



Munich Personal RePEc Archive

The Role of Economic Analysis in Competition Law

Gómez, Liverca Altagracia and Rodríguez Núñez, Juan
Bautista and Mesa Candelario, Nathanael and Morbán
Gómez, Fernando Miguel and García Read, Zoraya Esther

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
(PRO-COMPETENCIA), Comisión Nacional de Defensa de la
Competencia (PRO-COMPETENCIA), Comisión Nacional de
Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), Comisión
Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA),
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
(PRO-COMPETENCIA)

1 November 2023

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/119067/>
MPRA Paper No. 119067, posted 06 Nov 2023 15:10 UTC

El Rol del Análisis Económico en el Derecho de la Competencia

Liverca Altagracia Gómez, Encargada

Juan Bautista Rodríguez Núñez, Economista II

Nathanael Mesa Candelario, Economista I

Fernando Miguel Morbán Gómez, Economista I

Zoraya Esther García Read, Analista de Mercados

Resumen

El Derecho de la Competencia desempeña un papel fundamental en la promoción de mercados eficientes maximizando el excedente de los consumidores. En este sentido, el análisis económico se ha convertido en una herramienta crucial para evaluar la conducta de las empresas y los posibles efectos anticompetitivos de sus acciones, tanto en los mercados como en el bienestar del consumidor. Este ensayo examinará la importancia del análisis económico en el Derecho de la Competencia, destacando su relevancia en la detección y evaluación de prácticas anticompetitivas, así como en la toma de decisiones en materia de políticas y regulaciones.

Palabras Clave: Derecho de la Competencia, Análisis Económica, prácticas anticompetitivas

Clasificación JEL: D4, K21, L40, P16

The Role of Economic Analysis in Competition Law

Abstract

Antitrust law plays a fundamental role in promoting efficient markets and safeguarding consumer interests. In this regard, economic analysis has become a crucial tool for assessing firms' conduct and the potential anticompetitive effects of their actions in markets and consumer welfare. This essay will examine the significance of economic analysis in competition law, emphasizing its relevance in detecting and evaluating anticompetitive practices policymaking and regulation decision-making.

Keywords: Antitrust law, Economic Analysis, Anticompetitive Practices

Classification JEL : D4, K21, L40, P16

1. Introducción

La Política de Competencia, también conocida como Política Antimonopolio o de Competencia Económica, juega un papel fundamental en la promoción de mercados justos y eficientes, en un contexto económico y legal. Por tanto, para comprender la importancia de los análisis económicos en el Derecho de la Competencia, es necesario establecer los conceptos básicos del Derecho de la Competencia y la Economía, que hacen más que evidentes su fuerte vínculo. Por un lado, el Derecho de la Competencia busca promover y preservar la competencia efectiva¹ en los mercados, a fin de evitar prácticas anticompetitivas para garantizar la eficiencia económica. Se basa en leyes y regulaciones diseñadas para prevenir los acuerdos colusorios, los abusos de posición dominante y las fusiones y adquisiciones que puedan perjudicar la competencia efectiva en los mercados. Por otro lado, a través de los análisis económicos, se pueden identificar y analizar los incentivos y las consecuencias económicas de las prácticas empresariales, lo que permite tomar decisiones mejor informadas y basadas en evidencia empírica.

La primera edición del libro “Antitrust Law” de Richard Posner, sirvió como una pieza fundamental para enfatizar la imperiosa necesidad de un enfoque económico en este ámbito del derecho. Al abogar por “Una Perspectiva Económica”, Posner marcó el comienzo de una nueva era donde las consideraciones económicas comenzaron a tomar un papel central en el análisis y adjudicación de los casos relacionados al Derecho de la Competencia (Posner, 2001).

Dada la naturaleza esencialmente económica de los problemas que el Derecho de la Competencia busca resolver, es imprescindible que las herramientas, principios económicos y los métodos y técnicas derivados de este, sean utilizados para lograr decisiones acertadas. Los modelos económicos y las técnicas de evaluación permiten determinar si un acuerdo entre empresas tiene el potencial de restringir la competencia y perjudicar a los consumidores. Del mismo modo, el análisis económico es esencial para evaluar los Abusos de Posición Dominante, en los que una empresa con poder de mercado utiliza su posición para limitar la competencia. En ambos casos, los modelos empleados tienen como finalidad simular diferentes escenarios. Así como evaluar los posibles efectos de las prácticas restrictivas en la competencia y en el bienestar del consumidor. Para esto se auxilian de herramientas estadísticas y técnicas econométricas para analizar datos empíricos y proporcionar evidencia cuantitativa sobre el impacto de las prácticas anticompetitivas.

