



Algunas consideraciones en torno a la *Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante* de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EEUU.

Fernando Díez Estella*

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Antecedentes históricos. **III.** Mercado relevante de producto. A) Sustituibilidad de demanda. B) Sustituibilidad en la oferta y competencia potencial. **IV.** El mercado geográfico relevante. **V.** Definición de mercado y discriminación de precios. **VI.** Conclusiones.

"Mi queja es que esta batalla de la definición de mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de demanda y de oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica"¹

George J. Stigler

I. Introducción.

Un paso previo a cualquier actuación en el campo del Derecho de la competencia encaminada a valorar el carácter competitivo o anticompetitivo de una determinada conducta es la definición del mercado relevante -mercado de referencia-, tanto geográfico como de producto. En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en si mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de

(*) Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija. Este trabajo ha sido preparado durante mi estancia como *Visiting Researcher* del European Law Research Center (Harvard Law School), en el Fall Term del curso 2000/2001. Agradezco a la Fundación Altuna y al Real Colegio Complutense en Harvard el apoyo financiero y el respaldo académico proporcionados para realizar dicha estancia.

¹ "The Economists and the Problem of Monopoly", 72 *Am. Econ. Rev.* 1 (1982), pág. 9.



publicado en *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-
Marcial Pons, págs. 321 a 349.

mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.

De ahí que, en la medida en que los intentos que se han llevado a cabo para una evaluación directa del poder de mercado son, hasta el momento, demasiado imprecisos o poco prácticos desde el punto de vista de su aplicación por los Jueces y las autoridades de competencia, la definición de mercado relevante seguirá siendo la cuestión crítica en los temas antitrust y, en última instancia, marcará el resultado final del caso.

Por todo ello, esta cuestión ha sido objeto de numerosas publicaciones tanto en la doctrina norteamericana como comunitaria, y tema también frecuente de declaraciones institucionales por parte de las autoridades antitrust. En este sentido, la Comisión Europea ha marcado un hito especial con la publicación en 1997 de la *"Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia"*² (en adelante *Comunicación*), que recoge, como tendremos ocasión de ver, numerosos elementos del tratamiento de la figura en el ámbito del Derecho antitrust norteamericano contenido en las *Merger Guidelines*³, publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, y en sus sucesivas reediciones de 1984 y 1992.

La conciencia comunitaria sobre la importancia de la definición de mercado no es, ni mucho menos, una cuestión reciente. Ya desde antiguo, en la Sentencia *Europemballage and Continental Can c. Comisión*⁴, se ha constatado que *"La definición del mercado relevante tiene un significado esencial, ya que las posibilidades de competencia sólo pueden ser juzgadas en relación a aquellas características de los productos en cuestión por las cuales esos productos son especialmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica y son intercambiables con otros productos sólo hasta cierto punto"* (Párrafo nº 32). Esto es así porque una posición dominante no puede existir en abstracto, sino que tiene que estar relacionada con el suministro de determinadas mercancías o servicios.

² D.O.C.E. C 372, de 9 de diciembre de 1997, págs. 5 a 13.

³ U. S. Dep't of Justice, *Merger Guidelines*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) § 13,102.

⁴ Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, Asunto 6/72, *E.C.R.* (1973) p. 215.



publicado en *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-
Marcial Pons, págs. 321 a 349.

Poco después encontramos en los pronunciamientos de la Comisión una delimitación más precisa del concepto, como la ofrecida en la Decisión *ECS/AKZO*⁵, cuando se afirma que el mercado relevante “*constituye el área de negocio en la que se tiene que juzgar vis-à-vis el poder económico de la empresa en cuestión con el de sus competidores*” (Párrafo nº 62). En esta Decisión además se hacen algunas consideraciones interesantes en torno a la finalidad de la definición de mercado en el derecho comunitario de la competencia. Se afirma en el Párrafo nº 64 que “*En el contexto del art. 86, el objetivo de la delimitación del mercado es definir un área de comercio en la que evaluar las condiciones de la competencia y el poder de mercado de la empresa dominante*”.

No es por tanto exagerado afirmar que “una Decisión puede ser anulada si el análisis (la definición de mercado relevante) es incorrecto”⁶, y que, desde luego, la falta de seguridad jurídica en este ámbito estaba alcanzando cotas insostenibles: “En el actual estado del derecho comunitario de competencia, la cuestión de la definición de mercado relevante ha ido degenerándose hasta llegar a dar la impresión de ser una serie de maniobras *ad hoc* para llegar a un resultado predeterminado”⁷.

A todas estas cuestiones viene a dar respuesta la Comisión Europea a través de la citada *Comunicación*, cuya finalidad (cfr. Párrafos 1 a 5) es precisamente orientar sobre la forma en que dicho órgano aplicará los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia al aplicar la normativa comunitaria de competencia, en particular los Reglamentos nº 17 (aplicación de los Artículos 81 y 82)⁸ y nº 4064/89 (control de concentraciones)⁹ del Consejo, y sus equivalentes en sectores tales como transportes, siderurgia y agricultura, y las disposiciones pertinentes del Acuerdo EEA. Su objetivo es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de

⁵ Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985 (IV/30.698 – *ECS/AKZO*), *D.O.C.E.* L374/1, de 31.XII.1985.

⁶ BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (Edición española a cargo de Enric Picañol), Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 130.

⁷ VAN DER BERGH, R., “Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 17, nº 2, 1996, pág. 7

⁸ Primer Reglamento de aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, *D.O.C.E.* L 13/204, de 21 de febrero de 1962, Reformado por el Reglamento CEE nº 1216/99, del Consejo, de 10 de junio de 1999 (*D.O.C.E.* L148/5, de 15 de junio de 1999).

⁹ Reglamento CEE nº 4064/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, *D.O.C.E.* L395/1, de 23 de diciembre de 1989.



la competencia. Lo que se persigue con la definición de mercado no es otra cosa que identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.

En este trabajo se seguirá el siguiente esquema: tras este Epígrafe I, de introducción, se llevará a cabo, en el Epígrafe II, un breve recorrido histórico por la evolución doctrinal y jurisprudencial (tanto en el ámbito del derecho comunitario de la competencia como en el del Derecho antitrust norteamericano) de la definición de mercado, con el objeto de comprender cómo se ha llegado a la situación previa a la publicación de los documentos objeto de estudio. Seguidamente, en los Epígrafes III y IV, se analizarán los principales cambios que han supuesto la *Comunicación* y las *Merger Guidelines*, haciendo especial referencia a la nueva formulación del criterio de la sustituibilidad de demanda como criterio principal de delimitación del mercado relevante, en sus dos vertientes de mercado de producto y mercado geográfico. A continuación, en el Epígrafe V, una valoración sobre uno de los rasgos más sobresalientes de ambos documentos: la utilización de la discriminación de precios como criterio delimitador de mercado. Finalmente, en el Epígrafe VI se harán unas breves conclusiones. A pesar de su evidente interés, por exceder el propósito de este trabajo, no serán objeto de estudio en estas páginas las cuestiones relacionadas con el poder de mercado ni los métodos analíticos específicos empleados en la delimitación de los mercados.

II. Antecedentes históricos.

En el ámbito del derecho antitrust norteamericano, el poder de mercado –o poder monopolístico– se ha definido como “*el poder de controlar los precios o de evitar la competencia*”¹⁰. Este poder deriva de determinadas prácticas anticompetitivas que hacen difícil a los competidores que ya están en el mercado su supervivencia, y a los que no están, su entrada. Sin

¹⁰ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U. S. 781 (1946).



embargo, para poder determinar la existencia –o los indicios– del poder de mercado hay primero que definir el mercado relevante en el que dicho poder se evaluará¹¹. El Tribunal Supremo estadounidense, tras afirmar que *“sin una definición de dicho mercado no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia”*¹², estableció su propio concepto de “definición de mercado”, para el ámbito de la Sherman Act, en la conocida Sentencia *Celofán*¹³, en el que se discutía si el mercado relevante de producto era el papel celo (en el que la empresa Du Pont tenía una cuota de mercado del 75%) o el concepto más amplio de “material flexible de embalaje” (en el que Du Pont tenía menos del 20% del mercado); tras largas discusiones, se resolvió la cuestión diciendo que *“el mercado se compone de los productos que tienen en grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad”*.

