



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Informe N°02/2017

Montevideo, 11 de enero de 2017

ASUNTO: N° 15/2016 DUCELIT S.A., TRENAL S.A. Y OLECAR S.A. C/DISTIKLOS S.A. DENUNCIA

1. ANTECEDENTES

Este expediente surge a partir de la denuncia realizada por Ducelit S.A., Trenal S.A. y Olecar S.A. contra Distiklos S.A. por una presunta práctica de precios predatorios a partir de la presentación de todas ellas a la licitación de ASSE N° 083/2015 cuyo objeto es la prestación del servicio de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos sanitarios peligrosos generados por las Unidades Ejecutoras y dependencias de ASSE y cuyo volumen representaría de forma aproximada el 45% del total manejado a nivel nacional.

Existen antecedentes relacionados al servicio de residuos hospitalarios contaminados. En efecto, en el Expediente N° 01/2014 las ahora tres denunciadas fueron denunciadas por Distiklos S.A. por prácticas relacionadas al reparto de mercado en licitaciones públicas. En dichas actuaciones se definió el mercado relevante y se investigó sobre posibles prácticas contrarias a la competencia.

2. ANÁLISIS

2.1 Eventualidad de posibles conductas anticompetitivas

En este expediente se denuncia a la empresa Distiklos S.A. por haber presentado a la Licitación N° 83/015 precios de oferta bajos para la recolección de residuos hospitalarios contaminados. Para ello presentan una serie de comparaciones entre el costo y el precio ofrecido por la denunciada, argumentando que la pérdida que estiman constituiría una práctica relacionada a precios predatorios. Argumentan que la denunciada está vinculada a un grupo económico que realiza otras actividades no relacionadas al mercado relevante que correspondería a este expediente y a través de las mismas subsidiaría las actividades relacionadas a la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos hospitalarios.

Basándose en resoluciones anteriores de otros expedientes de esta Comisión las denunciantes argumentan que la denunciada detentaría una posición dominante “atípica” en el mercado, lo que le permitiría a la misma cubrir las pérdidas generadas por la supuesta práctica de precios predatorios.

2.1.1 La práctica de precios predatorios

A grandes rasgos una práctica de precios predatorios consiste en el establecimiento de precios por debajo del costo variable medio por parte de un agente económico dominante durante determinado tiempo con la intención de desplazar competidores del mercado o disuadir la entrada de otros al mercado y, en una etapa posterior, habiendo desplazado rivales, recuperar las pérdidas en las que se incurrió durante la misma.

Desde el punto de vista teórico, McGee¹ argumenta que llevar adelante una política de precios predatorios es más costosa para el predador que para la víctima dada su participación de mercado, incrementando sus costos. Estos costos constituirían para este autor los beneficios

¹ Véase <http://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf>

futuros que deberían reflejar dos aspectos: el valor presente de los mismos y la incertidumbre que representa la recuperación de los mismos. También da razones de por qué los beneficios del monopolio futuro podrían no darse y se relacionan por ejemplo a realizar contratos de largo plazo con sus clientes, los que podrían no querer que un oferente desapareciera; encontrar financiamiento para sobrellevar la reducción de precios; o esperar a que los precios suban de nivel. La conducta sería poco creíble si existe la posibilidad de nuevas entradas al mercado, dado que la firma dominante podría perder más dinero con una práctica de precios predatorios que coexistiendo con otros agentes en el mercado.

Para este autor existen mejores estrategias de monopolización, como pueden ser las fusiones que evitarían, aún a la empresa dominante, las pérdidas que conlleva una campaña de precios predatorios, bajo la hipótesis de que esas pérdidas serían mayores a los ahorros generados.

Otros autores como Easterbrook² argumentan que una posible víctima de una práctica de precios predatorios debería disponer de distintos recursos de ayuda, ya sea a través del mercado de capitales para financiarse o a través de capital propio, no descartando la ayuda que podrían brindarle sus propios clientes en la medida de que los agentes y las víctimas tengan expectativas racionales sobre la posible conducta de precios predatorios por parte de un agente dominante y éste se comporten racionalmente: en estos casos la víctima debería poder ofrecerle a sus clientes algún tipo de acuerdo superior en precios respecto al predador, bajo el entendido que luego los precios van a subir a niveles superiores a los existentes. Esto haría que los potenciales predadores internalicen el posible comportamiento de las víctimas y eso sería suficiente para la no ocurrencia de la práctica.

