la oferta requiere de la prestación de los servicios [relevantes] por agentes económicos (distintos al prestador del servicio relevante) que sean capaces de ofrecerlos en corto plazo sin incurrir en inversiones considerables.” Véase por ejemplo el expediente DE-04-2007, numeral 6.32, que forma parte del apartado de mercados relevantes. Es decir, la Comisión define la sustitución al lado de la oferta como una sustitución entre productores, pero aún así la toma en cuenta en el apartado de la definición del mercado relevante.

²⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2010), Sistema de Cuentas Nacionales de México, Cuentas de Bienes y Servicios 2003-2008, Año Base 2003, p. 11, disponible en www.inegi.org.mx.

y la producción para uso propio o el auto-suministro se da en la realidad, los dos productos deben incluirse en el mismo mercado relevante, independientemente de si uno se intercambia comercialmente y el otro no.

3. La Delimitación de Mercados Relevantes en la Práctica

3.1 El producto ancla

En casos concretos un mercado relevante se define en su dimensión de producto a partir de un producto específico, normalmente el producto que da lugar a las preocupaciones de competencia en la conducta por investigar, o de uno de los productos de las compañías que se concentran. En lo siguiente lo llamaré el “producto ancla”. En efecto, el mercado relevante obtenido a partir de ese producto es “el” mercado relevante “del” producto ancla. De esa manera, cada producto tiene su propio mercado relevante y cada mercado relevante se obtiene a partir de un producto ancla.

En principio es posible que dos productos ancla diferentes conduzcan al mismo mercado relevante y esto es probable, hasta cierto punto, cuando los dos productos son sustitutos cercanos entre sí. Sin embargo, aún en este caso es posible que el mercado relevante de uno de ellos no cubra el mismo grupo de productos que el mercado relevante del otro. Puede suceder que un producto pertenezca al mercado relevante del otro y el otro producto pertenezca al mercado relevante del primero, pero que aún así haya terceros productos que sí pertenecen a uno de los mercados y no al otro.

Por ejemplo, si hay cuatro productos A, B, C y D cuya cercanía de sustitución es representada por la distancia de sus letras en el abecedario, bien puede ser que el mercado relevante de B (como producto ancla) comprenda A y C y el mercado relevante de C (como producto ancla) comprenda B y D. Es decir, cada uno de los productos B y C pertenecen al mercado relevante del otro, pero aún así el mercado relevante de B es distinto al mercado relevante de C.

La relación entre los mercados relevantes y sus productos ancla ha recibido poca atención por parte de las autoridades de competencia y de los estudiosos sobre el tema. Werden señala en su artículo en retrospectiva del décimo aniversario de los Merger Guidelines de 1982 que “Los Guidelines (1982) se apartaron notablemente de la jurisprudencia al delimitar un mercado relevante para cada producto (.....). Curiosamente este aspecto del enfoque de los Guidelines no ha recibido atención por parte de los comentaristas.”²¹ Adriaan ten Kate y Gunnar Niels atribuyen esta falta de atención al hecho que la relación entre mercado relevante y producto ancla no se menciona explícitamente en la definición formal.²²

²¹ Gregory J. Werden (1993), Market Delineation under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective, Antitrust Bulletin, Vol. 38, p. 543. (traducción nuestra)

²² Véase Ten Kate and Niels (2008), *supra* nota al pie 6, p. 11.

3.2 El procedimiento²³

El primer paso del procedimiento consiste en averiguar si un incremento pequeño pero significativo en el precio del producto ancla es rentable para un monopolista hipotético de ese producto. Normalmente se considera un incremento del 5% como significativo. Esto se llama la *prueba SSNIP*.²⁴ Como ya se mencionó líneas arriba, en este artículo no considero el contenido de la prueba SSNIP. Supongo más bien, un tanto heroicamente, que la prueba puede aplicarse en la práctica y que da un resultado único. Si el incremento en el precio es rentable, el mercado relevante es el producto ancla mismo; si no lo es, se va al segundo paso.

En el segundo paso se agrega el sustituto (al lado de la demanda) más cercano del producto ancla al grupo de productos y se aplica la prueba SSNIP al nuevo grupo, ahora con un incremento en los precios para ambos productos y con un monopolista hipotético que controla los dos.²⁵ Si el incremento en los precios es rentable, el mercado relevante es el producto ancla más el nuevo producto. Si no lo es, se procede a agregar el sustituto segundo más cercano. Este proceso continúa agregando sustitutos cada vez más lejanos, hasta que se cumpla la prueba SNNIP. El grupo de productos que resulta después del corte forma el mercado relevante del producto ancla en su dimensión de producto.