Como puede advertirse, este concepto de mercado relevante de producto tiene dos carencias fundamentales. En primer lugar, ignora la sustituibilidad en la fase de producción. Cuando dos productos, aunque sean distintos, están fabricados con el mismo tipo de componentes, el aumento de precio por encima del nivel competitivo en uno de los productos llevará automáticamente a que otras empresas “próximas” empiecen a fabricarlo. Si los costes en que dichas empresas incurren para introducirse en el mercado no son muy grandes, habrán de incluirse también ellas en la definición de mercado relevante de producto. En segundo lugar, esta formulación tampoco especifica el nivel de precios al que la intercambiabilidad de los productos puede producirse de forma razonable. Cuando los precios son suficientemente altos, hasta los productos que se consideraban malos sustitutivos empiezan a ser mirados con buenos ojos por los consumidores.

A partir de esta Sentencia se habla de la “Falacia del Celofán” cuando se abordan cuestiones relacionadas con la definición de mercado relevante: si el producto en cuestión es fabricado y vendido por una empresa dominante, que está

¹¹ KEYTE, J., “Market Definition and Differentiated Products: The need for a Workable Standard”, 63 *Antitrust L. J.* 697 (1995), pág. 697; HARRIS, R. y JORDE, T., “Antitrust Market Definition: An Integrated Approach”, 72 *Cal. L. Rev.* 1 (1984), pág. 4.

¹² *Walker Process Equipment v. Food Mach & Chem. Corp.*, 382 U. S. 294, 324 (1962).

¹³ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U. S. 377 (1956).



aplicando precios monopolísticos, por definición no puede aumentarse más el nivel de precio que maximiza el beneficio. Así, aunque el producto puede haberse definido como "mercado" relevante si se hubiera tomado como punto de partida el nivel de precio correspondiente a una situación competitiva, esta conclusión a la que llega el Tribunal Supremo lleva a definir el mercado relevante de forma muy amplia, lo que lleva a concluir erróneamente que el monopolista no está en posición dominante.

Para llegar a sus conclusiones, el razonamiento del Tribunal se basó en el concepto de "elasticidad cruzada de demanda", ya que observó que un aumento o disminución del precio del celofán provocaba que un considerable número de consumidores de otros productos flexibles para envolver cambiaran sus pautas de consumo, demostrando así que ambos productos competían en el mismo mercado. El hecho de que exista un amplio grupo de consumidores (denominados *consumidores libres*) que pueda cambiar de producto fácilmente, y ante los cuales no es posible ejercer el poder de mercado, sin embargo, dejaba "indefensos" a cierto grupo de consumidores que no estaban en condiciones de cambiar tan fácilmente de producto, en este caso determinados fabricantes de cigarrillos (denominados *consumidores cautivos*), y que sí podían ser objeto de conductas anticompetitivas.

Seis años más tarde, en 1962, esta preocupación por proteger también a pequeñas "subclases" de consumidores llevó al Tribunal en la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*¹⁴, tras reafirmar la validez de los criterios de la sustituibilidad de demanda a través de la elasticidad cruzada, a afirmar, que "*dentro de un mercado amplio, pueden existir submercados bien definidos, los cuales constituyen, en sí mismos, mercados de producto a efectos antitrust*". En vez de explicar cómo se articula la protección de ambos grupos de consumidores frente al hipotético poder de mercado de la empresa, el Tribunal se limitó a afirmar que "*los límites de dichos submercados se determinarán sobre el análisis de factores como el reconocimiento público dicho submercado como una entidad económica independiente, las características y los usos peculiares del producto, los centros productivos,*

¹⁴ 370 U. S. 294 (1962).



diferentes consumidores, diferentes precios, respuesta ante variaciones en los precios y vendedores especializados”.

Esta tendencia a proteger a subgrupos de consumidores cada vez más pequeños por la vía de definir los mercados de manera más estrecha se llevó hasta el extremo, cuatro años después en la Sentencia *United States v. Grinnell Corp.*¹⁵, que siguió el mismo razonamiento que *Brown Shoe* con el fin de proteger, esta vez, a un grupo específico de consumidores que tenían una preferencia muy marcada por el sistema de seguridad y alarma producido por la compañía demandada.

Por otro lado, en el contexto de operaciones de concentración, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la definición de mercado en 1957 en la Sentencia *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*¹⁶, que abordó una denuncia contra ambas compañías por supuesta infracción de la Sección 7 de la Clayton Act, fallando finalmente en contra de la operación sobre la base de un mercado delimitado de manera más “estrecha” que el definido tan solo un año antes en la decisión *Celofán*.

El empleo de la elasticidad como criterio para determinar los contornos de un mercado relevante como área en la que se ejercita –o se prevé que se pueda ejercitar– un poder de mercado, ha sido una de las cuestiones más controvertidas en el debate antitrust de los últimos años. En 1981, fue especialmente relevante la propuesta de los profesores LANDES y POSNER¹⁷, que en un influyente artículo defendieron una definición de mercado apoyándose en el Índice *Lerner* y la relación funcional entre poder de mercado, por un lado, y cuota de mercado, elasticidad de demanda y elasticidad de oferta por otro.

Esta postura suscitó una cierta polémica entre diferentes académicos y autoridades en el derecho antitrust, avivada por la publicación por parte de profesores de la talla de KAPLOW¹⁸ y SCHMALENSEE¹⁹ de respuestas a dicha propuesta. Sin entrar a los argumentos esgrimidos por cada una de las partes, se puso en evidencia la falta absoluta de consenso sobre un método

¹⁵ 384 U. S. 563 (1966).

¹⁶ 126 F. Supp. 235, rev'd, 353 U. S. 586 (1957).

¹⁷ LANDES, W. y POSNER, R., “Market Power in Antitrust Cases”, 94 *Harv. L. Rev.* 937 (1981).

¹⁸ KAPLOW, L., “The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative”, 95 *Harv. L. Rev.* 1817 (1982).

¹⁹ SCHMALENSEE, R., “Another Look at Market Power”, 95 *Harv. L. Rev.* 1789 (1982).



analítico que permitiera afrontar con éxito la compleja tarea de la definición de mercado.

Ante el desbarajuste legal²⁰ que las decisiones reseñadas provocaron en cuanto a la delimitación del mercado relevante, y tras un intento fallido en 1968 (unas Directrices²¹ que no aclaraban absolutamente nada), el Departamento de Justicia publicó en 1982 sus *Merger Guidelines*, en las que se persigue, como aspecto principal identificar aquellas fusiones que puedan crear o reforzar una situación de poder de mercado, ofreciendo una base analítica basada en tres criterios: sustituibilidad de demanda, sustituibilidad de oferta y condiciones de acceso. Se mantiene, por tanto, el criterio de la sustituibilidad de demanda como delimitador del mercado relevante, pero las *Merger Guidelines* se separan bastante de los precedentes existentes en la medida en que se avanza en el método de análisis de la elasticidad cruzada a través del denominado "SSNIP test" (*Small but Significant and Nontransitory Increase in Price*). Así, un mercado antitrust se define como "un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se venden, para los cuales una empresa -hipotéticamente maximizadora de beneficio y no sujeta a regulación de precios- que es la única fabricante presente y futura de esos productos en ese área, puede aplicar un aumento de precio pequeño pero significativo, y permanente, manteniéndose constantes las condiciones de venta del resto de productos" (Párrafo nº 2.01).

Es interesante hacer notar que esta definición de mercado relevante refleja la separación entre sustituibilidad en la demanda -como principal criterio delimitador- de la sustituibilidad en la oferta y de la competencia potencial, que son considerados en estadios posteriores del análisis. En efecto, Al referirse a un *único fabricante* sobre un grupo de productos y un área determinada se excluye la posibilidad de sustitución de oferta en la definición del mercado relevante, y al referirse a fabricante *presente y futuro* se excluye la posibilidad de entrada de nuevos competidores.