Easterbrook también realiza planteos sobre la posibilidad de que la práctica pueda ocurrir en un mercado a efectos de lograr reputación en otros, de forma que los potenciales agentes entrantes en un mercado perciban las señales de lo que es capaz de hacer el agente dominante,

² *Ibidem*

encontrando que ello tampoco sería posible. El mismo razonamiento aplicaría en casos de una expansión de la capacidad productiva.³

Sin embargo, la crítica que recibe esta propuesta es que se basa en la existencia de información perfecta, en el sentido de que los posibles entrantes conocen que el agente dominante no está dispuesto a disputar el resto de los mercados, cosa que no tiene porqué ocurrir o más aún, un agente dominante puede bajar sus precios no sólo por llevar a cabo una política de precios predatorios, sino por tener costos más bajos, lo que conlleva a que las señales puedan obedecer a motivos no imputables a una práctica contraria a la competencia. El propio Easterbrook relativiza estos argumentos estableciendo que la información asimétrica aplica para incumbentes y entrantes, de forma que no surge una estrategia individual que sea superior a la del otro.

Si bien la discusión sobre la práctica se relaciona a precios, otros autores establecen que podrían existir otras formas de depredación. Las mismas se relacionarían con la capacidad de poder incrementar los costos de los rivales, a diferencia de la política basada en precios que suele reducir inicialmente los ingresos de quien depreda.

Dentro de las más comunes se destacan abusos en procedimientos gubernamentales como la autorización de licencias o regulaciones que dificultan la entrada a mercados; la publicidad o

³ El planteo supone un monopolista con diez mercados a defender, por ejemplo, estableciendo una política de precios predatorios en uno de ellos como señal de lo que está dispuesto a hacer para defender los nueve mercados restantes. Conociendo que la práctica no es racional en un solo mercado y que la misma se lleva a cabo cuando se hace para proteger otros mercados, las expectativas de los potenciales entrantes serían que ya teniendo el predador costos hundidos en el primer mercado, el mismo estaría dispuesto a hacer lo mismo en el segundo mercado para proteger los ocho mercados restantes; igual razonamiento aplicaría para el resto de los mercados. Sin embargo, sabiendo que el agente dominante no tiene más mercados para proteger, los entrantes saben que la mejor situación para el agente dominante es compartir el décimo mercado con otros, lo que llevaría a los potenciales entrantes a poner su atención en el noveno mercado y así sucesivamente.

la innovación en la medida de que no obedezcan a razones de inversión, desarrollo o promoción y si a razones de índole anticompetitivo.⁴

Es decir, para que una estrategia de precios predatorios sea exitosa en primer lugar se debe detentar una posición dominante, de lo contrario no es verosímil que una empresa que no la tenga pueda desplazar a otras del mercado; en segundo lugar debe poder soportar las pérdidas seguras en las que incurre al llevar a cabo la práctica y sobre las que puede existir de forma *a priori* incertidumbre en el monto; y en tercer lugar tener la expectativa de poder recuperar las mismas a través del establecimiento de precios por encima del nivel observado durante la convivencia con los rivales desplazados.

Existen también otras formas de demostrar posibilidades de aplicar políticas de precios predatorios, como incrementar la inversión en capacidad de producción a efectos de establecer barreras a la entrada: incrementando los costos hundidos el posible predador muestra su capacidad de llevar adelante una política de ese tipo.

En síntesis, para que la estrategia de la práctica sea racional se necesita que la esperanza de las ganancias futuras sea mayor que las pérdidas en las que se incurre una vez establecidos los precios predatorios.⁵

2.1.2 Algunas condiciones para la práctica y test de prueba

Además de la posición dominante, uno de los aspectos centrales para poder llevar adelante una política de precios predatorios se asocia a la posibilidad de recuperación de las pérdidas en las que se incurre, lo que se vincula directamente a la posibilidad de establecer precios por encima

⁴ Uno de los ejemplos que suele utilizarse es el de una empresa que establece una red de distribución exclusiva demandando una gran cantidad de vendedores, lo que podría aumentar los costos de distribución de otras empresas.

⁵ Algunos autores establecen que la ganancia debe medirse en futuras ganancias monetarias y también en términos de reputación de quien provoca este tipo de comportamiento.

de los que corresponderían a un nivel de competencia y esto último necesariamente va atado a la posibilidad de que no existan barreras a la entrada en el mercado afectado.