Si se admite la sustitución al lado de la oferta entre productos en la etapa de la determinación del mercado relevante, lo cual no es el caso del enfoque del monopolista hipotético de los Guidelines, hay que realizar un proceso similar para agregar sustitutos cercanos al lado de la oferta. Según mi conocimiento, en las jurisdicciones donde se admite la sustitución al lado de la oferta en la primera etapa, no se han establecido criterios sobre cómo medir la cercanía de tal sustitución, ni sobre dónde cortar el proceso.

Aunque en teoría un mercado relevante puede consistir de toda una cadena de productos, por lo regular basta investigar uno, dos, tal vez tres sustitutos

²³ Algunos autores hablan del “algoritmo”. Véase, por ejemplo, Gregory J. Werden, *Market Delineation Algorithms Based on the Hypothetical Monopolist Paradigm*, U.S. Department of Justice, Antitrust Division, EAG Discussion Paper 02-8, 2002. Prefiero hablar de “procedimiento”, puesto que el término algoritmo sugiere un rigor matemático mucho mayor que el conjunto de reglas poco precisas que constituyen el procedimiento para determinar los mercados relevantes.

²⁴ A veces la pregunta de la prueba no es si un incremento e el precio es rentable para el monopolista, sino más bien si un monopolista que maximiza ganancias, impondría por lo menos un incremento pequeño pero significativo. Los Guidelines son confusos al respecto. En la definición formal del concepto es la segunda pregunta la que se tiene que contestar, pero en el procedimiento para delimitar mercados relevantes se entiende que es más bien la primera pregunta (la prueba SSNIP) la que importa. Véase Ten Kate and Niels (2008), *supra* nota al pie 5, p. 7.

²⁵ También la prueba SSNIP para dos productos puede interpretarse de otra manera. Se podría preguntar si el incremento en el precio de solo el primer producto es rentable para un monopolista que controla los dos. Los Guidelines también son confusos a ese respecto.

para terminar el proceso en la práctica. Además, en muchas ocasiones el mero hecho de encontrar que hay que incluir un sustituto específico en el mercado relevante de un producto ancla, ya es suficiente razón para disipar las preocupaciones de competencia. En tales casos ni siquiera es necesario delimitar el mercado relevante más allá de ese sustituto.

3.3 Detalle de especificación de los productos

Otro tema que ha recibido relativamente poca atención en la literatura sobre los mercados relevantes es el detalle de especificación de los productos involucrados. Se puede preguntar: ¿Automóviles para pasajeros es un producto? ¿O debería distinguirse entre los populares y los de lujo? ¿O entre marcas y modelos? Se podría inclusive distinguir entre diferentes colores. Obviamente, cuando las distintas variedades de un producto agregado son sustitutos cercanos entre sí al lado de la demanda, los mercados relevantes que resultan del ejercicio, no dependen mucho del detalle de especificación de los productos. Al especificar el producto ancla en mucho detalle, de todos modos no se podría dejar fuera del mercado a ninguna variedad similar, ya que los consumidores optarían por las variedades cuyos precios no aumentarían y la prueba SSNIP daría negativo. Esto normalmente es el caso de productos ligeramente diferenciados según marca.

Sin embargo, cuando el grado de diferenciación es notorio, el nivel de especificación sí puede influir. Especificando, por ejemplo, el producto ancla como “mesas” sin mayores calificaciones, el mercado relevante comprendería todas las mesas, sean de madera, de plástico o de metal, sean de oficina, de comedor, de cocina o de jardín, aún cuando estos diferentes tipos de mesas no sean sustitutos cercanos entre sí, ni desde el punto de vista de los compradores, ni desde la perspectiva de los productores. Es por eso que tanto el producto ancla como los sustitutos deben especificarse a un nivel de detalle suficiente para no juntar en un mismo mercado relevante productos que no son sustitutos.