Se indica que un aumento del 5% durante un año es más o menos lo que las agencias antitrust considerarán para la

²⁰ Vid., por ejemplo, la afirmación realizada al respecto por DONALD F. TURNER en 1980, de que "this whole area is a bloody mess", en "The Role of the `Market Concept´ in Antitrust Law", *49 Antitrust L. J.* 1145 (1980), pág. 1150.

²¹ Vid., para una crítica detallada, GREGORY J. WERDEN, "The History of Antitrust Market Delineation", *76 Marq. L. Rev.* 123 (1992), págs. 169 y ss.



definición de mercado. El grupo de vendedores más pequeño que pueda ejercer el poder de mercado es el seleccionado como mercado relevante a efectos de análisis, aunque grupos mayores también pueden encajar en la definición. Este concepto se aplica tanto a la determinación del mercado de producto como el mercado geográfico.

La *Comunicación*, por su parte, define el mercado de producto como sigue: “*El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*” (Párrafo nº 7).

Las similitudes con la definición ofrecida por la Sentencia *Celofán*, antes reseñada, saltan a la vista; al margen de pequeñas divergencias (se concede más peso a las preferencias subjetivas de los consumidores frente al carácter objetivo de “fines para los que fueron hechos”; se incluyen los servicios; se omite la referencia a la calidad, que se entiende comprendida entre las “características” del producto), el concepto parece claro: un mercado se delimita por el criterio de sustituibilidad, la cual se articula a través de tres elementos del producto: características, precio, y uso.

Como fácilmente se advierte, esta definición de mercado de producto, según qué sectores, puede ser especialmente complicada. Un ejemplo reciente y no exento de cierto “folclore” lo proporciona la multa que la Comisión Europea ha impuesto a los organizadores del Mundial de Fútbol de 1998. Se ha señalado al respecto que “El tema la definición de mercado en el sector de los deportes es altamente engañoso, y plantea dudas acerca de si cada deporte debe constituir un mercado separado o, por el contrario, el deporte es únicamente una parte más del mercado más amplio del entretenimiento”²². Otro elemento que complica el análisis es el del grado de desarrollo del mercado, ya que, por ejemplo, cuando un producto está en la fase inicial de su desarrollo las cuotas de mercado no son significativas –en el sentido de indicadoras de una posición de dominio- ya que pueden cambiar rápidamente. A su vez, cuando nos hallamos en un mercado ante un producto antiguo y un producto nuevo, que cumplen funciones parecidas, hay

²² WEATHERILL, S., “0033149875354: Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup”, *European Competition Law Review*, Vol. 21 (6), Junio 2000, pág. 276.



que delimitar bien si ambos “conviven” en el mismo mercado o constituyen mercados separados²³.

III. Mercado relevante de producto.

La *Comunicación* también identifica tres fuentes principales de presiones a las que se ven sometidas las empresas en los asuntos de competencia: la sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Al igual que sus predecesores norteamericanos, las autoridades comunitarias de competencia establecen que se prestará especial atención únicamente al primero, ya que “*desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios*” (Párrafo nº 13).

Por tanto, al ser generalmente menos inmediatas y requerir el análisis de otros factores, las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial no se tienen en consideración para la definición de mercados. En caso necesario, el análisis de este segundo grupo de presiones no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia²⁴.

²³ *Vid.*, como ejemplo de esta situación, el comentario que se hace a la decisión de 15 de junio de 1999 de OFTEL, la agencia reguladora de las telecomunicaciones en el Reino Unido, de sancionar a BT por aplicar precios predatorios en el mercado de los servicios de anuncios clasificados, al lanzar un sistema informatizado que competía con el tradicional de Páginas Amarillas, en NIELS, G. y JENKINS, H., “Predation or Innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets”, *European Competition Law Review*, Vol. 21 (6), Junio 2000, págs. 287 a 290.

²⁴ Es razonable que la evaluación de la competencia potencial se lleve a cabo en un segundo estadio del análisis, el de la valoración de la posible posición de dominio más que en el de la definición de mercado, ya que de los factores que se barajan habitualmente como indicadores de poder de mercado -cuota de mercado, fuerza financiera, acceso a los mercados de suministro, pertenencia a grupos multinacionales, integración vertical y existencia de barreras de entrada- éste último, el de si se trata de un mercado atacable o impugnabile (*contestable markets*), es especialmente importante en estos supuestos, ya que, por muy elevada que sea su cuota de mercado, un empresario no podrá subir los precios por encima del nivel competitivo si tiene competidores potenciales que, ante ese aumento de precios, quieran y puedan entrar en el mercado con precios más bajos destinados a captar la demanda resultante de tal modificación por el lado de la oferta.



A) *Sustituibilidad de demanda.*

El elemento de *sustituibilidad en la demanda*, determina qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otro. Así se reconoció, entre otras muchas, en la importante Sentencia *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*: “El concepto de mercado relevante implica que de hecho puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos”²⁵. En efecto, el Tribunal en este punto confirma la postura de la Comisión en considerar como mercados separados cada uno de los grupos de vitaminas fabricadas por Roche (los tipos A, B2, B3, B6, C, E y H) ya que cada uno de esos grupos tiene funciones metabolizantes distintas, y por tanto no son intercambiables entre si.

Ahora bien, hay que distinguir entre la “sustituibilidad en la demanda” como *concepto* y como *metodología analítica*. En su primera acepción, la noción de sustitución en la demanda es clásica, clara en su formulación y no plantea dificultad. Ahora bien, a los efectos de la aplicación de las leyes antitrust, hay también que manejar unos métodos que permitan cuantificar ese grado de “intercambiabilidad razonable”, y es en esta segunda acepción del concepto donde surgen los problemas.

Históricamente, y siguiendo el precedente norteamericano expuesto de las Sentencias *Celofán* y *Brown Shoe*, el criterio de la intercambiabilidad razonable del uso de los productos se ha basado en el test de la *elasticidad cruzada de demanda*, es decir, la respuesta en la cantidad demandada de un producto ante cambios en el precio del otro. La elasticidad cruzada es positiva si los bienes son buenos sustitutivos (el ejemplo típico es el aumento en el precio del billete de autobús urbano llevará a una mayor demanda de billetes de metro). La elasticidad cruzada es negativa si los bienes son complementarios (un

²⁵ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Caso 85/76, *E.C.R.* (1979) p. 0461, párrafo nº 28.



aumento de precio de las gasolina llevará a un descenso de la demanda de aceites lubricantes para motor)²⁶.

Así lo recogía, más modernamente, la Decisión *Tetra Pak II*²⁷: "A estas dos técnicas de tratamiento de la leche corresponden técnicas y materiales de envasado diferentes. Los productos resultantes (envases de cartón y máquinas de envasado) forman, a su vez, mercados distintos, en el sentido de que su elasticidad de sustitución con respecto a los precios es reducida y ello como consecuencia de la participación marginal del envase en el coste total del producto envasado, de la especificidad de los diferentes tipos de envasado para el consumidor y de las inelasticidades de la oferta" (Párrafo nº 9).

