

EL PODER DE MERCADO Y SU RELEVANCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

Rubén Bahamonde Delgado

Doctor en Derecho. Abogado

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El concepto de poder de mercado y su correcta determinación práctica es de capital importancia a la hora de aplicar las diversas áreas del derecho de la competencia a nivel comunitario y nacional, debido a que la inexistencia de un grado significativo del mismo difícilmente permitirá la comisión de un ilícito antitrust. Este concepto puede definirse como el grado de capacidad de los agentes de mercado para mantener durante un período de tiempo significativo variables tales como precios, calidades o cantidades a niveles distintos de los que permitiría el juego de la competencia. Para la determinación del poder de mercado es imprescindible establecer previamente cuál es el mercado geográfico y el mercado de producto al que dice respecto, y valorar otras variables tales como las barreras de entrada o el poder de negociación de la demanda entre otros.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, poder de mercado, mercado geográfico, mercado de producto, sustituibilidad de la oferta, sustituibilidad de la demanda, barreras de entrada.

ABSTRACT: The concept of market power and its proper determination is the cornerstone for the application of European and national competition law due to the unlikely possibility of verifying an antitrust infringement absent a significant degree of such power. This concept can be defined as the economic operator's ability to keep during a significant period of time, the determination of quantities, qualities or prices at different levels of those resulting from free competition. In order to calculate a particular market power it is required, previously, to define de geographic and product market to which it reefer, and take into account entry barriers or the existence of demand bargaining market power.

KEY WORDS: Competition law, market power, geographic market, product market, supply substitutability, demand substitutability, entry barriers.

SUMARIO: I. LA IMPORTANCIA DEL PODER DE MERCADO. II. DEFINICIÓN DE MERCADO. 1. Mercado de producto. A. Sustituibilidad de la demanda. B. Sustituibilidad de la oferta. 2. Mercado geográfico. A. Sustituibilidad de la demanda. B. Sustituibilidad de la oferta. III. EL PODER DE MERCADO Y LA POSICIÓN DOMINANTE. 1. Cuotas de mercado. 2. Barreras de entrada. 3. Poder de negociación de la demanda.

1. LA IMPORTANCIA DEL PODER DE MERCADO

Uno de los conceptos que mayor relevancia cobra en el Derecho de la competencia es el relativo al poder de mercado. Si en efecto estamos ante un sistema de derecho complejo en el que existen diversos factores determinantes, el poder de mercado será aquel que mayor influencia tendrá a la hora de aplicar la normativa que regula las conductas o prácticas prohibidas¹. El Derecho de la competencia se preocupa por los efectos negativos que se puedan derivar de comportamientos de empresas, sin embargo, no se trata de cualquier tipo de empresa, sino de aquellas que poseen cierto grado de poder de mercado.

La Comisión Europea ha establecido que debe entenderse por poder de mercado la capacidad de mantener durante un período de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un período de tiempo significativo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia, perjudicando en última instancia el bienestar de los consumidores². El concepto de poder de mercado está estrechamente ligado a los modelos de competencia perfecta, competencia monopolista y el modelo oligopolista. En efecto, el poder de mercado vendrá definido por dos elementos: el coste marginal o el precio en un mercado competitivo y el precio monopolístico³. En un estado de competencia perfecta, ninguna empresa tendría poder de mercado al no poder determinar los precios y por tanto, el precio de mercado sería igual al coste marginal⁴. Por el contrario, existiría un elevado grado de poder de mercado cuando una empresa que goza de posición de monopolio determina libremente los precios por encima del coste marginal y obtiene beneficios extraordinarios. Por último, en un mercado con estructura oligopolista, todas las empresas tendrían cierto grado de poder de mercado, pues todas podrían influenciar los precios. En definitiva, lo característico de la existencia de poder de mercado es el hecho de permitir a la empresa detentora del mismo la obtención de beneficios extraordinarios al

1 *Vid.* LANDES, M., POSNER, R., "Market power in antitrust cases", *Harv. L. Rev.* Vol. 94, 1981, p. 937 y VICKERS, J., "Market power in competition cases", *Eur. Comp. J.*, Vol. 3, 2006; HERGUERA I., PETIBÓ A., "La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia", *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2000, pp. 53 y ss.

2 Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97-118, apartado 25.

3 *Vid.* KÉLLEZI, P., "Abuse below the Threshold of Dominance?", MARK-OLIVER MACKENRODT, CONDE GALLEGO, B., ECHELMAIER, E., (Ed.) *Abuse of dominant position: New interpretation, New enforcement mechanism?*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law 5, Springer, Berlin, 2008, p. 57.