También hay muchos casos en que el nivel de especificación de los productos está estrechamente vinculado con la posibilidad de sustitución al lado de la oferta. Ya se mencionó el ejemplo de los zapatos, digamos zapatos de cuero para hombre, que se producen en muchos tamaños. Tales diferentes tamaños de ninguna manera son sustitutos al lado de la demanda, pero sí son sustitutos prácticamente perfectos al lado de la oferta. Por lo tanto, si no se admite la sustitución al lado de la oferta en la etapa de la determinación de los mercados relevantes, tal como pretenden hacer las autoridades de Estados Unidos, habría que definir los mercados relevantes a nivel de tamaños específicos. Esto no se hace nunca en la práctica ya que la cantidad de mercados por considerar sería interminable. Por lo tanto, el especificar el producto a nivel genérico, en efecto disimula el empleo de la sustitución del lado de la oferta en la determinación de los mercados relevantes.

Una situación muy similar, que ya mencioné líneas arriba, se encuentra en los mercados de los servicios de telefonía local. Efectivamente, una llamada entre un par de usuarios no es sustituto al lado de la demanda de una llamada entre otro par de usuarios. Entonces tomando las prescripciones a la letra, habría que segmentar los mercados relevantes según rutas. Sin embargo, al definir el servicio de que se trata genéricamente como “llamadas telefónicas” se elimina la posibilidad de distinguir entre diferentes rutas desde un inicio y se admite la sustitución al lado de la oferta por la puerta de atrás.

Un argumento adicional a favor de no segmentar los mercados relevantes en el sentido descrito, un argumento que aplica tanto al caso de los zapatos como al de los servicios de telefonía, es que los precios y tarifas son uniformes. Los precios de los zapatos no dependen de tamaños y las tarifas telefónicas no varían por rutas, al menos no en una misma zona local. Cuando, en cambio, las tarifas difieren, hay más argumentos a favor de considerar mercados separados.

Con los ejemplos anteriores se pretende demostrar la influencia que puede tener la descripción de los productos, sobre todo la del producto ancla, para la determinación de los mercados relevantes. A veces las autoridades que definen esos mercados, ni siquiera están conscientes de que los mercados relevantes obtenidos supuestamente con criterios uniformes y objetivos, dependen en gran medida de la manera en que describieron los productos desde un inicio.

3.4 Las dos etapas para la determinación del poder de mercado

Este apartado se concluye con una descripción en forma sucinta de los diferentes pasos en que consisten las dos etapas de la determinación del poder: la primera de la determinación del mercado relevante y la segunda de la evaluación del poder. Esto nos sirve al mismo tiempo para ilustrar la diferencia entre los dos tipos de sustitución al lado de la oferta en el proceso de la determinación del poder.