Esta Decisión se recurrió ante el Tribunal de Primera Instancia, quien en su Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*²⁸ confirmó la idoneidad del criterio de la elasticidad de demanda utilizado por la Comisión para la definición del mercado relevante de producto: "(la Comisión) recuerda, en primer lugar, que la elasticidad cruzada de la demanda procedente de las empresas de envasado en lo que se refiere a los precios, que permite delimitar los mercados de los sistemas de envasado, depende de la elasticidad cruzada en relación con los precios en los mercados de los productos finales" (Fto. Jco. nº 57) y "procede destacar que la Comisión se basó acertadamente, en el presente caso, en el criterio de la posibilidad de sustitución suficiente de los diversos sistemas destinados al envasado de líquidos alimenticios" (Fto. Jco. nº 66), matizando cuál es el alcance exacto de los conceptos de "intercambiabilidad" y "sustituibilidad", cuando afirma que "(...) debe definirse, en primer lugar, cuáles son los productos que, sin ser sustituibles por otros productos, son suficientemente intercambiables con los productos que aquella ofrece, en función no sólo de las características objetivas de estos productos, en cuya virtud son especialmente adecuados para satisfacer necesidades constantes, sino también en función de

²⁶ A modo de apunte, señalar que este concepto se ajusta bastante a la noción manejada por la teoría económica clásica, y sigue casi al pie de la letra la definición aportada por el profesor STIGLER hace ya más de medio siglo: "La elasticidad cruzada define la sustituibilidad económica, y proporciona una base adecuada para la definición de producto: podemos decir que todos las categorías de cosas que se encuentran entre la elasticidad cruzada son especies de un mismo producto", STIGLER, G. J., *The Theory of Price*, Ed. MacMillan, Nueva York, 1953, pág. 49.

²⁷ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991 (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), D.O.C.E. L 072/1, de 18.III.1992.

²⁸ Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755.



las condiciones de la competencia, así como de la estructura de la demanda y de la oferta en el mercado” (Fto. Jco. nº 63).

La situación, por tanto, antes de la publicación de la *Comunicación* por parte de la Comisión, era como en los Estados Unidos, de parecida inseguridad jurídica y falta de certeza económica en cuanto a la falta de existencia de un test preciso para determinar cuál deba ser un grado suficiente de intercambiabilidad entre los productos²⁹; sin embargo, y en línea con la adopción de los mismos criterios de definición de mercado seguidos en las *Merger Guidelines*, en el Párrafo nº 15 se adopta –con matices, y sin decirlo explícitamente– el SSNIP test: *“El análisis de la sustituibilidad en la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación”*, tomando también como referencia cuantitativa hipotética la variación del 5% al 10% en los precios relativos de los productos (Párrafo nº 17).

Cuando en vez de en los casos de abuso de posición de dominio nos situamos en el ámbito de las prácticas restrictivas de carácter horizontal, se ha defendido que el criterio para definir el mercado ha de ser diferente, pues lo relevante en estos casos no es tanto si los precios están a un nivel supracompetitivo como evaluar si la fusión u operación de concentración conllevará un deterioro de las condiciones de competencia en el mercado.

Así lo reconoce la *Comunicación*, que en su Párrafo nº 12 establece que *“Los criterios para definir el mercado de referencia se aplican generalmente en el análisis de ciertos comportamientos en el mercado y de cambios estructurales en la oferta de productos. Sin embargo, esta metodología puede llevar a resultados diferentes en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada. Por ejemplo, la extensión del mercado geográfico puede ser diferente según se analice*

²⁹ En el ámbito del control de concentraciones sí se han ofrecido algunas propuestas serias de sistematizar y desarrollar criterios orientadores claros sobre la definición de mercado; *Vid.*, a este respecto, el excelente trabajo de BRIONES ALONSO, J., “Market Definition in the Community’s Merger Control Policy”, *European Competition Law Review*, nº 4, 1994, págs. 195 a 208.



publicado en *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-
Marcial Pons, págs. 321 a 349.

una concentración, en cuyo caso el análisis es fundamentalmente prospectivo, o un comportamiento pasado”.

En Estados Unidos supone trasladarse del ámbito de la Sección 7ª de la Sherman Act (*monopolizing cases*) al de la Sección 2ª de la Clayton Act (*merger cases*), y para autores de indiscutida autoridad en la materia, como TURNER, “la definición de mercado en los casos de abuso de posición dominante no es apropiada para la mayoría de las fusiones”³⁰. Más categórico vuelve a mostrarse POSNER: “La falacia del Celofán no surge en una fusión, en la que la cuestión no es si los precios superan el nivel competitivo, sino si dicha operación perjudicará las condiciones de competencia. Si no hay buenos sustitutos en el consumo o la producción para un determinado nivel de precios, importa poco si dicho nivel es monopolístico o el competitivo; lo importante es que la fusión no lleve a aumentarlos. Por ello, los criterios para definir el mercado relevante han de ser diferentes en los supuestos de abuso de posición dominante y los de fusiones, aunque el Tribunal Supremo haya dicho que son los mismos”³¹.

El criterio de la sustituibilidad en la demanda como criterio delimitador del mercado relevante goza en la actualidad de general aceptación. No siempre se adoptará de forma explícita, por lo menos con la claridad con la que el Tribunal de Justicia lo empleaba en las primeras Sentencias. Así, en la ya citada *United Brands c. Comisión*, las peculiaridades de la fruta objeto de litigio, el plátano (producción durante todo el año, elemento importante en dietas médicas y de ancianos y niños pequeños, etc.), llevó a definir el mercado relevante como el compuesto únicamente por esa fruta, y ninguna otra, ya que “*su grado de sustituibilidad es relativamente pequeño, debido a sus peculiares características y a todos los factores que influyen en las preferencias de los consumidores*” (Párrafo nº 30)³². Después de veinte años, en Sentencias como la reciente *Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*³³, el Tribunal sigue utilizando el criterio de la intercambiabilidad para determinar si

³⁰ TURNER, D., “Antitrust Policy and the Cellophane Case”, 70 *Harv. L. Rev.* 281 (1956), pág. 315.

³¹ POSNER, R., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, Chicago Press, New York, 1976, pág. 128.

³² Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *cit.*

³³ Sentencia del TJCE, de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97.



el mercado relevante era el de los sistemas de reparto prensa a domicilio o también lo integraban otros medios de distribución.

La Comisión, por su parte, vuelve a hacerse eco de este criterio en sus recientes *Directrices sobre Restricciones Verticales*³⁴, cuando define el mercado relevante de producto como "cualesquiera bienes o servicios que el consumidor considera intercambiables en razón de sus características, precio o uso" (Párrafo nº 90). Y remarca a continuación que "El mercado de producto depende, en primer lugar, de la sustituibilidad desde la perspectiva de los compradores" (Párrafo nº 91). Pero añade, en el mismo párrafo, dos criterios adicionales para definir el mercado de producto: las preferencias de los consumidores ("cuando el producto ofertado se use como input de otros productos y no sea fácilmente distinguible en el producto final, el mercado de producto se define normalmente por las preferencias directas de los compradores") y el de la cartera de productos ("cuando la oferta consiste en una cartera de productos, la carteras completas constituirán el mercado de producto si las mismas –y no los productos individualmente– son consideradas por los compradores como sustitutivos").

Igualmente, en uno de sus últimos documentos publicados, las *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal*³⁵, vuelve a insistir en este criterio, con referencia expresa a la *Comunicación*, matizando, para la definición de mercados de compra de referencia "La única diferencia con relación a la definición de los 'mercados de venta' es que la posibilidad de sustitución debe definirse desde el punto de vista de la oferta, y no de la demanda" (Párrafo nº 120).

Nuestro mismo Tribunal de Defensa de la Competencia lo utiliza frecuentemente en sus pronunciamientos, como la reciente Resolución *3M / SIGESA*³⁶, que enfrenta a la empresa Iasist con 3M España, S. A. por la comercialización de software de validación, tratamiento y análisis de pacientes hospitalarios. En el trámite de medidas cautelares, el Tribunal ha afirmado que "*Aunque 3M y Sigesa alegan que el mercado relevante a considerar es más amplio, el Tribunal (...) considera que el mercado en el que se producen las conductas objeto de este*

³⁴ D.O.C.E. C 291, de 13 de octubre de 2000, pág. 1 y ss.

³⁵ D.O.C.E. C 3, de 6 de enero de 2001, págs. 2 a 29.