4 *Vid.* CARLTON, D., PERLOFF, J., *Modern Industrial Organisation*, 4th ed., Addison Wesley, Boston, 2005, pp. 57 y ss.

elevant el precio de un producto o servicio sobre su coste marginal⁵. No podemos olvidar que el poder de mercado puede provenir también de otros factores como por ejemplo la falta de información o la necesidad de utilizar determinados productos.⁶

El objeto del análisis del poder de mercado varía según la categoría de normas de Derecho de la competencia que se esté aplicando. Si se examina un acuerdo restrictivo entre empresas, su poder de mercado determinará la gravedad de la restricción, lo que se valorará, por ejemplo, a la hora de determinar si se restringe la competencia y se afecta el comercio entre Estados miembros de forma sensible, si se elimina la competencia respecto de una parte sustancial del mercado o para modular las sanciones. En otros casos, si el poder de mercado de un operador le otorga una posición de dominio, aquél deberá cuidarse de que su comportamiento comercial no constituya un abuso prohibido por las normas de competencia. El poder de mercado de las empresas partícipes en una concentración también será determinante para que las autoridades procedan o no a su autorización, pues de este dependerá su aptitud lesiva para la competencia⁷.

Por todo lo anterior resulta que determinar el poder de mercado que ostenta una empresa es *conditio sine qua non*⁸ para efectuar el análisis de las conductas previstas en el artículo 101 del TFUE, para la aplicación de los Reglamentos de exención por categorías⁹ y para la aplicación de la Comunicación *de minimis*¹⁰. La aplicación del artículo 102 del Tratado también requiere la determinación del poder de mercado de la empresa investigada para poder descubrir si efectivamente sus comportamientos pueden ser considerados como un abuso de tal poder¹¹. Por lo que se refiere al control de concentraciones, no se escapa a esta

5 Vid. LANDES, W., POSNER, R., "Market Power in Antitrust Cases", p. 937, al indicar que "el término «poder de mercado» se refiere a la capacidad de una empresa (o grupo de empresas actuando conjuntamente) para elevar los precios sobre el nivel competitivo sin perder un número considerable de ventas en un corto periodo de tiempo".

6 Vid. KELLEZI, P., "Abuse below the Threshold of Dominance?", MARK-OLIVER MACKENRODT, CONDE GALLEGU, B., ECHELMAIER, E., (Ed.) *Abuse of dominant position: New interpretation, New enforcement mechanism?*, p. 59, al sostener que "El poder de mercado también puede surgir de vacíos de información, costes de búsqueda o de cambio (*switching cost*) o de la necesidad de utilizar elementos específicos".

7 Vid. GARRIGUES, J., *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 48.

8 Como ha apuntado GINER PARREÑO, A., "La aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia", BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO, A., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la competencia*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 138, "la cantidad de poder de mercado es un factor relevante en diversos ámbitos de esta disciplina" (Derecho de la competencia), especificando que "la posesión de una cantidad determinada de poder de mercado ha sido utilizada para simplificar analíticamente el supuesto de hecho de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Europea y en España".

9 GINER PARREÑO, A., "La aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia", pp. 149 -151. Este autor destaca la importancia del concepto de poder de mercado a la hora de aplicar los reglamentos de exención por categorías, así como para la aplicación de las directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

10 Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en el que se establece la exención para los acuerdos celebrados entre empresa cuya cuota de mercado sea inferior a 15%, 10% o 5%, dependiendo de los casos.

11 En este ámbito, señálese que la Comisión considera que el grado de poder de mercado requerido para verificar una infracción con arreglo al apartado 1 del artículo 101 en el caso de acuerdos que restringen la competencia por efecto es inferior al exigido para determinar la existencia de una posición dominante a efectos del artículo 102. Ver.

necesidad y la Comisión tendrá que cerciorarse de que la estructura empresarial resultante de la operación no ostente un significativo poder de mercado que resulte en un perjuicio para otros competidores o para los consumidores¹².

Para calcular el poder de mercado de una empresa es necesario determinar previamente cuál es el mercado en el que dicho poder se ejerce, siendo este mercado delimitado en razón del producto a que se refiere (mercado de producto), de la zona geográfica que abarca (mercado geográfico) y en función de la competencia potencial existente¹³. Sólo tras la determinación de un mercado de referencia, esto es, del mercado relevante, puede valorarse el poder que una empresa ostenta en el mismo y sus implicaciones a efectos de la competencia¹⁴.