Autores como Grau y Merino (2005)⁶ lo exponen como un juego en dos etapas diferenciadas: en la primera el predador incurre en ventas a pérdida, mientras que en una segunda etapa se obtienen rentas monopólicas, sujeto a ciertas condiciones: en primer lugar, que el mercado debe contar con una oferta relativamente concentrada. A diferencia de la competencia perfecta en la cual la oferta está atomizada, una oferta concentrada en unas pocas empresas lleva implícito que las acciones de las mismas tienen efectos sobre el resto de los oferentes. En segundo lugar, que la demanda esté atomizada y sea elástica, es decir que cada uno de los demandantes sea una pequeña porción de mercado. Finalmente, que existan barreras a la entrada de manera que las mismas garanticen la fijación de precios supra competitivos en la etapa posterior, es decir luego de haber desplazado competidores.

Joskow y Klevorick (1979)⁷ presentan un posible test para establecer si una conducta podría llegar a ser catalogada como de precios predatorios, el que consta de dos etapas. En la primera de ellas se analizan las características del mercado en donde se llevaría a cabo la práctica, la posición de presunto predador así como las condiciones de entrada al mercado. Si de los resultados de esta etapa se concluye que el predador no puede ejercer su poder de mercado, entendido este como la capacidad de establecer precios por encima del nivel competitivo para recuperar las pérdidas, entonces debe descartarse la conducta. De lo contrario se debería pasar a la segunda etapa, la que corresponde al estudio de la relación entre el precio y algún tipo de costo en el que incurre la empresa.

⁶ Grau, Susana; Merino, Anna. Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico.2005. Disponible en http://www.gencat.net/economia/doc/doc_66955304_1.pdf

⁷ Joskow, Paul; Klevorick, Andy. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. The Yale Law Journal. Volume 89, Number 2, December 1979.

En el mismo sentido, Grau y Merino (2005) establecen un test en dos etapas en el que separan el análisis del elemento objetivo y subjetivo. En el primero de ellos correspondería analizar lo que las autoras llaman condiciones de plausibilidad así como realizar test de precios y costos. Las condiciones de plausibilidad refieren al análisis de las características del agente predador involucrado en ese tipo de comportamiento así como en el análisis de la estructura de mercado en el que se lleva a cabo la práctica analizada. La segunda etapa correspondería al estudio del elemento subjetivo, es decir medir la intencionalidad de la práctica.

2.2 Mercado Relevante

2.2.1 Sobre los criterios para la determinación del Mercado Relevante

El artículo 5º de la Ley N° 18.159 exige que a efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, deberá determinarse el mercado relevante en que la misma se desarrolla, esto es el mercado por productos y el mercado geográfico.

A través de la Resolución N°2/009 la Comisión aprobó los criterios generales para la determinación del mercado relevante. En la misma se establecen las dos dimensiones para el establecimiento del mismo, abarcando el punto de vista del producto, así como desde el punto de vista geográfico, como forma de conocer el espacio de competencia en el que actúan los distintos agentes económicos investigados.

La primera de las dimensiones se puede analizar desde el lado de la demanda como de la oferta. El análisis desde el lado de la demanda se realiza sobre los bienes que podrían presentar potencialmente un alto grado de sustituibilidad entre sí para una proporción importante de consumidores, mientras que desde el lado de la oferta el análisis se centra en aquellos bienes que podrían ser provistos por otras empresas en un periodo breve de tiempo, generalmente un año.

El análisis de la segunda dimensión se centra en delimitar geográficamente el espacio de competencia entre los agentes involucrados, estableciendo los límites geográficos donde se

encuentran los proveedores de bienes o servicios a los que el consumidor puede ir a realizar la compra de los mismos.

En línea con lo resuelto por la Comisión es posible encontrar una serie de publicaciones sobre las que se mencionan distintas técnicas para la determinación del mercado relevante.

Autores como Figari y otros⁸ establecen que el mercado relevante de producto debe incluir a todos aquellos productos que resulten sustitutos de aquél y no necesariamente tienen que ser idénticos, “... sino que deben ser considerados sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad.” En el mismo trabajo destacan un pronunciamiento del Tribunal de Competencia peruano: “El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores.”

Baker (2007)⁹, establece que el mercado relevante expresa que el mercado relevante consiste de bienes razonablemente intercambiables, por parte de los consumidores y para los mismos propósitos.