³⁶ Resolución de 6 de abril de 2000, Expte. MC 31/00, Fundamento Jco. 2º.



publicado en *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-
Marcial Pons, págs. 321 a 349.

expediente es el de las aplicaciones informáticas conocidas como agrupadores (...). Estos productos no tienen sustitutivos próximos por lo que no parece que puedan ser incluidos en un mercado que contenga otros productos y servicios que no puedan realizar la específica función de clasificar los pacientes de un hospital mediante códigos que condensen sus atributos”.

B) Sustituibilidad en la oferta y competencia potencial.

El elemento de la *sustituibilidad en la oferta* se diferencia de la *sustituibilidad en la demanda* en que mientras éste se refiere a la existencia de una posibilidad efectiva para el comprador de encontrar sustitutivos razonables, aquel se refiere a si los suministradores de productos que en principio no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer productos que sí lo sean³⁷. La *sustituibilidad en la oferta* es, por tanto, particularmente apropiada para evaluar la validez de “mercados estrechos”, en los que la definición del mercado sea tan específica como, por ejemplo, los productos de una marca determinada fabricados para unas especificaciones técnicas particulares.

En todo el debate sobre la definición de mercado relevante, la cuestión de la *sustituibilidad de oferta* ha sido probablemente uno de los puntos más oscuros. Uno de los ejemplos más elocuentes de este grado de confusión lo encontramos en el importante caso *Michelín*. En 1981 la Comisión Europea, en la Decisión *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*³⁸ multó al gigante de los neumáticos por entender que había abusado de su posición dominante a través de una serie de prácticas contrarias al entonces art. 86 del Tratado de la CEE, en el mercado de los neumáticos nuevos para camiones y autobuses. Esta Decisión fue recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, entre otras muchas razones por entender la recurrente que se había efectuado erróneamente la definición del mercado relevante. De ahí que el Tribunal, en la Sentencia *NV Nederlandsche Banden*

³⁷ Para un consumidor que use zapatos de talla 40, un zapato de talla 45 no es en absoluto un producto sustitutivo (punto de vista de la demanda), mientras que para el fabricante, la sustitución de pasar de producir uno a producir otro no supone prácticamente coste adicional (punto de vista de la oferta).

³⁸ Decisión de la Comisión, de 7 de octubre de 1981 (IV/29.491 – *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*), D.O.C.E. L 353/33.



*Industrie Michelin c. Comisión*³⁹ lleve a cabo un detallado análisis de las cuestiones relativas a la definición de mercado.

La cuestión principal objeto del recurso fue la afirmación de la Comisión de que, durante el período 1975 a 1980, Michelin había detentado una cuota del 57 al 65% en el mercado de neumáticos nuevos de repuesto para camiones, autobuses y vehículos similares, en los Países Bajos, mientras que la cuota de sus más directos competidores era del 4 al 8%. Michelin aceptó estas cifras, pero sostuvo que la Comisión se había equivocado al no tener en cuenta las relaciones competitivas de los neumáticos de coches y furgonetas. En consecuencia, alegó que la definición de mercado efectuada por la Comisión era demasiado amplia, en el sentido de que no tenía en cuenta los diferentes tamaños y tipos de neumáticos, y, a la vez, demasiado estrecha, en el sentido de que no tenía en cuenta los neumáticos para coches y furgonetas. La Comisión había afirmado en su Decisión que con un producto técnicamente homogéneo no es posible separar mercados en atención al tamaño, características o tipos específicos dentro de ese producto (empleando el criterio de la elasticidad de oferta entre ellos). Por otro lado, la intercambiabilidad (es decir, el criterio de la elasticidad de demanda) permite distinguir entre el mercado de neumáticos para coches y el mercado de neumáticos para camiones, ya que el tipo de consumidor y los hábitos de compra en uno y otro son totalmente diferentes.

El Tribunal, en los Párrafos 37 a 42 de su Sentencia, da la razón a la Comisión basándose en los siguientes razonamientos⁴⁰: 1) Para llevar a cabo una correcta definición del mercado relevante no puede limitarse el análisis a las características "objetivas" o físicas del producto; 2) Cuando la competencia tiene pautas y caracteres claramente diferenciados (como es el caso de los neumáticos nuevos y los de repuesto),

³⁹ Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, Asunto 322/81, *E.C.R.* (1983) p. 3461.

⁴⁰ El mercado de producto relevante fue considerado como el de neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados. Esta conclusión significa rechazar tres definiciones alternativas de mercado de producto, dos más amplias y una más estrecha, de las que se extraería la conclusión de que Michelin no estaba en posición dominante: los neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados y vehículos ligeros (p. ej., coches y furgonetas); neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados y neumáticos antiguos de repuesto para vehículos pesados; y, la tercera posibilidad era admitir como mercado relevante de producto un conjunto de tipos de neumáticos nuevos de repuesto para vehículos pesados. *Vid.*, la crítica llevada a cabo por JEBSEN, C. y STEVENS, R., "Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under Article 86 of the European Union", *64 Antitrust L. J.* 451 (1996), págs. 473 a 475, a cada una de las series de argumentos que dio el Tribunal para rechazar estas tres posibles definiciones.



ambos productos constituyen mercados distintos; 3) Cuando la estructura de la demanda es distinta (los compradores de neumáticos para vehículos pesados lo hacen de forma más profesionalizada, ya que supone un gasto considerable, mientras que para un particular la compra de un neumático para su turismo es poco menos que una operación "ocasional") también han de considerarse que los mercados son distintos; 4) Finalmente, si no hay elasticidad de oferta (las diferencias en las técnicas de producción, en las exigencias técnicas de la planta industrial y en las herramientas y recursos empleados son significativas) hay que hablar de mercados distintos.

Por ello, la *Comunicación* recoge, en los Párrafos nº 20 a 23, que para que la sustituibilidad en la oferta también pueda tenerse en cuenta al definir mercados, será necesario que sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad en la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata, lo cual requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos (*switching costs*), en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. De ahí que la sustituibilidad en la oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado relevante cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos.

Se considera que una empresa es un *competidor potencial* si existen pruebas de que puede y quiere hacer las inversiones necesarias para poder entrar en un mercado ante variaciones de los precios. Esta evaluación debe basarse en un criterio realista, ya que no basta con la posibilidad puramente teórica de penetrar en el mercado. Por ello las condiciones en las que la competencia potencial representará realmente una presión competitiva depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso –es decir, la existencia de barreras de entrada⁴¹–.

⁴¹ *Vid.*, para un análisis detallado de cómo las barreras de entrada afectan a la definición del mercado relevante, GYSELEN, L. y KYRIAZIS, N., "Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited", *European Law Review*, Vol. 11, nº 2, págs. 136 a 140.



IV. El mercado geográfico relevante.

La *Comunicación* establece que “*El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficamente próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas*” (Párrafo nº 8).

Este concepto de mercado geográfico de referencia tiene su origen, una vez más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en concreto en la Sentencia *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Comisión*⁴², en cuyo apartado nº 44 se define el mercado geográfico como “*el territorio en el que las condiciones objetivas de competencia que se aplican al producto en cuestión son las mismas para todos los agentes que actúan en el mercado*”. Es por tanto un área, una extensión en la que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta a los productos de que se trata⁴³. En este sentido, la Comisión destaca acertadamente que no es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores sean perfectamente homogéneas, sino que basta con que sean “similares” o suficientemente homogéneas.

En la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*, antes citada se añade, además, dos elementos interesantes a la luz del actual debate sobre el papel del análisis económico en el derecho Antitrust y respecto a la “coordinación” entre el análisis del mercado geográfico y el de producto. Dice el Tribunal de Primera Instancia en el párrafo nº 91 de su pronunciamiento que “*la definición de mercado geográfico depende, al igual que la del mercado de los productos, de una valoración*

⁴² Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, Rec. (1978) p. 207.

⁴³ En el ámbito del derecho comunitario, la posición dominante de que se trate debe existir en un mercado geográfico, que debe ser el Mercado Común en su conjunto o una parte sustancial del mismo. El mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sean las mismas para todos los comerciantes, y por eso se define en relación al área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.



económica"⁴⁴. Por otro lado, se aclara en el apartado nº 113, que el art. 82 (ex art. 86) prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, limitándose a precisar sus requisitos de aplicación en lo que se refiere a la extensión del mercado geográfico afectado. No incluye ninguna indicación explícita relativa a las exigencias correspondientes a la localización del abuso en el mercado de los productos.

