

Radicación: 13-291120 – Caso “PUERTO NUEVO”

Resolución No. 11168 del 13 de marzo de 2020

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Abuso de posición dominante – Definición del mercado relevante

La definición de mercado relevante en actuaciones administrativas relacionadas con conductas unilaterales de abuso de posición dominante es de la esencia del análisis que conduce esta Autoridad, por lo cual es indispensable que este Despacho evalúe la definición del mismo y pueda concluir la existencia o no de una efectiva posición de dominio, lo cual permitiría posteriormente entrar a analizar cada una las conductas desplegadas por los agentes investigados.

*En este sentido, y de acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación, el abuso de posición que se investiga en la presente actuación administrativa sucedió en el mercado del servicio de transporte de carbón desde puertos marítimos, con destinos internacionales, en la zona de Ciénaga, Magdalena. Lo anterior, toda vez que el objetivo principal de la conducta de los investigados consistiría en la aplicación de condiciones discriminatorias y la obstrucción de acceso de potenciales usuarios a **PUERTO NUEVO**.*

(...)

[E]ste Despacho encuentra que existe evidencia en el Expediente que le permite determinar que el mercado geográfico relevante para la presente investigación no se circunscribe únicamente a la zona portuaria de Ciénaga, Magdalena. En este sentido, una vez analizados los diferentes elementos probatorios obrantes en el Expediente, se advierte que el mercado relevante expuesto en la Resolución de Apertura de Investigación, consistente en el servicio de transporte de carbón desde puertos marítimos hacia destinos internacionales, específicamente el servicio prestado en la zona de Ciénaga, Magdalena, no estuvo correctamente definido, pues no fue soportado de manera adecuada y robusta con las pruebas obrantes en el Expediente.

De esta forma, resultaría necesario realizar una nueva definición del mercado relevante, lo cual , como se ha manifestado en anteriores ocasiones por esta Superintendencia, podría conducir a la violación del principio de congruencia por cuanto se estaría modificando una parte sustancial de la imputación fáctica realizada en la Resolución de Apertura de Investigación.

[L]a definición de mercado relevante en actuaciones administrativas relacionadas con conductas unilaterales de abuso de posición dominante (artículo 50 del Decreto 2153 de 1992) es de la esencia del análisis que conduce esta Autoridad. Así, contrario a lo que sucede en investigaciones administrativas sancionatorias por actos de cartelización empresarial, en donde no se requiere adelantar la tarea de definir el mercado relevante, en los casos de abuso de posición dominante (al igual que en integraciones empresariales) una adecuada definición del mercado relevante es estrictamente necesaria y fundamental para determinar la posición de las empresas investigadas en el mercado, y así estudiar cuál es su poder de mercado y si ostenta posición de dominio, es decir, si tiene la capacidad para determinar o influir, de manera unilateral, en las variables económicas correspondientes, tales como precio, cantidades y calidad.

*[E]sta posición se encuentra conforme con los diferentes pronunciamientos que se han hecho en el ámbito internacional por parte de tribunales, organizaciones y diferentes doctrinantes expertos en la materia. A modo de ejemplo, se resalta la decisión tomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin N.V. vs la Comisión*, en la cual se resaltó la importancia de la definición del mercado relevante en aras de poder determinar una eventual posición de dominio de un competidor. De esta forma, el Tribunal manifestó que:*

*“Como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, más recientemente en su sentencia de 11 de diciembre de 1980, *L’Oréal* (31/80, ↔ Rec. p. 3775), **para el examen de la posición eventualmente dominante de una empresa en un mercado determinado, las posibilidades de competencia deben apreciarse en el marco del mercado que agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos.** No obstante, procede señalar que **la determinación del mercado relevante tiene por objeto evaluar si la empresa de que se trata tiene la posibilidad de impedir el mantenimiento de una competencia efectiva y de obrar, en buena medida, de forma independiente con respecto a sus competidores, sus clientes y los consumidores en general.** En consecuencia, no cabe, para ello, limitarse únicamente al examen de las características objetivas de los productos relevantes, sino que es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en dicho mercado” (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

*[E]l mismo Tribunal Europeo, en sentencia del 12 de diciembre de 1991, en el caso *Hilti AG vs la Comisión*, volvió a resaltar la necesidad de adelantar una efectiva definición del mercado relevante presuntamente afectado previo a determinar la existencia de una posición dominante y un abuso de la misma. En dicha ocasión se estableció que:*