La Comisión Federal de Competencia Económica de México¹⁰ establece algunos criterios para la evaluación práctica de posibilidades de sustitución, entre los que se destaca la “intercambiabilidad y equivalencia funcional”, expresando que “Los productos son sustitutos uno del otro cuando los compradores los pueden cambiar y obtener casi los mismos beneficios...en la práctica se puede observar si los productos realizan las mismas cosas, si las

⁸ Figari, Hugo; Gómez, Hugo; Zúñiga, Mario. Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. Disponible en <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>

⁹ Baker, Jonathan. Market Definition: An Analytical Overview. *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, 2007.

¹⁰ Comisión Federal de Competencia. Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante. Marzo, 2011.

personas los utilizan intercambiabilmente, y si se obtienen beneficios similares cuando lo hacen”. Adicionalmente en el mismo se agrega: “El enfoque de intercambiabilidad puede identificar adecuadamente el mercado relevante cuando los productos son, más o menos, substitutos perfectos de cada uno y ningún otro producto es un substituto cercano que atraería un número suficiente de consumidores marginales si el precio aumentara. En la práctica, los consumidores a menudo perciben diferencias (y llevan a cabo sus decisiones de compra con base en esas diferencias) entre productos que parecen ostensiblemente similares.”

Es decir, no existe una única forma de determinación del mercado relevante, pudiendo determinarse el mismo a través de distintas técnicas, información previa o características del bien o servicio considerados en cada caso.

2.2.2 Definición propuesta

Como fuera comentado arriba, quien ahora es el denunciado en el Expediente N°01/2014 fue el denunciante, y quienes denuncian en esta ocasión fueron denunciados.

Dado el expediente de marras y que se trata de la actividad de las mismas empresas involucradas en el mismo, además que las condiciones establecidas en la licitación comprende la prestación de distintos servicios asociados a los residuos hospitalarios contaminados, es que se propone definir el mercado relevante de producto como el de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos hospitalarios contaminados.

En el expediente mencionado se propuso definir el mercado relevante geográfico como el comprendido por el territorio nacional. Dado que el llamado a licitación es para centros generadores en todos los departamentos es que se propone mantener la misma definición en estas actuaciones.

2.2.2.c Las participaciones de mercado

En base a las definiciones propuestas y de acuerdo a la información que surge de este expediente por parte de los denunciantes, la licitación sobre la que se refiere la denuncia representaría un 45% del total de residuos hospitalarios contaminados; mientras que se manifiesta por parte de la denunciada que al mercado privado le correspondería un total de 500 toneladas al mes.

A fs. 113 vto. se resumen las participaciones en volumen y montos de acuerdo a lo que surge de la licitación pública de ASSE N°83/15:

Información que surge de Licitación ASSE N° 83/15					
	Monto total c/IVA	Kilos estimados	% s/volumen	% s/monto	\$/Kg
Distiklos SA	2744409	51988	25%	35%	53
Ducelit SA	2948740	110781	54%	38%	27
Olecar SA	1081109	27520	13%	14%	39
Trenal SA	1047880	15830	8%	13%	66
Totales	7822138	206119	100%	100%	38

Los valores promedio por kilogramo licitado muestran que los valores de la denunciada no se corresponden a los más bajos entre las cuatro empresas, sino que es el segundo valor más alto y por encima del promedio que surge de todo el llamado.

Surge del expediente que las formas de cotización de las empresas varían entre las mismas y ello generaría diferencias importantes en el precio ofrecido y finalmente a quién se le adjudica el servicio, aspecto este último que se analiza más adelante y se relaciona a cómo está planteada la redacción del pliego.

Es posible observar que la denunciada representa una cuarta parte del llamado si se toma como referencia el volumen medido en kilogramos mientras que si se toma como base el monto licitado representa un porcentaje mayor. La diferencia estriba en que los precios por kilogramo difieren entre oferentes y por centro generador de residuos como se comenta arriba.

En el sector privado estarían participando solamente denunciante y denunciada, correspondiéndole una participación del 4% en (volumen) a esta última de acuerdo a la información brindada por la misma.

Bajo estas hipótesis, la participación en volumen de la denunciada considerando conjuntamente el sector público y privado estaría en el entorno del 13 o 14% aproximadamente, correspondiéndoles el resto a las denunciante.

En general, las participaciones suelen medirse en valores monetarios dado que consisten en una medida homogénea, información de la que no se dispone para el sector privado en este expediente. Sin embargo, dado el volumen que representaría la denunciada en el mercado privado es razonable suponer que las conclusiones a las que se arriba en el presente informe no se vean alteradas aún en ausencia de la información mencionada.