II. DEFINICIÓN DE MERCADO

Debido a la gran importancia que tiene la concreción del mercado relevante para el Derecho de la competencia, la Comisión ha publicado una Comunicación sobre la determinación del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de Derecho de la competencia.¹⁵ En dicha comunicación, se explica claramente que la definición de mercado permite determinar los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplicará la política de competencia¹⁶. El principal objetivo de la definición de mercado relevante es establecer, de forma sistemática, las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia, esto es, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas

Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

- 12 En concreto, el apartado b) del número 1 del artículo 2 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, establece que la evaluación de las concentraciones tendrá en cuenta *la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.*
- 13 GARCÍA CACHAFEIRO, F., "Fundamentos de Derecho de la competencia", Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Bello Martín-Crespo P., Hernández Rodríguez F. (Coor.), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 37 y ss.
- 14 Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., "Significado y delimitación del mercado relevante", ADI, 1979-1980, Tomo VI, pp. 247-262, en donde el autor considera que *"la competencia no puede ser limitada en un plano abstracto, sino tan sólo en un mercado concreto: el mercado relevante"*.
- 15 DO C 372 de 9 de diciembre de 1997. Vid. CACHAFEIRO GARCÍA F., "Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia *Excursiones Puerto de Sóller*", GJUE, n° 31, Enero-Febrero, 2013, pp. 55 y ss.; DIEZ ESTELLA, F., "Algunas consideraciones en torno de la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante DE LA Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EE.UU.", Anuario de la Competencia, núm. 1, 2000, pp. 321 y ss.
- 16 Como ha afirmado HILDEBRAND, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 3rd ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, p. 230 y ss., en diversos casos el Tribunal ha anulado decisiones de la Comisión Europea por no haber logrado definir correctamente los mercados afectados. Entre otros, esta autora cita el Caso 19&20/74, *Kali+Salz v. Comisión*, de 14 de mayo de 1975, ECR 499, en donde la Comisión no consiguió demostrar que dos tipos de fertilizante constituían mercados separados.

que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulte de una competencia efectiva¹⁷.

1. Mercado de producto

El mercado de producto consiste en el grupo de aquellos bienes o servicios que pueden ser sustituidos por el consumidor, esto es, el elenco de productos o servicios con los que se puede satisfacer la misma necesidad¹⁸. El concepto clave para definir el mercado de producto relevante a efectos de Derecho de la competencia es el de sustituibilidad o grado de disposición de los consumidores para cambiar de un producto a otro dependiendo de sus gustos o de las posibilidades reales¹⁹. En otras palabras, para determinar los bienes o servicios que integran un único mercado de producto es necesario saber cuáles son los productos que pueden ser sustituidos por el consumidor²⁰. Este tipo de sustituibilidad se conoce como sustituibilidad de la demanda. También se usa otro tipo de sustituibilidad para completar el análisis del mercado de producto conocido como sustituibilidad de la oferta y que consiste en la disposición de un fabricante para dejar de producir un producto, en favor de otro nuevo, teniendo en consideración determinadas circunstancias. Dependiendo del grado de sustituibilidad de la demanda y/o de la oferta de un producto, la empresa productora del mismo sentirá mayor o menor presión competitiva²¹.

A. Sustituibilidad de la demanda

Una empresa que produce un bien o servicio para el cual existe un amplio abanico de bienes o servicios por los que poder sustituirlos experimentará una gran presión competitiva en el mercado. Así, si el productor de ese bien decide elevar su precio, los consumidores tenderán a dejar de comprar ese bien y lo sustituirán por otro más barato que satisfaga igualmente sus necesidades. Imaginemos el mercado de bebidas energéticas con cafeína en el que opera la empresa Ojos abiertos y la empresa Espabilate. El producto de Ojos abiertos tiene

17 Vid. apartado número 2 de la Comunicación; en el mismo sentido consultar BAKER & WU, "Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission", E.C.L. Rev. Vol. 19, 1998, p. 273 y entre nosotros, GUILLÉN CARAMÉS, J., *Libre competencia y estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 165. Este autor define la delimitación del mercado de referencia como "una operación de individualización del mercado concreto sobre el que se proyecta la conducta contraria a la competencia".

18 Vid. FRANCO I SALA, L., "El análisis económico en la defensa y promoción de la competencia", VARELA CARIG, F., (Coor.), *Economía y defensa de la competencia*, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, Santiago de Compostela, 2010, pp. 80-81.

19 Vid. FAULL & NIKPAY, *The EC Law of competition*, Oxford University Press, 2007, pp. 41 y ss.

20 A este respecto ver las sentencias STJCE de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Co Inc. contra Comisión*, Rec. (1973), p. 215, apartado 32 y STJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands contra Comisión*, Rec. (1978), p. 207, apartado 22, en donde el Tribunal dictaminó que cuando varios productos son intercambiables, debe entenderse que conforman un único mercado de producto, todavía la Comunicación de la comisión establece en su apartado número 7 que "el mercado relevante del producto incluye todos los productos y/o servicios que se consideran intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razón de las características propias del producto, de su precio o de su uso esperado".