No es solo cuestión de identificar y castigar las prácticas contrarias a la libre competencia, en esencia, es garantizar que los mercados operen de manera eficiente y justa, lo que a su vez se traduce en beneficios tangibles para los consumidores en forma de precios más bajos, mayor calidad, innovación y una amplia variedad de opciones de donde pueda elegir.

¹ La Ley núm. 42-08 en su artículo 4, literal c, define la competencia efectiva como “la participación competitiva entre agentes económicos en un mercado, a fin de servir una porción determinada del mismo, mediante el mejoramiento de la oferta en calidad y precio en beneficio del consumidor”.

Por ello, el papel de la investigación económica es primordial en el Derecho de la Competencia. Esta permite a los reguladores, abogados y jueces comprender las complejidades subyacentes de los mercados y las prácticas empresariales, identificar comportamientos anticompetitivos y proponer soluciones efectivas. Sin una sólida base económica, las decisiones tomadas en el ámbito del Derecho de la Competencia podrían ser desinformadas y potencialmente perjudiciales para la economía en su conjunto.

En este documento se explora con profundidad el rol del análisis económico en los casos de Política de Competencia con especial énfasis en el caso dominicano, donde dicho rol es particularmente importante en los casos de Abuso de Posición Dominante; se analiza el rol y las herramientas estilizadas en la literatura empírica y la jurisprudencia en la definición del Mercado Relevante y determinación de la Posición Dominante, de acuerdo a la mejor experiencia internacional, además se ponen de referencia decisiones de casos emblemáticos a lo largo de la historia del Derecho de la Competencia .

2. Papel de los análisis económicos en el Derecho de la Competencia

La importancia que tiene la Economía en el Derecho de la Competencia obviamente es reconocida cuando se acepta la idea de que muchos de los conceptos claves de la Política de Competencia -por ejemplo, competencia, monopolios, oligopolios, y barreras a la entrada- son conceptos derivados no de las leyes, no de la sociología o de las ciencias políticas, sino de la economía. Por tanto, es imposible pensar en la aplicación de una Política de Competencia efectiva sin tener en cuenta la Teoría Económica que le sustente (Walker & Bishop, 2010).

En un sistema económico de libre mercado, la competencia efectiva es la participación competitiva entre agentes económicos, que incrementa la eficiencia económica² en los mercados de bienes y servicios, y genera beneficio y valor a favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en un territorio determinado, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.

En este sentido, la definición del mercado relevante es el primer y más importante aspecto para determinar en el Derecho de la Competencia de toda agencia de competencia. Esto seguido por la determinación de la posición dominante y el posible abuso de esta. Es por ello por lo que, esta primera definición es considerada como un paso crítico para evaluar indicadores que permitan determinar la tenencia de poder de mercado, que es cuando un agente económico, por si o juntamente con otros, puede actuar libre de condicionantes competitivos y, en consecuencia, puede incrementar sus precios, reducir la producción o degradar la calidad de sus productos de manera rentable.

² Se refiere al caso en que los insumos se utilizan de tal forma que un determinado nivel de producción se alcanza al menor costo posible. Un aumento en la eficiencia ocurre cuando se logra una producción existente o en una escala mayor con un costo menor. Este término hace referencia a la eficiencia asignativa, productiva y dinámica en un mercado.

De igual forma, la definición de mercados relevantes también resulta necesaria en los casos de control de concentraciones económicas, las cuales pueden reducir significativamente las condiciones de competencia en el mercado y generar perjuicios para el interés económico general.

2.1. Definición del Mercado Relevante

La Política de Competencia es esencial para garantizar que los mercados funcionen de manera eficiente, que los consumidores tengan opciones y que las empresas compitan en igualdad de condiciones. Esta política se considera un pilar importante de la regulación económica y legal en muchos países.

En este contexto, la definición del mercado relevante emerge como un pilar fundamental que marca los límites de competencia entre las empresas, proporcionando un marco en el que se articula y se aplica esta política. Esta definición no solo tiene que ver con el producto o servicio en sí, sino también con las dimensiones geográficas en las que opera, delineando con precisión las limitaciones y los desafíos que enfrentan las empresas en este doble espectro.