2.3 Valoración de posibles prácticas anticompetitivas

En términos del planteo de autores como Joskow y Kleworick se debe partir en una primera etapa de testear si están dadas las condiciones para llevar adelante una práctica como la señalada y en caso afirmativo pasar a una segunda etapa de análisis de costos.

Como se mencionó anteriormente y de acuerdo al test propuesto, para llevar adelante una práctica de precios predatorios es necesario detentar una posición dominante entre otras condiciones.¹¹ Detentar una posición dominante por parte de un agente implica que podría tomar decisiones y afectar el mercado de forma independiente a lo realizado por sus competidores, lo que se enmarcaría en la posibilidad de establecer condiciones de competencia tales en el mercado que el resto de los agentes no podrían contrarrestar. Esto último lleva

¹¹ Si bien existen barreras de entrada al mercado como ser la instalación de plantas de tratamiento de residuos hospitalarios en términos de plazos y autorizaciones que demandarían las mismas, también se observa que existen cuatro empresas operando y no hay razones para descartar la instalación de otras empresas competidoras a futuro.

implícito el poseer una participación de mercado tal que permita al agente tomar sus decisiones prescindiendo de las conductas que tome el resto de los competidores.

De acuerdo a la información que surge del propio expediente la empresa denunciada tendría una participación aproximada del 14% del mercado de residuos hospitalarios contaminados, elemento que debe valorarse conjuntamente con la existencia de otras tres empresas de las que se desconoce su participación en el sector privado. Aún en ese caso, dado que la cantidad de empresas participantes en el mercado es acotada, no es una hipótesis razonable establecer que el porcentaje de participación de la denunciada permita calificar a la misma como dominante.¹² Es decir, para que un porcentaje de ese orden implique que una empresa sea dominante implicaría que el resto tuviera participaciones del mismo orden o aún menores, cosa que no se lograría en este caso por la cantidad de empresas y de acuerdo a lo que surge de la propia licitación y la participación de la denunciada en el mercado privado.

La licitación en sí implica desde una óptica de la competencia, competir por una porción del mercado, en el que no necesariamente las empresas adjudicatarias mantendrían su calidad de tales en futuras licitaciones, y menos si se observa a todo el mercado para el que existen generadores privados de residuos hospitalarios contaminados, segmento para el cual la competencia es en el mercado y no por el mercado.

Las participaciones que le corresponderían a la denunciada no encuadran dentro de lo que se considera una posición dominante, puesto que al resto de los competidores les corresponde una participación tal que pueden modificar su comportamiento, es decir, dada la cantidad de agentes en este mercado es una hipótesis poco razonable sostener que un agente con una participación cercana al 14% pueda alterar condiciones del mercado independientemente del comportamiento de las restantes empresas.

Quien suscribe no comparte la existencia de una posición de dominio “atípica”. En primer lugar, porque se considera que la posición de dominio se detenta o no. La existencia de agentes

¹² En cualquier caso siempre existen empresas en el mercado relevante con mayor participación que la denunciada.

con posición dominante en un mercado implica, cuando las empresas compiten, que también existen agentes que no la tienen. En el caso de este expediente claramente la denunciada no detenta una posición dominante por las razones expuestas. En segundo lugar, establecer que una empresa con el 14% de participación pueda tener una posición dominante debería implicar en los hechos que el resto de las otras empresas tuviera participaciones menores a la mencionada, hipótesis que no se cumple en estas actuaciones dada la cantidad de empresas. En tercer lugar, delimitar el mercado relevante geográfico como nacional y al mismo tiempo establecer una posición de dominio por el hecho de ser una empresa que forma parte de un grupo empresarial extranjero que podría financiarla es inconsistente.¹³

En síntesis, de acuerdo al test propuesto por Joskow y Kleworick y con la información que surge de este expediente, la denunciada no detentaría una posición de dominio en el mercado relevante propuesto y por lo tanto establecer la existencia de una práctica de precios predatorios por parte de la misma es una hipótesis poco verosímil.

3. CONCLUSIONES

En el presente informe se propone definir el mercado relevante de producto como el de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos hospitalarios contaminados. De acuerdo a la información que surge del expediente la denunciada no detenta una posición dominante y por lo tanto de acuerdo al test propuesto la evidencia no estaría avalando la existencia de una práctica de precios predatorios por parte de la misma.

¹³ En todo caso se debió delimitar de forma más amplia el mercado relevante geográfico de referencia.