En el ámbito de Derecho antitrust norteamericano, se entiende como mercado geográfico de referencia el área en la que el vendedor opera y a la que el comprador puede, razonablemente, acudir para demandar bienes o servicios. En palabras del Tribunal Supremo en la decisión *Brown Shoe* antes citada, "*Los criterios para la definición del mercado geográfico de referencia son básicamente los mismos utilizados para la definición del mercado relevante de producto. El Congreso ha previsto un enfoque para la definición del mercado relevante pragmático y realista, no legalista y formal. El mercado geográfico seleccionado debe, en consecuencia, tanto corresponder a la realidad comercial del mercado como tener, a la vez, cierta entidad económica. Por tanto, aunque el mercado geográfico en ocasiones abarque la nación al completo, en otras circunstancias puede perfectamente ser tan pequeño como una simple área metropolitana*"⁴⁵.

De la dificultad que a veces entraña la definición de mercado y de su importancia de cara al resultado final de un litigio antitrust, pocos casos hay tan ilustrativos en la jurisprudencia como el que resolvió en 1981 el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Ohio, en el asunto *Marathon Oil Company v. Mobil Corporation et. al.*⁴⁶. Este juicio, que enfrentó a la Mobil Corporation, la segunda corporación industrial petrolífera de los Estados Unidos con Marathon Oil Company, la novena empresa refinadora, se planteó cuando en octubre de 1981 aquella anunció un plan de adquisición de un paquete de acciones de ésta suficiente como para hacerse con el control de la misma. Tras una serie de conversaciones entre ambas, en Noviembre Marathon demandó a Mobil en sede antitrust

⁴⁴ Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*

⁴⁵ *Brown Shoe Co. v. United States*, 270 U. S. 294, 336-37 (1962).

⁴⁶ 530 F. Supp. 315 (1981).



acusándola de que dicha adquisición reduciría la competencia en tres mercados diferentes de este sector: el del crudo, el del petróleo ya refinado y el del transporte de carburantes. Esta definición de mercado relevante de producto no fue discutida, pero lo que dio lugar a un encarnizado debate fue la definición del mercado geográfico relevante, ya que se discutía si éste tenía que ser el local, el regional, el nacional o aún el internacional.

Sin entrar en un análisis detallado de este caso, simplemente dejar constancia de que en dicho juicio se presentó una amplia documentación sobre el mercado de extracción petrolífera, el proceso de refinación y las formas de transporte en los Estados Unidos. Mobil tenía refinaciones en seis Estados (Texas, Illinois, California, New Jersey, Washington y Kansas) y Marathon en cuatro (Louisiana, Texas, Illinois y Michigan). La determinación de las interrelaciones competitivas entre éstas y los lugares en que están las mayores reservas petrolíferas (Golfo de Texas, Oklahoma, California, Alaska y las Montañas Rocosas) y entre todo ello y los diferentes métodos de transporte (camiones cisterna u oleoductos) fue una cuestión técnica llena de complicaciones. Al final, el Tribunal del Distrito concluyó que *"la existencia de diferenciales de precio en varias áreas de la nación demuestra que la gasolina para motores no se mueve de una zona a otra en respuesta a cambios en los precios con la facilidad y rapidez que afirma Mobil. Más bien lo que indican es que el mercado geográfico relevante es menor que el mercado nacional considerado en su conjunto"*.

De iguales proporciones e interés a estos efectos fue la joint venture entre otros dos gigantes, esta vez del sector automovilístico, *General Motors* y *Toyota*, quienes en 1983 firmaron un acuerdo para la producción de "coches pequeños" en Estados Unidos y dieron lugar a una de las discusiones antitrust⁴⁷ más relevantes de la década de los 80. Entre otros interesantes aspectos, una de las cuestiones más debatidas fue precisamente la de la definición del mercado geográfico -el de producto no ofrecía dudas-. En primer lugar se consideró que, a los efectos de hacer esta definición, debía añadirse la producción de Canadá al output estadounidense, ya que existe

⁴⁷ Vid., para un estudio en profundidad de este asunto, KWOKA, J. E./WHITE, L. J. (Editors), *The Antitrust Revolution, The Role of Economics*, Oxford University Press, 2ª ed. Nueva York, 1994, págs. 46 a 76.



un acuerdo entre ambos países que permite la circulación libre de impuestos de todo tipo de vehículos de motor entre ellos. A su vez, respecto a los productores de Europa se llegó al acuerdo de no incluirlos, ya que las diferencias de costes de producción, redes comerciales y características de los propios coches hacen que su influencia competitiva en el mercado estadounidense fuera mínima. La cuestión era ¿qué pasa con Japón?.

Desde abril de 1981 todas las importaciones japonesas estaban sujetas a unas cuotas (acordadas también por el gobierno japonés, en lo que se vino en llamar VRA –*voluntary restraint agreement*–) que limitaban a 1,68 millones los coches que podían “entrar” en los Estados Unidos en los próximos dos años. Para poder definir adecuadamente el mercado geográfico relevante era crucial saber si el VRA seguiría vigente o no. En un país como los EEUU, con una producción doméstica sustancial, y con importaciones limitadas a 1,68 millones de unidades, la pregunta era: ¿qué vendedores pueden aumentar las ventas en caso de un aumento de precios? La respuesta es que los vendedores que no tienen restringida su capacidad, ya que las importaciones no pueden aumentar, con lo que, partiendo de que se mantendrían en el futuro las cuotas del VRA, se definió el mercado geográfico relevante como el formado por el territorio de Estados Unidos y Canadá.

V. Definición de mercado y discriminación de precios.

La intuición de que el concepto de mercado implica una cierta uniformidad de precios pertenece al acervo de la teoría económica prácticamente desde sus comienzos; esta idea se apoya en la definición de mercado que han manejado insignes economistas, como ALFRED MARSHALL, que se expresaba así hace más de ochenta años: “Por tanto, a medida que un mercado es más perfecto, mayor es la tendencia a que el mismo precio se pague por el mismo bien en el mismo momento y en todas partes”⁴⁸. En igual sentido, afirmó GEORGE STIGLER, en 1942, que “Un mercado de producto es un área en la que el precio tiende a ser uniforme, excepción hecha del margen que se permite por costes de transporte”⁴⁹.

⁴⁸ MARSHALL, A., *Principles of Economics*, Ed. MacMillan, Londres 1920, Tomo II, pág. 325.

⁴⁹ STIGLER, GEORGE J., *The Theory of Competitive Price*, 1942, pág. 92.



publicado en *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-
Marcial Pons, págs. 321 a 349.

Si la idea que subyace en estas definiciones es que en un mercado las mercancías circulan libremente, por lo que la posibilidad de arbitraje evita la existencia de diferenciales de precios para los mismos productos –se entiende que a igualdad de costes-, no es de extrañar que se haya manejado esta propiedad del mercado de *uniformidad de precios* como criterio delimitador del mismo. A sensu contrario, la presencia de *precios discriminatorios* revelaría la existencia de diferentes mercados. En el ámbito antitrust, uno de los pronunciamientos más contundentes al respecto ha sido el del profesor AREEDA, “La mejor y única guía para la definición de mercado es la relación de precio entre los productos. Precios idénticos presumiblemente indican un mercado único”⁵⁰.

Sin embargo, en la práctica la cuestión no es tan sencilla. Para empezar, esos conceptos se manejaban a los efectos de la teoría económica y no la defensa de la competencia; de hecho, hasta 1973 no se hizo un intento serio de aplicar dicha definición de mercado a un contexto antitrust⁵¹, aunque recientemente sí ha vuelto a ser objeto de estudio más detallado⁵². En palabras de HOROWIZ, “Curiosamente, los economistas han tenido comparativamente poco que decir acerca de cómo definir los mercados. Más bien, su principal contribución ha sido llamar la atención sobre la propiedad de uniformidad de precios en un mercado competitivo, una vez que éste ha sido delimitado”⁵³.