La definición precisa del mercado, en sus dimensiones tanto de producto como geográficas, ofrece una lente analítica para las autoridades de competencia al evaluar posibles incongruencias o desequilibrios en el mercado. Tal definición permite identificar a los competidores reales y potenciales que pueden ejercer presión o influencia sobre el comportamiento de una empresa, garantizando así que ninguna empresa opere en un vacío desprovisto de competencia efectiva. Además, proporciona una base sólida para calcular cuotas de mercado, un indicador crítico que ofrece lineamientos sobre el poder relativo de mercado y facilita la evaluación de posibles posiciones dominantes. Según la OCDE (2012), la definición adecuada del mercado se convierte en una herramienta imprescindible para asegurar un análisis coherente y efectivo de la competencia.

La identificación del mercado relevante va más allá de la mera nomenclatura; exige un examen riguroso de todos los productos o servicios interrelacionados y su alcance geográfico, abordando cuestiones críticas como las limitaciones que enfrentan los consumidores para optar por alternativas. Respecto a este, la Comisión de Defensa Europea ha subrayado la importancia de considerar tanto las dimensiones del producto como las geográficas al definir el mercado, reafirmando que el objetivo primordial es discernir a los competidores verdaderos capaces de contrarrestar comportamientos monopolísticos.

La prueba del monopolista hipotético, o prueba SSNIP³, emerge como una metodología estándar en la definición del mercado relevante. Esta prueba considera la capacidad de un monopolista ficticio para implementar un aumento "pequeño pero significativo y no transitorio" en el precio, manteniendo constantes las condiciones de venta de todos los demás productos. Según el Departamento de Justicia de EE. UU. y la Comisión Federal de Comercio (1997), el

³ "Small but Significant Non-transitory Increase in Price" (en español, "Incremento Pequeño pero Significativo y No Transitorio en el Precio").

mercado relevante abarca aquel conjunto de productos y regiones geográficas que se alinean con este criterio, sin exceder los límites necesarios para satisfacerlo. La correcta aplicación de esta prueba garantiza una definición de mercado que refleja fielmente las dinámicas de competencia y las interacciones entre empresas, consolidando así los fundamentos para una Política de Competencia efectiva y equitativa.

Si bien el mercado relevante es un concepto que surge del ámbito jurídico, las herramientas para determinarlo y delimitarlo han sido encontradas en la Economía. Desde la década del 50 del siglo pasado en los Estados Unidos de América (EE. UU.) comenzó el uso de herramientas como las Elasticidades⁴ en casos de Política de Competencia (Werden, 1992). Este se ha popularizado junto a la aplicación de técnicas econométricas que abarcan desde las pruebas de precios⁵, hasta el análisis de regresión para estimar elasticidades (Walker & Bishop, 2010).

Cabe resaltar que existen técnicas cualitativas que suelen ser utilizadas, pero su rol no deja de ser meramente complementario. Lo anterior se debe a que en la actualidad se busca que sea la comprobación y no el criterio “experto” lo que determine la decisión del jurado (Walker & Bishop, 2010). Por esto, el rol de la investigación con enfoque cuantitativo a través de la Economía se ha vuelto fundamental en del Derecho de la Competencia, en donde la literatura económica, tanto en la parte teórica como empírica, ha venido complementándose con los desarrollos de la Organización Industrial y la Economía Aplicada.

En este contexto República Dominicana sigue esta misma línea procedimental. La definición de los mercados relevantes⁶ ha sido protagonizada por el análisis económico aplicado. Las técnicas econométricas han sido parte fundamental de la definición de los distintos mercados relevantes, en los Estudios de Condiciones de Competencia, cuyo rol ha sido principalmente de Promoción y Abogacía de la Competencia⁷, y para las investigaciones (por oficio o por solicitud de los agentes) realizadas en Defensa de la Competencia. Los resultados del análisis económico se ven plasmados en los Estudios de Condiciones de Competencia proporcionan información importante para diseñar políticas que promuevan la competencia y eviten prácticas anticompetitivas, a través de una serie de recomendaciones que se dejan plasmados en los mismos para el ente regulador, una vez terminado el estudio. Asimismo, el análisis económico resulta fundamental para evaluar los efectos de las regulaciones existentes y proponer posibles ajustes o modificaciones de cualquier cuerpo legal que pudiera tener un efecto aparente en las condiciones de competencia de los mercados.

⁴ Es una medida de la sensibilidad de la cantidad demandada de un bien o servicio ante variaciones del precio de este bien.