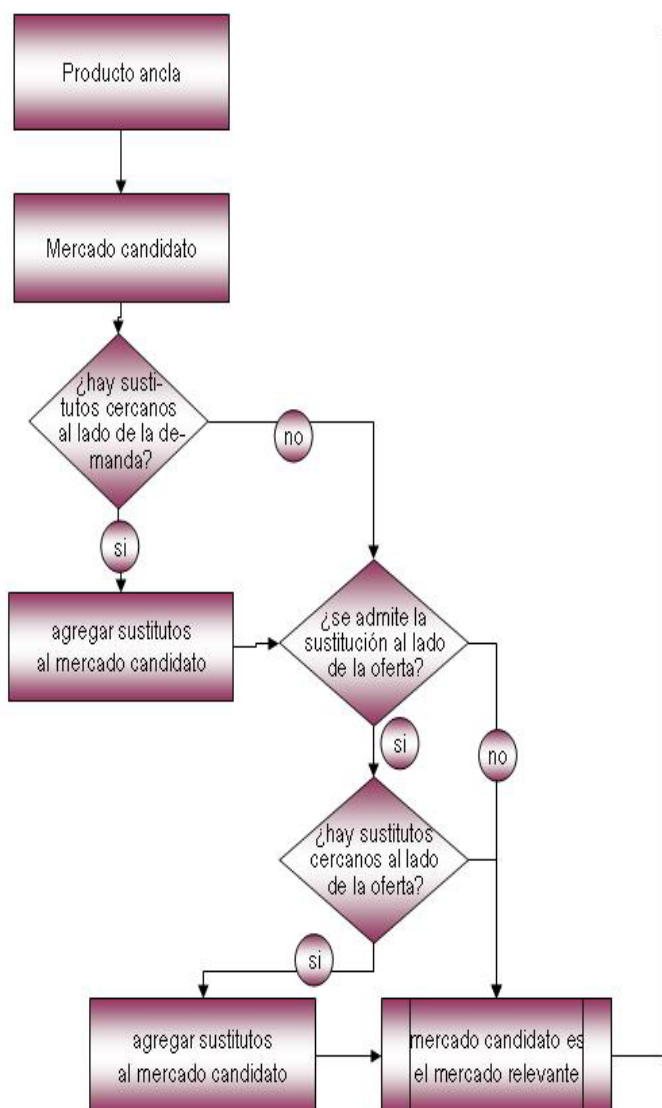
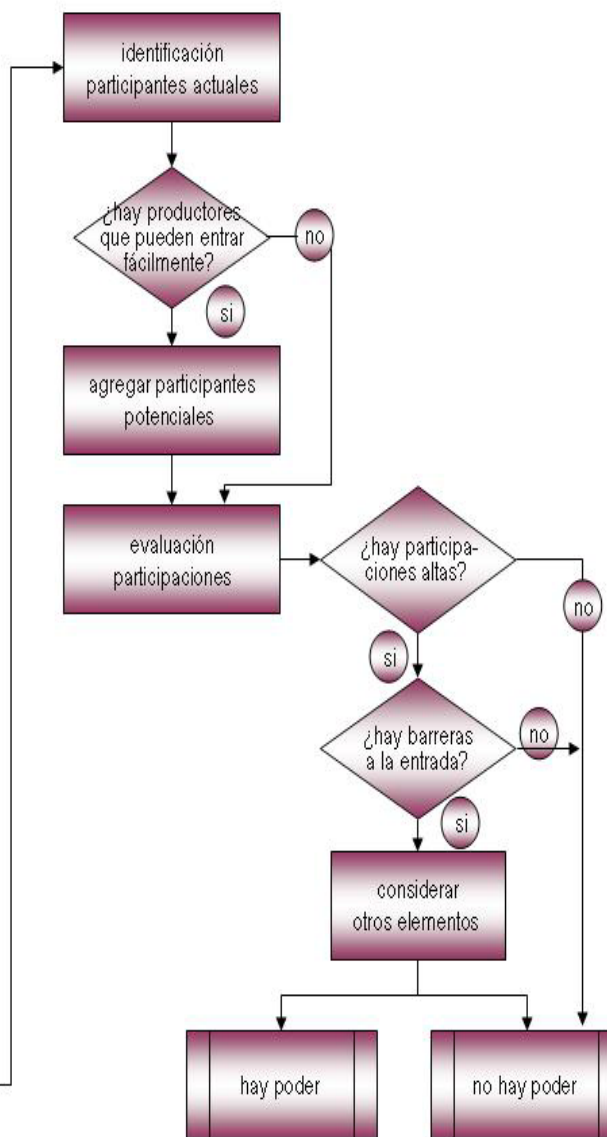
La etapa de la determinación del mercado relevante comprende los siguientes pasos: (i) la identificación de los productos que deben quedarse dentro (es en este paso donde puede o no tomarse en cuenta la sustitución al lado de la oferta entre productos) y (ii) la determinación del área geográfica en que se producen o venden. Cuando se consideran las dimensiones de clientela y de tiempo, pueden limitarse las transacciones de los productos seleccionados en el área de que se trata a algunos grupos de clientela y a ciertos lapsos de tiempo.

La segunda etapa consiste en (iii) la identificación de los oferentes actuales, (iv) la identificación de los oferentes potenciales (sustitución al lado de la oferta entre productores), (v) la determinación de sus participaciones actuales o potenciales, en términos de ventas o de capacidades de oferta

respectivamente, y (vi) la consideración de algunos elementos adicionales, como la capacidad de restringir la oferta, la capacidad de incrementar los precios unilateralmente, las barreras a la entrada, el acceso a insumos, entre algunos otros.

Todos esos pasos tienen un orden lógico. El área geográfica no se puede determinar sin antes saber de cuáles productos se trata; la lista de proveedores actuales no se puede establecer sin antes conocer el grupo de productos y su área geográfica; la lista de oferentes potenciales no se puede componer antes de conocer los oferentes actuales (tienen que ser distintos); las participaciones no se pueden calcular sin antes saber de cuáles proveedores se trata, y finalmente el análisis de los elementos más complicados se hace exclusivamente para aquellos proveedores que tienen una alta participación. Solamente las barreras a la entrada se pueden evaluar directamente después de la primera etapa, pero es preferible hacerlo después de la evaluación de las participaciones ya que es posible que los pasos anteriores hagan redundante el esfuerzo.