Por otro lado, y desde un punto de vista metodológico no se puede tomar como causa y origen lo que es consecuencia o manifestación; la existencia de uniformidad de precios es síntoma evidente de una estructura competitiva saneada en un mercado, pero su contrario no es verdadero: la discriminación de precios, o más bien la existencia de diferenciales de precios,

⁵⁰ AREEDA, P., “Market Definition and Horizontal Restraints”, *52 Antitrust L. J.* 553 (1983), pág. 563.

⁵¹ *Vid.*, el importante trabajo, ELZINGA, K. y HOGARTY, T., “The problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits”, *18 Antitrust Bull.* 45 (1973), págs. 47 a 50.

⁵² *Vid.*, por ejemplo, HAUSMAN, J. A.; LEONARD, G. K. y VELLTURO, C. A., “Market Definition Under Price Discrimination”, *64 Antitrust L. J.* 367 (1996). La conclusión a la que se llega en estos estudios es que hay demasiadas dificultades asociadas a la definición de mercado relevante cuando ésta se efectúa sobre la base de la discriminación de precios: la dificultad de identificar correctamente a los consumidores infra marginales, consideraciones en torno al lado de la demanda, la diferencia entre usuarios profesionales y no profesionales, y consideraciones de tipo dinámico, como las ventas repetidas o un horizonte temporal más amplio que el que habitualmente se presupone.

⁵³ HOROWITZ, I., “Market Definition in Antitrust Analysis; A Regression-Based Approach”, *48 S. Econ. J.* 1 (1981), pág. 2.



no es, de suyo, criterio indicador de falta de competencia efectiva, y solamente con muchas cautelas podrá ser empleado como criterio delimitador de los contornos del mercado. Lo que es evidente es que la presencia de la discriminación de precios viene a alterar la fórmula de la definición de mercado.

En efecto, las conclusiones a las que llegó el Tribunal Supremo en las Sentencias *Celofán* o *Brown Shoe* cambiarían de contemplarse la posibilidad de que las empresas demandadas pudieran discriminar entre el grupo de consumidores que hemos denominado *cautivos* -aplicando a éstos un precio supracompetitivo- y el grupo de consumidores que hemos denominado *libres* -no ejerciendo su hipotético poder de mercado, y aplicándoles un precio competitivo-. Si ambos grupos son fácilmente identificables y no es posible el arbitraje entre ellos, "sí estaría justificada una definición de mercado más estrecha que se centrara en las alternativas competitivas disponibles para una subclase sustancial de consumidores"⁵⁴.

Así, en la definición de mercado de las *Merger Guidelines* se asume inicialmente que no es posible la discriminación de precios, y se delimita el mercado relevante sobre esa hipótesis. Si la discriminación de precios es posible, se delimitan mercados más pequeños sobre la base de la localización de los consumidores; así, si el coste de arbitraje entre diferentes consumidores es suficientemente alto, cada uno de ellos constituirá un mercado separado; si el coste de arbitraje entre diferentes momentos de tiempo hace la reventa impracticable, cada "temporada" podrá también constituir un mercado separado; finalmente, para los bienes fabricados con arreglo a las especificaciones técnicas de un consumidor, cada unidad de producto puede constituir un mercado relevante.

Por su parte, la *Comunicación*, en el apartado dedicado a contemplar los elementos de apreciación utilizados para definir los mercados, establece que "*La dimensión de un mercado de producto puede reducirse si se considera un grupo diferenciado de consumidores, que puede constituir un mercado diferenciado y más reducido para el producto considerado cuando dicho grupo puede ser objeto de una discriminación de precios. Esto ocurrirá generalmente cuando se cumplan dos condiciones: a) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un*

⁵⁴ PITOFISKY, R., "New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust", 90 *Colum. L. Rev.* 1805 (1990), pág. 1814.



cliente determinado en el momento de venderse los productos considerados, y b) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por parte de terceros" (Párrafo nº 43).

Este enfoque constituye, sin duda, uno de las novedades más significativas introducidas por ambos documentos, que hunde sus raíces en la distinción que se lleva a cabo entre la fase de "definición del mercado relevante" y la de "identificación de los competidores" (consecuencia de la consideración, tanto en las *Merger Guidelines* como en la *Comunicación* de la sustituibilidad de oferta y la competencia potencial como criterios "secundarios" en la delimitación de mercado). En consecuencia, se concibe el mercado como un producto o grupo de productos y un área más que como un conjunto de empresas o de consumidores. Al definir el mercado bajo la hipótesis de no existencia de discriminación de precios, los mercados se delimitan sobre la base de los centros –o núcleos– de producción en vez de sobre la base de los centros de consumo.

Cuando se contempla la posibilidad de discriminar en precios, se reconoce que los consumidores objeto de la discriminación no pueden cambiar a productos sustitutivos o empresas que están fuera del mercado tal como se ha definido, y en consecuencia se contempla la posibilidad de "*delimitar mercados adicionales, más estrechos*"⁵⁵, mediante la identificación de dichos grupos de consumidores, para de esta manera protegerlos de ese ejercicio de poder de mercado.

Con el empleo del término *mercados adicionales* se evita además cualquier referencia al concepto de *submercados*, tan equívoco en el derecho antitrust⁵⁶. Un enfoque así se presta, en cierto modo, a múltiples abusos, mediante una serie de maniobras que permitan llegar a un mercado de producto tan

⁵⁵ *Merger Guidelines* (1982), § II (A), (c).

⁵⁶ En efecto, así como en la Teoría Económica se puede definir un mercado amplio –con la máxima capacidad de sustitución– y delimitar luego agrupaciones más estrechas bajo el término "submercados", cuando nos trasladamos al ámbito del Derecho, esto induce a confusión. Las leyes antitrust definen el mercado únicamente con el fin de determinar el poder de mercado de la empresa en cuestión. Por tanto, si un producto y área cumple los requisitos es un mercado relevante, y si no los cumple no lo es, en cuyo caso es irrelevante desde el punto de vista antitrust. Precisamente, este tipo de indeterminación es la que introdujo la Sentencia *Brown Shoe*, con la confusa lista de factores que hemos reseñado anteriormente. Para una crítica más detallada, *Vid.*, AREEDA, *op.cit.*, pág. 575, y PITOFISKY, R., *op.cit.*, Nota nº 182.



publicado en *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-
Marcial Pons, págs. 321 a 349.

estrecho y un mercado geográfico tan pequeño, tales que, así definidos, el poder de mercado en ellos es indiscutible⁵⁷.

Con todo, es ésta una práctica habitual en las autoridades comunitarias de competencia. Así por ejemplo, cuando la Comisión Europea dio el visto bueno a la adquisición por la empresa italiana *Magneti Marelli SpA* de su competidora *Seima Italiana SpA*, se llevó a cabo un cuidadoso examen⁵⁸ de los posibles efectos de esta operación en el mercado de las luces traseras para vehículos tipo turismos haciendo una distinción entre tres submercados: ventas realizadas a los productores iniciales (OEM – *Original Equipment Manufacturers*), ventas realizadas a las tiendas de artículos sueltos y de repuesto (OES – *Original Equipment Spare Parts Businesses*) y al resto de agentes en el tramo post venta (IAM – *Independent After Market*). Igualmente, en la discutida fusión entre los dos gigantes del mercado de la música, *Time Warner* y *EMI Group Plc.* se han definido⁵⁹ los siguientes submercados: la música ya grabada, los derechos de copyright y la música que se puede “bajar” desde Internet.