⁵ Este tipo de pruebas engloban la correlación de precios, la cointegración, entre otras. Las pruebas de precios se fundamentan en el hecho de que cuando dos o más bienes son sustitutos, se esperarían que las variaciones entre los precios de dichos productos se muevan de manera conjunta o en el mismo sentido a través del tiempo. La lógica detrás de las pruebas de precios está relacionada a la Ley de la Demanda y el comportamiento del precio de dos productos que son sustitutos perfectos.

⁶ El literal f del artículo 4 de la Ley núm. 42-08 define al mercado relevante como “el ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, que abarque todos los bienes o servicios sustituibles y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si una restricción o abuso diera lugar a un aumento significativo de los precios”.

⁷ Ver todos los estudios de condiciones de competencia elaborados por PRO-COMPETENCIA República Dominicana en el siguiente enlace: <https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/>.

En las investigaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva, se combinan los aspectos económicos y jurídicos en un mismo documento, ya sea para las resoluciones de inicio de un procedimiento de investigación, para la resolución de desestimación o para el Informe de Instrucción, el cual es elevado al Consejo Directivo, como órgano decisor de los casos.⁸

De igual forma, la determinación del mercado relevante en temas de Defensa de la Competencia se aplicará solo para el Abuso de Posición Dominante. Claramente, en estos casos el mercado relevante es fundamental considerando que la práctica anticompetitiva responde a la Regla de la Razón que implica que debe evaluarse caso a caso los efectos anticompetitivos frente a los efectos pro-competitivos.

Así pues, para la determinación del mercado relevante, el artículo 8 de la Ley núm. 42-08 establece que deberán ser considerados los siguientes elementos:

- a. Identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar;
- b. Identificación del área geográfica correspondiente;
- c. La probabilidad efectiva de sustituir el bien o servicio de que se trate por otro suficientemente similar en cuanto a función, precio y atributos, de origen nacional o extranjero, para ser contemplados por los consumidores como sustitutos razonables, en el tiempo y costo requerido para efectuar la sustitución, por considerarlos con el suficiente grado de intercambiabilidad;
- d. El costo de distribución del bien o servicio, sus insumos más importantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero, teniendo en cuenta los fletes, seguros, aranceles y cualquier otra medida que afecte su comercio, así como las limitaciones impuestas por otros agentes económicos y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros lugares;
- e. La sustitución de la demanda, en particular, el costo y la probabilidad de que suplidores de otros productos o servicios que no son sustituibles, en principio, desde el punto de vista de la demanda, pues no son similares a la oferta del bien a sustituir, puedan fácilmente pasar a producir y ofrecer productos o servicios que por igual satisfagan la demanda de los consumidores; es decir, que los consumidores puedan acudir a otros mercados alternos de productos y servicios, que produzcan resultados suficientes para satisfacer su demanda de bien o servicio; y,
- f. Las restricciones normativas nacionales o internacionales que limiten el acceso de los consumidores a fuentes alternativas de abastecimiento o el de los proveedores a clientes alternativos.

Contrariamente, en los casos de carteles, la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA han asumido como criterio propio que cuando se trate de estos casos, no es necesaria la determinación del mercado relevante, pues la doctrina jurisprudencial especializada ha establecido que “los mercados relevantes afectados por la

⁸ Para conocer en más detalle el procedimiento que debe llevar tanto la Dirección Ejecutiva como el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, ver la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08.

colaboración entre competidores incluyen todos los mercados en los que tiene lugar la cooperación”, por tanto, es el alcance de la conducta investigada la que determina el mercado presuntamente afectado. Esto significa que es el propio cartel o acuerdo anticompetitivo el que determina el mercado o productos afectados o involucrados, lo que, en principio nada tiene que ver con el concepto técnico de “mercado relevante” (Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), 2021).

2.2. Identificación de la Posición Dominante

Una vez delimitado el mercado relevante, previo a determinar la existencia de una práctica anticompetitiva⁹ por abuso de posición dominante, se debe identificar si el agente económico cuenta o no con una posición dominante. La noción de "posición dominante" no es un concepto vago o ambiguo; por el contrario, se encuentra cimentado en legislaciones específicas de distintas jurisdicciones. En tal sentido, se examina de manera resumida cómo se ha interpretado la “posición dominante” y cómo se ha aplicado en jurisdicciones con larga trayectoria en materia de competencia, como los Estados Unidos y la Unión Europea, y se finaliza con el fundamento legal de la misma, que para la República Dominicana se encuentra enmarcado en el artículo 9 de la Ley núm. 42-08.