Resolución No. 11168 del 13 de marzo de 2020

“En primer lugar, se debe señalar que, para determinar la posición que Hilti ocupa en el mercado, es preciso comenzar por definir el mercado de referencia, pues las posibilidades de competencia sólo pueden valorarse en función de las características de los productos de que se trate, en virtud de las cuales dichos productos son particularmente aptos para satisfacer necesidades constantes y no pueden sustituirse fácilmente por otros productos” (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Continental Can, 6/72, antes citada, apartado 32)”

[E]n uno de los casos más icónicos en el derecho de la competencia europeo, *United Brands Co vs La Comisión*, el Tribunal de Justicia enfatizó en la necesidad de definir correctamente el mercado relevante presuntamente afectado para determinar la existencia de una posición dominante en los siguientes términos:

“Considerando que para apreciar si UBC ocupa una posición dominante en el mercado de los plátanos hay que delimitar dicho mercado tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico”

Y agregó:

“que las posibilidades de competencia en relación con el artículo 86 del Tratado [abuso de posición de dominio] deben examinarse en función de las características del producto de que se trata y con referencia a una zona geográfica definida en la que se comercializa dicho producto y en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas como para permitir apreciar los efectos de la potencia económica de la empresa interesada”.

La importancia de la definición del mercado relevante para la determinación de la posición de dominio ha sido resaltada igualmente por otras autoridades de competencia en el mundo. Así, el entonces “Office of Fair Trading”, hoy “Competition and Market Authority” (CMA) del Reino Unido, manifestó en el marco de sus guías de derecho de la competencia del año 2004 que:

“Por lo tanto, la definición del mercado es importante en el proceso de establecer si un acuerdo o una conducta en particular se encuentra bajo el alcance de las normas de la libre competencia:

(...)

Los artículos 82 y sección 18(1) de la Ley de Competencia de 1998 [Competition Act 1998] (Capítulo II prohibiciones) aplican únicamente para empresas dominantes. La OFT [hoy CMA] no considerará que una empresa es dominante a menos que dicha compañía ostente un sustancial poder de mercado. **La definición del mercado relevante es una primera etapa necesaria en la evaluación respecto a si una empresa es o no dominante”.**

[E]l Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile ha establecido que al definirse de manera incorrecta el mercado relevante, no es posible concluir la existencia de una posición de dominio y por tanto tampoco de un abuso de la misma. Adicionalmente, es de resaltar que el Tribunal chileno ha manifestado que no habiendo quedado demostrada la posición dominante, se hace innecesario proceder con el análisis en detalle de las conductas presuntamente reprochable:

“Septuagésimo. Que, entonces, teniendo en consideración los argumentos ya descritos, este Tribunal concluye que Banco Estado no tiene poder de mercado en la adquirencia y procesamiento de transacciones con tarjetas de débito y crédito en Chile y, por lo tanto, no es posible que haya ejecutado abuso alguno de posición dominante en esos mercados, razón por la cual se hace innecesario analizar en detalle las conductas de negativa de contratar y de venta atada imputadas por las demandantes, sin perjuicio de lo señalará en la consideración siguiente” (Subraya fuera de texto original)

[L]a OCDE ha resaltado de igual forma el estrecho vínculo existente entre la definición de un mercado relevante y la determinación de una posición dominante. En este sentido, dicha organización ha establecido que:

“Para determinar si una firma ostenta o no una posición dominante debe hacerse referencia a un mercado relevante previamente definido. Esto es, una firma tiene posición de dominio o es un monopolio o tiene poder de mercado únicamente respecto a un mercado determinado. (...) La definición del mercado relevante es de gran importancia para el análisis subsiguiente.

(...)

En la mayoría de los países, **determinar un abuso de posición de dominio requiere diferentes etapas: definir el mercado relevante, determinar si una firma es o no dominante teniendo en cuenta su participación de mercado, barreras de entrada y otras características, y evaluando si su comportamiento fue o no abusivo en los términos de las normas de libre competencia”** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Resolución No. 11168 del 13 de marzo de 2020

[H]abiendo llegado a la conclusión de que el mercado relevante delimitado en la Resolución de Apertura de Investigación no estuvo correctamente definido, este Despacho decide archivar la presente investigación en favor de todos los investigados, por lo que no resulta válido ni procedente entrar a analizar la eventual posición de dominio, ni cada una de las conductas por medio de las cuales aparentemente se habría configurado el abuso de la misma.