Para concluir este apartado, señalar que la discriminación de precios como criterio delimitador se está aplicando especialmente en el ámbito la aplicación del Reglamento CEE nº 4064/89 al control de concentraciones. En un importante caso resuelto recientemente, la Decisión *Volvo/Scania*⁶⁰ la Comisión ha declarado incompatible con el Mercado Común la pretendida fusión entre los dos gigantes suecos de la industria del motor y de vehículos pesados. Respecto a la definición del mercado geográfico de referencia la Comisión ha concluido que es todavía de ámbito nacional, basándose en las diferencias entre las especificaciones técnicas, los hábitos de compra y las cuotas de mercado en diferentes Estados miembros. Sin embargo, como ha señalado un miembro de la *Merger Task Force* de la Comisión, “la existencia de discriminación de precios ha sido el indicador esencial de que los efectos de la fusión no debían, tal como proponía Volvo, analizarse a nivel europeo”⁶¹. La

⁵⁷ Vid., MAISEL, “Submarkets in Merger and Monopolization Cases”, 72 *Geo. L. J.* 39 (1983), pág. 49 y ss.

⁵⁸ Vid., nota de prensa de la Comisión, IP/00/548, de 30 de mayo de 2000.

⁵⁹ Vid., nota de prensa de la Comisión, IP/00/617, de 14 de junio de 2000.

⁶⁰ Caso nº COMP/M. 1672 – *Volvo/Scania*, de 14 de marzo de 2000.

⁶¹ SJOBLÖM, D., “Mergers. Case No. COMP/M. 1672 – Volvo / Scania”, *Competition Policy Newsletter*, Núm. 2, Junio 2000, pág. 45.



diferencia –y de ahí el interés de las partes- entre una y otra definición es que, a nivel europeo, la empresa resultante de la fusión sería el principal proveedor de la industria pesada de vehículos en la Zona Económica Europea (EEA) con una cuota de mercado –en términos de ventas- de 31%, seguida por DaimlerChrysler con un 20%. Sin embargo, a nivel de mercados nacionales, la empresa resultante alcanzaría cuotas mucho mayores, variando entre el 90% en el mercado sueco y el 50% en el irlandés.

VI. Conclusiones.

Es evidente que tener que definir los mercados es siempre un opción *second best* en el conjunto de la aplicación de las leyes antitrust. En palabras de POSNER, allá por el año 1976, “La importancia que tiene el definir un mercado en el que evaluar los supuestos efectos anticompetitivos de una fusión es un ejemplo más de la incapacidad de la ley de conseguir un enfoque auténticamente económico del problema del monopolio (poder de mercado)”⁶². Igualmente, se expresaba el profesor AREEDA con la agudeza y claridad que le caracterizaron, “Si pudiéramos medir el poder de mercado directamente, la definición de mercado sería una cuestión superflua. La ley utiliza la definición de mercado y las cuotas de mercado como una aproximación defectuosa. (...) Sencillamente, no podemos obviar que es una base engañosa y confusa para inferir el poder de mercado”⁶³.

Con todo, podemos aventurar algunas conclusiones sobre la situación actual de la cuestión, y la valoración que han merecido las principales propuestas contenidas al respecto en la *Comunicación* de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de los EE.UU.

En primer lugar, un sector de la doctrina norteamericana ha criticado⁶⁴ que en las *Merger Guidelines* publicadas por el DOJ utilicen el “peor escenario posible” en la definición de mercados, ya que presuponen que una fusión o adquisición llevará a que todos los vendedores principales intenten

⁶² POSNER, R. A., *op.cit.*, pág. 125.

⁶³ AREEDA, P., *op.cit.*, págs. 562, 576.

⁶⁴ KWOKA, J.E./WHITE, L.J. (Editors), *op.cit.*, pág. 14.



coordinar su comportamiento; este paradigma de definición mercado se centra en los grupos de vendedores (más que en los compradores), ya que son éstos los que habitualmente ejercen el poder de mercado.

Igualmente, se ha discutido que el SSNIP test sea el más apropiado en casos de mercados integrados verticalmente, y en presencia de estructuras oligopolísticas, ya que si una empresa es monopolista, por definición es capaz de fijar los precios arbitrariamente; se concluye entonces que todas las empresas con poder de mercado son monopolistas –en sus propios productos-. Teniendo en cuenta que “la definición de mercado se emplea habitualmente como un estadio preliminar en el análisis del monopolio y las fusiones, con el objetivo de identificar qué empresas tienen potencialmente poder de mercado. El enfoque actual de la definición de mercado (el SSNIP test) intenta resolver esta cuestión directamente, convirtiéndola en redundante, y reduciendo el subsiguiente cálculo de la cuota de mercado en una tautología carente de sentido”⁶⁵.

Lo que sigue siendo fuente de una peligrosa inseguridad jurídica es la “maleabilidad” de los razonamientos de nuestras autoridades en materia de competencia; es hasta qué punto los conceptos que la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea manejan en la definición de mercado son susceptibles de cambiar al servicio de intereses “prefijados”. Como hemos visto en la Sentencia *Michelín*, y así ha sido puesto de relieve por la doctrina, “la Comisión y los tribunales generalmente optan por una línea de razonamiento de la que se extrae una definición de mercado más estrecha que la propuesta por la empresa encausada, y con la que es más fácil establecer la existencia de una posición dominante”⁶⁶. El concepto de “submercado” a través de la discriminación de precios son herramientas, en este sentido, que han de manejarse con cautelas.

A modo de conclusión, destacar una vez más que la definición de mercado es un instrumento analítico al servicio de la determinación de la existencia o no de una posición

⁶⁵ HARBORD, D. y VON GRAEVENITZ, G., “Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies”, *European Competition Law Review*, Vol. 21 (3), Marzo 2000, pág. 157.

⁶⁶ JEBSON, P. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 476.



dominante. La "amplitud" o "estrechez" con que esta definición se lleve a cabo condicionará la aprobación por parte de las autoridades antitrust de operaciones de concentración que supongan la creación de posiciones de dominio, o la calificación como abuso anticompetitivo determinadas conductas. En este sentido, la Comisión debe llevar a cabo unas definiciones de mercado que se ajusten mejor a la realidad económica, al tener más en cuenta el tipo de producto o servicio que la empresa en cuestión está ofertando, el mercado geográfico en que dicha actividad tiene lugar, y el hecho de cuando se plantea una fusión, por ejemplo, en el conjunto de actividades de las empresas participantes puede no existir esa dominación, pero sí en un sector concreto o una rama particular de su actividad, en el que se solapen sus actuaciones en el mercado⁶⁷.

Sí parece claro que al formular un *test* tan preciso y bien delimitado en su aplicación como el que proponen tanto las *Merger Guidelines* como la *Comunicación* por lo menos se da un paso adelante en lo que a certeza económica y seguridad jurídica se refiere. Es necesario ir avanzando en ese sentido, y que la Comisión Europea y el resto de autoridades antitrust manejen unos parámetros claros en cuanto a delimitación de mercados se refiere, y los agentes económicos conozcan cómo se va a aplicar el criterio de "sustituibilidad de demanda" y cómo se va a articular el análisis de "elasticidad cruzada", para saber así a qué atenerse tanto cuando proyecten una operación de concentración como cuando, en el ejercicio de sus funciones empresariales y defensa de sus legítimos intereses en el mercado lleven a cabo acciones susceptibles de ser consideradas como abusos de posición dominante.

⁶⁷ Este ha sido el caso reciente de la adquisición de *Dial Group* por *ABN Amro Lease Holding N.V.*, que coinciden en el sector de arrendamiento financiero de vehículos. Pues bien, entre las muchas definiciones posibles de mercado, la Comisión ha elegido la más "estrecha", concretamente la oferta nacional de arrendamientos financieros operativos para coches y furgonetas ligeras. Sobre esta base, el único mercado afectado desde un punto de vista horizontal es precisamente el español, en el que la cuota de mercado de ambas supera el 30%. Sin embargo, la operación se ha aprobado considerando el intenso ritmo de crecimiento de la demanda en España de estos servicios y la no existencia de barreras de entrada. *Vid.*, Nota de prensa de la Comisión, IP/00/629, de 16 de junio de 2000.