Siguiendo la decisión de la Comisión Europea, en el caso *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*:

... la posición dominante a la que se refiere el Artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores (*Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 1979).¹⁰

La legislación europea en el caso *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, establece la definición que se utiliza hasta la actualidad.

El poder de mercado, en la jurisprudencia norteamericana se define como la capacidad del vendedor para ejercer cierto control sobre el precio que cobra (Department of Justice, 2009). Del mismo modo, la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE), define el poder de mercado como la capacidad de las empresas para cobrar precios superiores a los niveles competitivos y, en consecuencia, obtener utilidades significativas (utilidades económicas mayores a los niveles normales) (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE), 2011).

⁹ Por ejemplo: precios abusivos, estrechamiento de margen, ventas atadas, negativa a tratar con ciertos clientes, etc.

¹⁰ Ver: *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*. 27/76 (“*Judgment of the Court*”, 2 14, 1978).

Por otra parte, el Derecho de la Competencia de la UE¹¹, supone que una empresa tiene una posición dominante si puede evitar que se mantenga la competencia efectiva en el mercado relevante otorgándole el poder de comportarse en un grado apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y, en última instancia, de los consumidores (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2012).

Así pues, el concepto de posición dominante se percibe de forma distinta, de acuerdo con la jurisdicción en que se aplique. Por ejemplo, en la jurisdicción norteamericana y canadiense, en lugar de posición dominante se habla más bien de “poder de mercado”, en cambio, en la jurisdicción europea, se utiliza el término de “posición dominante” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), 2004).

En el caso dominicano, la Ley núm. 42-08 en su artículo 4 literal g, define la Posición Dominante como:

El control del mercado relevante que disfruta un agente económico, por sí o juntamente con otros, y que le brinda el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva o le permita actuar en dicho mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores. La posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí solo, no constituye una violación a la presente ley.

Como bien deja por sentado la Ley núm. 42-08, la misma prohíbe el abuso de la posición dominante, no la tenencia de la posición de dominio. El problema surge cuando el agente económico se aprovecha de la posición que ostenta en el mercado en que desarrolla su actividad y realiza acciones que restrinjan la competencia y la viabilidad de un mercado eficiente, debido a que estas acciones no solo perjudican a los consumidores sino también a competidores y proveedores¹².

La existencia de una posición dominante puede deberse a varios elementos que, de forma separada, no son necesariamente determinantes, pero entre estos puntos hay uno muy importante, que es la existencia de grandes cuotas de mercado (Motta, 2018). Sin embargo, una alta cuota de mercado no es suficiente para concluir que la empresa es dominante. En el caso particular de las cuotas de mercado¹³, estas se podrían contar como número de unidades o en valores, este último, generalmente tienen más significado económico. Las cuotas de mercado se definen como el porcentaje de ventas de un producto o servicio que tiene una empresa en un mercado, teniendo en cuenta todos los que compiten en el referido mercado. Así, cada competidor que ofrezca un bien sustitutivo o similar tendrá una cuota de mercado, y todas juntas alcanzarán el 100.0% (Motta, 2018).

¹¹ En uno de los primeros casos del artículo 102 (antes artículo 82) Hoffmann-La Roche el TJUE dio una definición de dominancia que todavía hoy se utiliza.

¹² Ver: Universidad Pontificia de Madrid. La Noción del Abuso de la Posición de Dominio en el Derecho Europeo y Estadounidense. Pág. 15.

¹³ Ampliar en: La noción de abuso de posición de dominio en el Derecho europeo y estadounidense.

Las cuotas de mercados se han convertido en una primera aproximación para la determinación de la posición de dominio, sin embargo, no hay una regla general que considere el mercado de referencia (“*Benchmark*”) que debe tener un agente para utilizar las cuotas de mercado como un indicador de posición de dominio. Ni la Comisión Europea ni el tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) son tan explícitos, pero en la práctica su enfoque quizá no es muy diferente (Motta, 2018).

La literatura cuenta con algunos casos en la jurisdicción estadounidense y europea en los cuales se consideran ciertos niveles de participación de mercado como indicativos de posición de dominio. Por ejemplo, en el caso *United Brands* se determinó que el acusado era dominante con una cuota de mercado de alrededor de 40.0% a 45.0% (pero, de nuevo, este fue solo uno de los elementos que fue considerado), y de alguna manera se sigue considerando que este rango cubre los niveles del punto de referencia (“*Benchmark*”) para la presunción de dominancia. Por otro lado, en *Akzo v. Commission*, TJUE declaró que una cuota de mercado persistente por encima del 50% es indicativa de que la empresa es dominante, en ausencia de que se pruebe lo contrario.