21 Este tipo de sustituibilidad también se conoce por elasticidad de la oferta y de la demanda. Para consulta de una crítica sobre este sistema de determinación de mercado ver UTTON, M. A., *Market dominance and Antitrust Policy*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2003, pp. 11 y 12.

un sabor diferente al producido por Espabilate, pero ocurre que cuando Ojos abiertos decide elevar el precio, sus ventas se reducen puesto que un número significativo de consumidores²² deja de comprar su producto y pasa a comprar Espabilate²³. Este comportamiento revela que ambos productos son sustituibles y que forman parte del mismo mercado de producto. Este simple ejemplo sirve para mostrar cómo se puede delimitar un mercado de producto, pues siempre que ocurra una sustitución provocada por la subida de precios en un bien o conjunto de bienes, por otro bien, existirá sustituibilidad y por tanto, esos bienes integrarán un único mercado de producto²⁴. Cuando ya no existan bienes sustituibles, el mercado de producto habrá quedado definido.

La necesidad de establecer un sistema adecuado para valorar económicamente la sustituibilidad llevó a la Comisión a adoptar en su Comunicado el test conocido como test del Monopolio Hipotético o *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (SSNIP)²⁵, que ya había sido utilizado con anterioridad por el Departamento de Justicia Americano en sus Directrices de 1982 sobre Concentraciones Horizontales²⁶. El presupuesto en que se fundamenta este test consiste en afirmar que existiría un mercado relevante a efectos de Derecho de la competencia cuando un Hipotético Monopolista, que contenga todas las empresas del mercado, pueda incrementar sus beneficios imponiendo un pequeño pero significativo (5% al 10%) y no transitorio incremento en el precio²⁷. Con este test se pueden identificar los productos que son capaces de condicionar el comportamiento comercial del hipotético monopolista al prevenirlo de subir los precios para no incurrir en un descenso de sus ventas y que por tanto, formarían parte del mismo mercado de producto.

B. Sustituibilidad de la oferta.

La sustituibilidad de la oferta se relaciona con el hecho de que los consumidores de un producto puedan cambiar su consumo por el de otro todavía no ofrecido en el mercado, pero que sería rápidamente producido si hubiese una subida de su precio²⁸. Al igual que en la sustituibilidad de la demanda, lo que se pretende aquí es descubrir la existencia o no de presión competitiva sobre el fabricante de un determinado producto, pero en este caso, la eventual presión sería ejercida por la amenaza de entrada de nuevos competidores en el

22 A este grupo de consumidores se les llama consumidores marginales y son aquellos que valoran el producto a un determinado precio y que estarían dispuestos a cambiar rápidamente para otro producto en caso de una subida del mismo.

23 A este grupo de consumidores se les llama consumidores marginales y son aquellos que valoran el producto a un determinado precio y que estarían dispuestos a cambiar rápidamente para otro producto en caso de una subida del mismo.

24 *Vid.* FERNÁNDEZ-NOVOA, C., "Significado y delimitación del mercado relevante", ADI, 1789-90, Tomo VI, pp. 247-262, donde afirma que "el criterio de la intercambiabilidad razonable de los productos constituye un indicio muy revelador en el que cabe apoyar la presunción de la existencia de un mercado relevante".

25 Cuya traducción es: "Pequeño pero significativo y no transitorio incremento del precio".

26 Horizontal Merger Guidelines de 1982 (Posteriormente suplantadas en 1992 y alteradas en 1997) disponibles en <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm> visitado por última vez el 23 de abril de 2013.

27 Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia apartado 15.

28 PADILLA, J., GUTIERREZ, I., "La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales", Anuario Comp., No 1, 2001, pp. 207-230.

mercado y el consecuente incremento de la producción. En el análisis de la sustituibilidad de la oferta es igualmente utilizado el test SSNIP, en el sentido de averiguar la disposición de los fabricantes para cambiar la producción del producto A por el producto B en un corto espacio de tiempo, sin tener que incurrir en costes o riesgos adicionales como respuesta a un pequeño pero significativo y no transitorio incremento del precio del producto B²⁹.

Conforme se afirma en la Comunicación, estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto³⁰. Aún cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes³¹. El ejemplo dado por la Comisión es el de la industria del papel, en el que en principio, un fabricante podrá producir varios tipos de papel sin incurrir en costes significativos y por ello, a pesar de que las diferentes cualidades de papel puedan considerarse integradas en mercados de producto diferentes, serán consideradas como un único mercado de producto³².

Por último, debe referirse que la sustituibilidad de la oferta será un factor relevante cuando ejerza una influencia inmediata y sin costes adicionales sobre el comportamiento comercial de un determinado agente, como ocurre en la sustituibilidad de la demanda³³. En caso contrario, no se tendrá en cuenta para definir el mercado de producto puesto que no podrá constituir una amenaza competitiva real e inminente para el resto de competidores.

2. Mercado geográfico

El mercado geográfico de referencia debe entenderse como aquella zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo sus condiciones de competencia suficientemente homogéneas, pudiendo además distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas³⁴. La determinación del mercado geográfico es de gran importancia porque

29 Si las empresas tuviesen que incurrir en costes o riesgos significativos para cambiar su producción entonces ese grupo de empresas sería considerado como competencia potencial y no como sustituibilidad de la oferta del producto de referencia.