En el siguiente diagrama se presentan los diferentes pasos a seguir en las dos etapas de manera esquemática. Solamente la determinación del área geográfica se ha suprimido.

1. Determinación Mercado Relevante**2. Evaluación de Poder**

En la primera etapa se parte del producto ancla y se agregan los sustitutos cercanos al lado de la demanda. El grado de cercanía necesario para incorporar los productos sustitutos es definido por la prueba SSNIP. Si se admite la sustitución al lado de la oferta entre productos en esta etapa, se agregan también los sustitutos cercanos al lado de la oferta. Hasta la fecha el único criterio que se ha manejado para determinar la cercanía necesaria es que la sustitución sea fácil (sin mayores costos de inversión) y rápida (no mayor a uno o dos años). Una vez agregados los sustitutos, se obtiene el mercado relevante del producto ancla.

En la segunda etapa primero se identifican los productores actuales y en seguida los potenciales. Si no se admitió la sustitución al lado de la oferta en la primera etapa, se pueden tomar en cuenta los efectos de esa sustitución al medir la participación de los productores actuales y potenciales en términos de capacidad de producción. Si hay participaciones

altas, se consideran las barreras a la entrada para entrantes potenciales que no se consideraron todavía, y se evalúan algunos otros elementos que pueden fortalecer o atenuar la presunción de poder de los agentes con participaciones altas.

4. El mercado relevante en el régimen de competencia de México

En la LFCE se mencionan los casos para los cuales se requiere la determinación de un mercado relevante y se hace referencia a algunos elementos que habrá que considerar para delimitarlo. Sin embargo, no se da ninguna definición del concepto. En el Reglamento de la LFCE (RLFCE) se proporciona mayor detalle sobre los elementos que hay que tomar en cuenta para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, pero no se menciona nada adicional respecto a la determinación de los mercados mismos.²⁶

En el Artículo 10 de la LFCE se enumeran las conductas que se consideran prácticas monopólicas relativas, cuando el agente económico que incurre en ellas tiene un poder sustancial en el mercado relevante. Por lo tanto, es preciso determinar el mercado relevante para su evaluación. Asimismo, en el Artículo 18, fracción I, se estipula que para determinar si una concentración entre empresas debe ser impugnada o sancionada se debe determinar el mercado relevante de que se trate. Asimismo, en el Artículo 23, fracción V, se establece que la Comisión tiene la facultad de resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva y poder sustancial en el mercado relevante, referidas en otras leyes, reglamentos, entre otros. Por lo tanto, también en estos casos es necesario determinar un mercado relevante. En efecto, las únicas conductas para las cuales no es necesario determinar un mercado relevante son las prácticas monopólicas absolutas, aunque para tales prácticas es preciso establecer que se trata de competidores entre sí, lo cual es una cuestión similar.

En el Artículo 12 se enumeran los “criterios” que deben considerarse para la determinación del mercado relevante, pero los criterios que se mencionan en este artículo no son criterios propiamente dicho, sino más bien factores o elementos que hay que tomar en cuenta.²⁷ Además, no se da ninguna pauta sobre la forma en que esas consideraciones deben conducir a un mercado relevante específico. En las múltiples resoluciones de la Comisión, donde el mercado relevante fue uno de los temas bajo discusión, este organismo ha defendido que el mercado relevante se determinó “en estricto apego a los supuestos y criterios del Artículo 12 de la LFCE”. Al razonar de esta manera pierde de vista que el Artículo 12 no formula los supuestos ni establece los

²⁶ Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2007.

²⁷ De acuerdo con el Gran Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española un criterio es una norma para conocer la verdad. En este sentido un criterio, antes de “considerarse”, más bien “se aplica” o “se emplea”.

criterios mínimos necesarios para determinar un mercado relevante. Por lo tanto, queda poco claro qué significa la palabra “apego” en este contexto y aún menos claro la palabra “estricto”.

Por lo que se refiere a las dimensiones de los mercados relevantes, en ninguna parte de la LFCE o de su Reglamento se hace mención de las dimensiones que supuestamente tiene un mercado. Cuando la fracción I del Artículo 12 habla de las posibilidades de sustituir el bien o servicio por otros, los que estamos familiarizados con el análisis de competencia, entendemos que se está hablando de la dimensión de producto y cuando las fracciones II y III del Artículo 12 mencionan los costos de distribución y de los costos de los consumidores para acudir a otros mercados, entendemos que se trata implícitamente de la dimensión geográfica del mercado, pero los no familiarizados no lo interpretan de esa forma.