Los tribunales de los Estados Unidos parecen indicar umbrales más altos para determinar una posición dominante. En *Alcoa*, el juez Learned Hand escribió que una cuota de mercado de 33.0% sin duda no es suficiente para establecer dominancia, en tanto que, en “*Time-Picayune*”, una empresa con una cuota de mercado de 40.0% no fue declarada dominante.

Se recuerda, tal como se mencionó anteriormente, que “más allá del criterio de la cuota de mercado, la evaluación de la posición dominante es un proceso de múltiples facetas. El objetivo es determinar quién o qué limita el ejercicio del significativo poder de mercado de la empresa”¹⁴.

Tanto en la jurisdicción estadounidense como en la europea se requiere de la evaluación de otros elementos, independientemente de la cuota de mercado, para verificar la posición dominante, tales como¹⁵:

- a) Mercado relevante
- b) Barreras de entrada y de salida
- c) Capacidad financiera de una empresa
- d) Número de competidores

Una vez se validan los elementos anteriormente mencionados, se puede determinar con mayor certeza si un agente económico que configure estas características está en posición de causar o está interfiriendo con la libre y sana competencia en el mercado relevante previamente establecido.

¹⁴ Naciones Unidas. "Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo." Ginebra, 2008.

¹⁵ Ver: La noción del abuso de posición de dominio en el Derecho europeo y estadounidense. Pag 26 y 27.

Cabe resaltar que según Walker & Bishop, (2010), el concepto legal de “dominancia” es equivalente al concepto económico de “poder de mercado sustancial”. Se espera que una empresa con un poder de mercado sustancial tenga la capacidad de aumentar el precio por encima del precio competitivo. En ese mismo orden, siguiendo a (Hovenkamp, 2017), el poder de mercado se define como la habilidad que tiene una empresa para incrementar los beneficios por medio de una restricción de la producción cambiando el precio competitivo del mercado.

En el caso “*Du Pont (Cellophane)*” la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, definió el poder de mercado como: “el poder de controlar los precios para excluir la competencia” (Hovenkamp, 2017). Sin embargo, esta primera definición resulta incompleta e imprecisa, pues no necesariamente el poder de mercado en sí mismo es una práctica exclusiva. De hecho, la teoría económica señala que precios por encima del precio de la competencia atraen nuevos competidores al mercado, que posteriormente regulan el nivel de competencia.

La Microeconomía propone que la medición del poder de mercado se estime de manera directa a través del índice de Lerner (Davis & Garcés, 2010). Este índice evalúa la habilidad de una firma para elevar el precio de un producto por encima del costo marginal. Se define como:

$$IL = \frac{P - MC}{P} = \frac{1}{\epsilon_{di}} = \frac{S_D}{\epsilon_{dm}(S_D - 1)\epsilon_o}$$

P = nivel de precios de la firma al que se maximiza el nivel de producción;

MC = el costo marginal de la empresa al nivel que se maximizan los beneficios dado un determinado nivel de producción.

Debido a esto, considerando la elasticidad precio de la demanda, se obtendría lo siguiente:

$$\frac{S_D}{\epsilon_{dm}(S_D - 1)\epsilon_o}$$

Los métodos indirectos se relacionan con criterios legales, tales como participación en el mercado y capacidad para establecer precios de manera unilateral. A raíz de las dificultades en estimar el Índice de Lerner, se han propuesto medidas alternativas como los indicadores de concentración.

Naturalmente, las cuotas de participación de las empresas y cómo estas cambian con el tiempo surgen como una aproximación para medir el poder en el mercado. Varias medidas alternativas han sido propuestas para analizar estas cuotas de mercado, incluyendo:

1. Índice Ck.
2. Índice de Herfindahl-Hirshman (IHH).
3. Índice de rivalidad.

La participación de mercado es uno de los indicadores usualmente utilizados para la determinación de posición de dominio. Bajo este contexto, una vez definido el mercado relevante donde compiten las empresas bajo estudio, es necesario determinar la existencia o no de una posición dominante. Para dicho fin, la literatura aplicada señala una serie de indicadores, siendo el Coeficiente de Concentración (C_k) uno de los más utilizados. Este indicador se basa en el concepto de Cuota de Mercado (S_i), el cual se refiere a la participación porcentual de las ventas de una empresa, dentro de las ventas totales de un bien o servicio, en el mercado relevante definido.