30 Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia apartado 21.

31 En la Decisión de la Comisión *Tetra Pak* (Licencia BTG), pp.27-46, apartado 36, se consideró que los envasadores de leche no podrían cambiar su sistema para uno aséptico sin incurrir en elevados costes derivados de la adquisición de maquinaria y de "know-how", hecho del que se sirvió para definir el mercado de referencia. Esta decisión fue sostenida por el Tribunal de Primera Instancia en el Asunto T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1990 p. II-309.

32 Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia, apartado 22.

33 Es pertinente indicar que la sustitución de la demanda también puede conllevar costes, (*switching costs*), ver, por ejemplo, KLEMPERERE, P., "Competition When Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade", *Rev. Econ. Stud.*, Vol. 62, 1995, pp. 515-39.

34 Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia, apartado 8. Consultar también *United Brands contra Comisión* (STJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, Rec. (1978), p. 207, apartado 11, en donde se estableció que

sirve para acotar el grupo de empresas que ejerce presión competitiva sobre el comportamiento de la empresa estudiada. Dependiendo de las condiciones existentes en cada mercado, podrá hablarse de mercados mundiales³⁵, europeos, nacionales³⁶, regionales, etc. Al igual que para la determinación del mercado de producto, para delimitar geográficamente el mercado de referencia se utiliza la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta.

A. Sustituibilidad de la demanda

Para determinar la sustituibilidad de la demanda a efectos de concreción del mercado geográfico de referencia, se aplica el mencionado test SSNIP³⁷. Lo que se pretende saber aquí es cuál es la disponibilidad de los consumidores para cambiar de un productor a otro que se encuentre en una zona geográfica diferente en respuesta a un pequeño pero significativo (5% al 10%) y no transitorio incremento del precio en los productos del área en consideración. Si se llega a la conclusión que el grado de sustituibilidad existente provocaría una reducción de las ventas en el producto cuyo precio ha sido incrementado, habrá que incluir esos otros mercados en la definición del mercado geográfico relevante.

Existen otros elementos que deberán ser considerados para descubrir si un conjunto de empresas integran un único mercado geográfico relevante. En estos casos, la Comisión deberá considerar factores como la configuración de los precios y de las cuotas de mercado, los requisitos de ubicación para poder vender en un área determinada, las condiciones de acceso a los canales de distribución, los costes relativos al establecimiento de una red de distribución y la existencia o ausencia de obstáculos reglamentarios vinculados a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana que restringen el comercio o la producción, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas, la reglamentación del envasado³⁸, etc. Todos estos elementos pueden diferenciar un mercado geográfico de otro, al evidenciar la falta de homogeneidad entre los mismos y por tanto, no constituyendo una fuente alternativa real para satisfacer las demandas de los consumidores del mercado estudiado.

B. Sustituibilidad de la oferta

La sustituibilidad de la oferta se relaciona con la posibilidad de que los consumidores estén dispuestos a consumir productos todavía no fabricados por "supuestos" competidores, pero que serían rápidamente fabricados y puestos a disposición de los mismos en caso de un aumento de los precios. En la definición del mercado geográfico relevante, esto implica que supuestos competidores, situados fuera del ámbito geográfico estudiado, estarían dispuestos a suministrar sus productos dentro de ese mercado geográfico. Existen diversos

para la aplicación del artículo 86 CEE (actual 102 TFUE), era imprescindible determinar "*las características particulares del producto en cuestión en referencia a una área geográfica claramente definida en la que tal producto es vendido y en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas (...)*".

35 Decisión de la Comisión en el Asunto COMP/M.3625 – *Blackstone/Acetex*, apartado 15, en donde se consideró existir un mercado mundial para el mercado de ácido acético (VAM) y anhídrido acético (PVOH).

36 Decisión de la Comisión en el Asunto COMP/M.3333 – *SONY/BMG*, apartados 7, 9 y 11.

37 Estas son las siglas inglesas de la expresión "*Small but significant not transitory increase of price*".

38 Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia, apartado 30.

tipos de impedimentos que pueden obstaculizar la existencia de ventas externas competitivas dentro de un mercado. A título ejemplificativo, puede mencionarse la importancia de que sea necesaria la presencia institucional en la zona de venta, el acceso a las estructuras de distribución, costes asociados al establecimiento de un sistema de distribución, barreras de entrada, exigencias legales etc. Sólo tras el análisis de todas estas circunstancias podrá determinarse el ámbito geográfico del mercado estudiado.

3. Indicios probatorios

La Comunicación de la Comisión sobre la determinación del mercado relevante establece diversos ejemplos de evidencias que servirán para identificar el mercado de producto³⁹ y el mercado geográfico⁴⁰. En el primer caso, se indican como adecuados: a) Elementos de prueba de una sustitución en el pasado; b) Diversos enfoques econométricos y estadísticos; c) Opiniones de clientes y competidores; d) Preferencias de los consumidores; e) Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos; f) Diferentes categorías de clientes y g) Discriminación de precios.