Por lo que se refiere a las posibilidades de sustitución mencionadas en el Artículo 12, se supone que, cuando existen tales posibilidades, los bienes sustitutos y las áreas alternativas deben incluirse en el mercado relevante, pero este supuesto no se menciona explícitamente. Además, hay que reconocer que la sustitución entre bienes es cuestión de grado. Algunos bienes son sustitutos cercanos, otros son sustitutos lejanos. El Artículo 12 no menciona esta característica y tampoco establece “criterios” – ahora sí propiamente dicho – para decidir qué tan cercana tiene que ser la sustitución para incluir un bien en el mercado relevante del otro. La LFCE deja a la Comisión con una completa discrecionalidad al respecto.

En el mismo artículo tampoco se hace distinción entre la sustitución al lado de la demanda y la sustitución al lado de la oferta, pero del texto se entiende que se trata principalmente de la sustitución al lado de la demanda. La sustitución al lado de la oferta no se menciona como tal, y los únicos términos de los cuales se podría inferir una sugerencia en ese sentido son “los costos de distribución del bien” y las “posibilidades tecnológicas” de sustitución. En efecto, los costos de distribución refieren a la posibilidad de sustitución por el lado de la oferta en la dimensión geográfica y las posibilidades tecnológicas a la sustitución por el lado de la oferta en la dimensión de producto, aunque lo último puede interpretarse de formas alternativas. Aunque la LFCE no es clara al respecto, de su proceder en múltiples casos se entiende que la Comisión admite la sustitución al lado de la oferta en la determinación de los mercados relevantes.

Sin embargo, como ya se señaló anteriormente en este artículo, hay confusión con respecto a la manera en que la Comisión concibe la sustitución por el lado de la oferta, al interpretarlo ocasionalmente como una sustitución entre productores y no como una sustitución entre productos. Aun así la toma en consideración en la etapa de la determinación de los mercados relevantes. Esta inconsistencia tiene origen en el hecho que la LFCE se expresa de una forma poco clara sobre cómo aplicar las

posibilidades de sustituir productos y de trasladarlos de un lugar a otro en la práctica de la determinación de los mercados.

5. Observaciones finales

En este documento he expresado con cierto lujo de detalle que de ninguna manera es fácil establecer los criterios necesarios para determinar los mercados relevantes en los casos de competencia. Sin embargo, cada vez que la Comisión afirma en sus resoluciones que determinó los mercados relevantes en estricto apego a los supuestos y criterios establecidos en el Artículo 12 de la LFCE, como si se tratara de un manual de operación, disimula el enorme espacio de maniobra del que dispone para determinar los mercados relevantes a su discreción. Esto se vuelve más grave por el hecho que hasta la fecha – es decir, 16 años después de su creación - la Comisión no ha hecho públicos los criterios que aplica para la delimitación de los mercados relevantes.

El hecho que la LFCE no da una definición de lo que es un mercado relevante, sugiere que sus diseñadores supusieron que el significado del concepto es claro del lenguaje común y no requiere de mayor explicación. En este artículo he presentado argumentos en el sentido de que el concepto de ninguna manera es claro del lenguaje común, lo cual genera una inseguridad legal abismal. De hecho hay un reclamo amplio en el sector privado para que la Comisión se exprese con mayor precisión sobre la materia.

Al respecto es interesante señalar que en la llamada “guerra de los chicles” el concepto se impugnó en un recurso de amparo contra la primera resolución del caso, por no haberse definido de manera clara en la LFCE. Al final del camino, en marzo de 2004, la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgó el amparo por otro agravio, resolviendo que el concepto de mercado relevante tenía suficiente soporte en la experiencia internacional para no generar la inseguridad legal aludida en el recurso de amparo.²⁸ Es sorprendente que en un estado de derecho civil, como el mexicano, la Justicia de la Nación no le exija mayor precisión a un concepto tan controvertido y determinante para resolver los casos, como lo es el mercado relevante, basándose en una experiencia internacional confusa y llena de contradicciones.

²⁸ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Revisión 2589/96 (25 de noviembre, 2003), pp. 206-215.

Otros artículos del BLC27 son disponibles en:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>