Relativo a la cuota de mercado, no hay una regla definitiva que determine si una empresa tiene una posición dominante. Sin embargo, de manera general, se podría inferir que empresas con una cuota de mercado entre 30% y 35% probablemente no tienen una posición dominante. Por otro lado, aquellas con una cuota entre 60% y 65% tienen una alta probabilidad de tener una posición dominante en el mercado.

El segundo indicador nombrado anteriormente que se utiliza para estudiar la estructura de un mercado es el conocido Índice de concentración Herfindahl-Hirschman (IHH) el cual va desde 0 hasta 10,000, y a medida que aumenta, este indica mayor concentración de mercado. El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de todas las empresas en la industria.

La ventaja que posee este indicador es que combina información entre el número de firmas y la distribución del tamaño de estas, haciendo que un mayor IHH represente un mayor nivel de concentración. En Castañeda (2007) se establecen umbrales¹⁶ para los cuales se puede considerar si un mercado está concentrado o no, siendo la clasificación de los umbrales según lo siguiente:

- ✓ Mercados no concentrados → IHH menor a 1,500 puntos.
- ✓ Moderadamente concentrados → IHH entre 1,500 puntos.
- ✓ Altamente concentrados → IHH por encima de los 2,500 puntos.

Cabe señalar que, los índices de concentración como el IHH y el C_k , tienen la limitación de no presentar los cambios o la dinámica que pueden darse en la estructura de los mercados, indicando así su estructura en un punto determinado. Es por esto por lo que también se cuenta con el tercer índice citado anteriormente, el Índice de Rivalidad, el cual recoge estas limitaciones e incorpora variaciones en su cálculo. Esto debido a que la teoría económica reconoce que mercados concentrados pueden mostrar comportamientos competitivos mediante los cuales las participaciones de mercado de las empresas cambian significativamente de un período a otro, debido a que el grado de competencia no solo se relaciona con la magnitud de la concentración reflejada por la participación o cuota de mercado, sino que también depende de la intensidad con la que se manifiesta la competencia.

¹⁶ De igual forma, los umbrales de IHH para la República Dominicana están enmarcados en la Resolución del Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, núm. 001-2017.

El índice de rivalidad indica que tan dinámico es un mercado en cuanto a su nivel de rivalidad; este índice tiene un valor de cero (0) a uno (1), indicando que hay rivalidad cuando el valor es uno (1) y no hay rivalidad cuando es cero (0).

La idea que hay detrás de la determinación de la posición de dominio es la validación de una posible práctica anticompetitiva. Dicho de otro modo, si se comprueba la existencia de posición dominante, una práctica anticompetitiva de abuso de posición dominante pudiera ser posible. De lo contrario, si no hay una posición dominante comprobada para alguno de los agentes económicos del mercado objeto de investigación, no hay caso de posible abuso de posición.

Para determinar si una empresa o un conjunto de ellas tienen posición dominante en el mercado relevante, de acuerdo con la definición del artículo 4 de esta Ley núm. 42-08, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA) de República Dominicana deberá considerar los elementos enmarcados en el artículo 9 de dicho texto normativo:

- a. La existencia de barreras a la entrada al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras;
- b. La participación en el mercado y el poder de fijar precios unilateralmente, o de restringir de forma sustancial el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro contrarrestar dicho poder;
- c. Participación de mercado en términos porcentuales (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado;
- d. Las posibilidades de acceso de los demás participantes del mercado a fuentes de insumos; y,
- e. La relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes.

PRO-COMPETENCIA ha tenido la oportunidad de llevar todo lo anteriormente citado a la práctica, tanto para la definición de mercado relevante como para la determinación de posición dominante, los cuales pueden ser analizados en mayor detalle en el informe de instrucción iniciado por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA núm. DE-01-2017¹⁷ del mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana. Otro caso en donde se pueden ver las técnicas utilizadas para la definición del mercado relevante se encuentra en la Resolución de la Dirección Ejecutiva núm. DE-19-2020¹⁸, del mercado de importación y comercialización de gas licuado de petróleo en la República Dominicana.

¹⁷ Resolución núm. DE-01-2017 de la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA.

¹⁸ Resolución núm. DE-019-2020 de la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA.