En el caso de la determinación del mercado geográfico, se indican como relevantes: a) Los elementos de prueba, en el pasado, de desvío de pedidos a otras zonas; b) Las características básicas de la demanda; c) Las opiniones de clientes y competidores; d) La localización geográfica de las compras; e) Los flujos comerciales y la estructura de compra y f) Las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas.

Ninguna relación de indicios constituye una lista taxativa de los elementos que pueden ser considerados a la hora de determinar el mercado de producto o el mercado geográfico. Por otra parte, no es necesario que en cada caso haya de tenerse en cuenta y valorar cada uno de ellos. A menudo, en la práctica, los elementos de valoración proporcionados por un subconjunto de estos factores será suficiente para llegar a una conclusión, como muestra la anterior práctica decisoria de la Comisión⁴¹. En último lugar, debe referirse que existen situaciones en que estos indicios deben ser considerados con especial precaución, como sucede en el caso de que se sujete a análisis el mercado primario y secundario⁴² o en el de que se investigue un caso en donde existan cadenas de sustitución⁴³.

III. EL PODER DE MERCADO Y POSICIÓN DOMINANTE

Como acabamos de ver, para evaluar el poder de mercado de una empresa es necesario que previamente se haya determinado el mercado relevante en el que será efectuada tal

39 Apartados 35-43 de las Directrices.

40 Apartados 44-50 de las Directrices.

41 Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1994, (IV/34.252 - *Philips-Osram*), pp. 37-44, apartados 7 y 8; Decisión de 11 de noviembre de 1994 (IV/34.410 - *Olivetti-Digital*), pp. 24 - 31, apartado 10; Decisión de 26 de febrero de 1992 (IV33.544, *British Midland v Aer Lingus*), pp. 34-45, apartado 14.

42 Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia, apartado 56, donde se da como ejemplo de este mercado aquellos productos principales (primarios) que necesitan piezas de recambio (producto secundario).

43 *Ibid.*, apartado 57.

evaluación, por ello, la determinación del mercado relevante tiene carácter instrumental. Partiendo de este presupuesto, cabe referir que el poder de mercado ha sido definido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) como aquella situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y finalmente, los consumidores⁴⁴.

El principal instrumento que ofrece orientación para poder calcular el poder de mercado que detenta una empresa es la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades para la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, en que se establece que deben tenerse en cuenta principalmente tres factores: la cuota de mercado, las barreras de entrada y el poder de negociación de la demanda⁴⁵.

1. Cuotas de mercado

La primera indicación para determinar el poder de mercado de una empresa es el cálculo de su cuota de mercado. Una vez haya sido determinado el mercado de referencia mediante la identificación del producto y los diversos operadores en el lado de la oferta y de la demanda, puede calcularse el valor total de un mercado por su volumen de ventas. Así, la cuota de mercado de una determinada empresa será el porcentaje que le corresponde de las ventas totales.

Las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil sobre la estructura del mercado y la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado⁴⁶. En efecto, se considera que cuando una empresa tiene una elevada cuota de mercado durante un periodo significativo de tiempo existe un fuerte indicio de que disponga de poder de mercado⁴⁷. Por el contrario, se considera que cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de falta de poder de mercado. En todo caso, la valoración de la cuota de mercado no es una mera operación aritmética y deberán tenerse en cuenta otras condiciones

44 Vid. asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartado 65 "la posición de fortaleza económica de que disfrute una empresa y que le permita impedir la existencia y mantenimiento de competencia efectiva dentro del mercado relevante otorgándole el poder de actuar de una forma apreciable independientemente en relación a sus competidores, sus clientes y en última instancia de sus consumidores"; y el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co./Comisión*, Rec. 1979, p. 461, apartado 39 "una posición tal no elimina cierta competencia, lo que sí ocurre cuando existe un monopolio o cuasi-monopolio, pero permite a la empresa que se beneficia de él, si no determinar, por lo menos tener una influencia apreciable en las condiciones en que se desarrolla la competencia y en cualquier caso, actuar ampliamente sin tenerla en cuenta, hasta que tal conducta no actúe en su perjuicio".

45 Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

46 Las cuotas de mercado no arrojan ninguna información sobre la competencia potencial o sobre el poder de negociación de la demanda, no obstante, se considera el más simple y efectivo método para iniciar el análisis del poder de mercado, Vid. WISH, R., *Competition Law*, 6.ª Ed., Oxford University Press, 2008, p. 40.

47 Vid. el asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apartado 107. En el mismo sentido, el Tribunal de Primera instancia en la sentencia de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, apartado 76, reiteró que las cuotas de mercado elevadas constituyen, por sí mismas y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante.

del mercado de referencia, concretamente, su dinámica y el grado de diferenciación de los productos o la propia estructura del mercado⁴⁸. Especial atención merecerán los mercados volátiles o aquellos mercados de licitación en los que debe tenerse en especial cuenta la tendencia o la evolución con el tiempo de las cuotas de mercado⁴⁹.

Grosso modo, podemos establecer de forma orientativa los siguientes porcentajes de cuota de mercado como indicadores de posiciones de dominio o sin relevancia para el efecto:

- a) Por debajo de una cuota de mercado del 5% y verificándose la existencia de otras condiciones, ni siquiera se considera que un acuerdo pueda tener efecto en el comercio entre los Estados miembros⁵⁰.
- b) Acuerdos entre competidores actuales o potenciales por debajo de una cuota de mercado de 10% o entre no competidores por debajo de 15% no restringen de forma apreciable la competencia⁵¹.
- c) Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40 %⁵².
- d) Se considera que una cuota de mercado de 50% o superior, excepto en determinadas circunstancias, evidencia la existencia de una posición de dominio⁵³.
- e) Una cuota de mercado superior al 75% es aceptada como una presunción de dominancia, sin necesidad de otro tipo de investigaciones⁵⁴.

2. Barreras de entrada

La competencia es un proceso dinámico, por lo que la evaluación de las presiones competitivas que experimenta una empresa no puede basarse únicamente en la estructura del mercado existente. Así las cosas, la competencia potencial también puede ejercer un impacto relevante en el comportamiento del agente económico analizado, cuya moderación en los precios será proporcional al grado de amenaza que advierta sobre la posible entrada de otros competidores en su mercado. La idea central consiste en que cuanto mayor sea la

48 El análisis del impacto de una determinada cuota de mercado debe conjugarse con la valoración de la estructura de mercado, pues pueden existir diferencias muy abultadas entre las cuotas de mercado de diversos competidores, o incluso existir situaciones de dominancia colectiva, *Vid.* EBERHARD, A., "European Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance under Article 82 EC", *Han. L. Rev.* Vol. 2, 2006, p. 225.

49 Sobre la actuación ante mercados de licitación *Vid.* SZILÁGI PÁL, "Bidding Markets and Competition Law in the European Union and the United Kingdom", *E.C.L. Rev.*, Vol. 29, 2008, p. 16.

50 Comunicación de la Comisión – Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, apartado 52.

51 Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, apartado 7.

52 Apartado 14 de la Comunicación sobre las prioridades para la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

53 Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60.

54 Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, Rec. p. 461, apartados 41, 53-56, 59-60 y 67.

facilidad de entrada en un mercado, debido a la ausencia de barreras, mayor será la posibilidad de que una empresa con una cuota de mercado elevada no disponga de significativo poder de mercado. Por el contrario, si existen barreras de entrada, será más fácil que la empresa que ya está operando en el mercado pueda elevar los precios sin que su poder de mercado sea contrarrestado por la competencia potencial.

Existen diferentes definiciones sobre lo que se consideran barreras de entrada y en consecuencia, en la realidad, pueden encontrarse bajo diversas formas⁵⁵. En la Comunicación de Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, se establecen diversas barreras a la entrada o a la expansión de las empresas. Se considera que los obstáculos legales pueden constituir barreras de entrada en la medida en que, por ejemplo, sea determinado legalmente el número de agentes económicos participantes en el mercado o las condiciones para tal actuación⁵⁶.

Las economías de escala y alcance también condicionan significativamente la entrada de nuevos competidores en un mercado, pues éstos, difícilmente podrán igualar los bajos costes o los niveles de producción existentes. El ejemplo más significativo sería el caso de la existencia de un monopolio natural⁵⁷.

El acceso privilegiado a insumos, recursos naturales, Derechos de propiedad intelectual o capital implica también una barrera para quienes no gozan de ese acceso privilegiado y deben incurrir en costes adicionales para poder disponer de ellos. La existencia de una red de venta o distribución bien asentada dificultará enormemente la entrada y el progreso de nuevos competidores que apenas podrán contar con algunos puntos de venta. Los efectos de red también son considerados como eficaces barreras de entrada, pues para que los nuevos participantes puedan ganar mercado, los consumidores deben realizar complejas gestiones o incurrir en gastos significativos⁵⁸. La integración vertical de la empresa que ya opera en el

55 Vid. STIGLER, G. J., *The organization of industry*, Irwin: Homewood, Ill., 1968, p. 67, al afirmar que "*una barrera de entrada es el coste para producir tenido en consideración por una empresa que quiera entrar en una industria pero que no es tenido en cuenta por las empresas que ya se encuentran activas en esa industria*" o WEIZSACHER, V., "A welfare analysis of barriers to entry", *Bell J. Econ.*, Vol. 1, 1980, pp. 399-420, al decir sobre las barreras de entrada que "*pueden ser definidas como siendo limitaciones de entrada socialmente indeseables, y que son atribuibles a la protección de los propietarios de los recursos que ya se encuentran dentro de la industria*"; entre nosotros consultar PETIBÒ, A., "Barreras de entrada y competencia", *Anuario. Comp.*, 2003, p. 188, al definir las barreras de entrada como "*obstáculos que dificultan la entrada de nuevos operadores en la industria o en los mercados de bienes y servicios*".