3. Conclusiones

Este artículo ha evidenciado de manera breve el rol del análisis económico en los casos de Política de Competencia haciendo énfasis en la definición del mercado relevante, la determinación de la posición dominante y posible abuso de esa posición por parte de los agentes económicos de un mercado.

El entramado entre aspectos jurídicos y económicos en la definición de mercado relevante refuerza la necesidad de un análisis holístico que aborde tanto las dimensiones geográficas como del producto. Para República Dominicana, el enfoque riguroso en la determinación del mercado relevante se traduce en una herramienta crítica, particularmente en casos que aborden el Abuso de Posición Dominante. Esta determinación no solo facilita la identificación de prácticas anticompetitivas, sino que también proporciona un marco para ponderar sus efectos frente a posibles beneficios pro-competitivos de la práctica.

La posición dominante en el mercado es un concepto central en las investigaciones antimonopolio y es fundamental para regular la competencia. Si bien la cuota de mercado de una empresa es un indicador inicial para determinar su poder en el mercado, no es el único factor. Barreras de entrada, fortaleza financiera y número de competidores son también consideraciones clave. Jurisdicciones como la República Dominicana, la Unión Europea y los Estados Unidos han establecido guías y jurisprudencias para identificar y evaluar esta posición dominante, cada una con sus matices y criterios particulares.

La teoría económica provee alternativas, como el índice de Lerner, que representan una aproximación cuantitativa del poder de mercado al medir la habilidad de una empresa para fijar precios por encima de los costos. Sin embargo, en situaciones donde falta información para tales estimaciones, métodos indirectos basados en cuotas de mercado y criterios legales, como el Índice de Herfindahl-Hirshman (IHH), pueden ser empleados.

Futuros artículos podrían profundizar aspectos vinculados a las técnicas cuantitativas y cualitativas empleadas por las distintas autoridades de competencia partiendo de la experiencia dominicana. De igual manera, otros podrían explorar el posible rol de la investigación económica para el caso dominicano considerando una posible modificación de la Ley vigente que incluya nuevas prácticas, así como el Control de Fusiones empresariales, que actualmente está fuera del alcance de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08.

En definitiva, los análisis económicos desempeñan un papel crucial en el Derecho de la Competencia al proporcionar una base sólida para evaluar la conducta de las empresas y determinar si sus acciones son anticompetitivas o no. A través de la aplicación de modelos y técnicas econométricas, se pueden identificar y analizar los posibles efectos de estas acciones en la competencia y en el bienestar del consumidor. Los análisis económicos son fundamentales para la detección y evaluación de prácticas anticompetitivas, así como para la toma de decisiones en materia de políticas y regulaciones. En un mundo en constante evolución, es importante seguir mejorando y refinando las herramientas y

enfoques utilizados en los análisis económicos para asegurar una aplicación efectiva y justa del Derecho de la Competencia.

Bibliografía

Castañeda, C. C. (2007). *Indicadores de Concentración: Una revisión del marco conceptual y la experiencia internacional*. Lima.

Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA). (2017). Resolución 001-2017. Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), Consejo Directivo. Santo Domingo, D.N.: Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA). (2021). Resolución CD-010-2021. Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

Davis, P., & Garcés, E. (2010). *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press.

Department of Justice. (05 de 11 de 2009). Department of Justice (DOJ).

Dirección Ejecutiva. (2017). Resolución núm. DE-01-2017. Santo Domingo, República Dominicana: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

Dirección Ejecutiva. (2020). Resolución núm. 019-2020. Santo Domingo, República Dominicana: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

Francis, D., & Sprigman, C. J. (2023). *Antitrust: Principles, Cases and Materials*. New York City: American Bar Association: Antitrust Law Section.

Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 85/76. (Tribunal de Justicia 13 de 2 de 1979).

Hovenkamp, H. (2017). *Principles of Antitrust*. Minnesota: West Academic Publishing.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (2004). *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Motta, M. (2018). *Política de Competencia*. México, México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). Market definition. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE). (2011). Herramientas para la Evaluación de la Competencia: Volumen II: Guía. París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE).

Posner, R. A. (2001). Antitrust Law (2nd ed.). Chicago: The University of Chicago Press. doi:10.7208/chicago/9780226675787.001.0001

Walker, M., & Bishop, S. (2010). The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application, and Measurement (Third ed.). London, England: Sweet & Maxwell.

Werden, G. J. (1992). The History of Antitrust Market Delineation. Department of Justice - Antitrust Division. Washington D.C.: Federal Trade Commission.