56 Vid. HERGUERA, I., PETIBÒ, A., "La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia", *Anuario. Comp.*, 2000, pp. 75-76. Estos autores consideran que en algunos casos estas son las barreras más importantes y concretamente refieren que "*las barreras jurídicas a la entrada suponen un problema de entrada claro, especialmente cuando son determinadas por poderes públicos que pueden hacer del proceso de concesión de una licencia o permiso a operar una actividad determinada*".

57 Los monopolios naturales surgen en mercados en los que se requieren inversiones iniciales sustancialmente abultadas y cuyos gastos de manutención son tan elevados, que su explotación apenas se puede hacer de forma eficiente si abarca todo el mercado. Ejemplos de estos sectores son la distribución de agua o el sistema de alcantarillado.

58 Los efectos de red surgen cuando el valor de un producto aumenta cuanto mayor sea el número de consumidores de ese producto. Un típico ejemplo es el del software que usamos en nuestros ordenadores. Microsoft goza de un gran número de usuarios lo que dificulta que otros sistemas operativos, como por ejemplo Linux, se expandan, debido a las incompatibilidades de sus aplicaciones.

mercado también le atribuye ventajas en relación a potenciales competidores que no pueden acceder a las condiciones y soporte ofrecido por la misma. El mero hecho de que una empresa lleve mucho tiempo en el mercado y a través de sus logros haya creado una marca fuerte también supondrá una dificultad añadida para las empresas que pretendan penetrar en ese mercado.

Otros elementos pueden traducirse en barreras de entrada como los gustos de los consumidores, la existencia de subvenciones públicas, la estrategia de una empresa de invertir grandes recursos en publicidad, que de un modo u otro implicarán una desventaja competitiva para quien pretenda entrar en el mercado de referencia. En resumen, conforme ha sido afirmado, las barreras de entrada más relevantes son la limitación de la oferta de bienes, servicios o tecnología, las barreras legales, las economías de escala, de gama o derivadas de la integración vertical, los costes hundidos, el exceso de capacidad y la diferenciación de productos⁵⁹.

3. Poder de negociación de la demanda.

Las presiones competitivas pueden proceder no sólo de los competidores reales o potenciales sino también de los clientes que cuentan con suficiente capacidad de negociación⁶⁰. Este poder de negociación puede ser resultado del tamaño de los clientes o de su importancia comercial para la empresa dominante y de su capacidad para cambiar rápidamente a sus proveedores por los proveedores de la competencia, promover nuevas entradas en el mercado o integrarse verticalmente o amenazar con hacerlo de forma verosímil⁶¹. Si el poder de negociación es de una magnitud relevante, puede disuadir o impedir cualquier intento de una empresa de incrementar los precios de forma rentable⁶². Sin embargo, el poder de negociación no puede considerarse una presión suficientemente eficaz si sólo se limita a proteger a un segmento de clientes concreto frente al poder de mercado de la empresa dominante, como fue decidido por el Tribunal de Primera Instancia (Actual Tribunal General) en el caso *Irish Sugar*⁶³.

59 Vid. PETIBÒ, A., "Barreras de entrada y competencia", p. 189.

60 Vid. ROUSSEVA, E., "Modernizing by erradicating: How the Commission's new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints", C.M.L. Rev., 2005, p. 613, afirma que "*Hace mucho tiempo que los economistas reconocieron el efecto disuasorio del poder de mercado de los compradores sobre la posibilidad de que un vendedor pretenda cobrar precios más elevados*"; VAN BAELE ET BELLIS, *Competition Law of The European Community*, 4th Ed., Kluwer Law International, 2005, pp. 146 y ss.

61 Apartado 18 de la Comunicación sobre las prioridades para la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

62 Vid. MOTTA, M., *Competition Policy; Theory and Practice*, p. 122, afirma que "*Un comprador fuerte puede hacer uso de su poder de negociación para estimular la competencia entre diferentes vendedores ya sea ante la amenaza de cancelar pedidos a un vendedor y dirigirlos hacia otro, ya sea mediante el riesgo de que él mismo emprenda la producción de los bienes que consume*".

63 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999 en el Asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 98 al decidir que "*a pesar de la existencia de dos grandes clientes, la demanda está compuesta por una serie de compradores con fuerzas muy dispares y a los que no se puede englobar con objeto de llegar a la conclusión de que pueden presionar a un proveedor que controla más del 90 % del mercado*".