

COMENTARIOS A LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO

Cristina ALCAIDE GUINDO

Subdirectora General sobre Conductas
Restrictivas de la Competencia.
Servicio de Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

Al diseñar el programa de defensa de la competencia, al utilizar las herramientas que permite la ley y al actuar para la promoción de la competencia en los mercados, los órganos responsables de la competencia sencillamente deben tratar de evitar o de poner remedio a dos situaciones:

- La utilización por los operadores de su poder de mercado para alejarse de la situación que se lograría en un modelo de competencia perfecta.
- Que los operadores que independientemente no gozan de poder de mercado puedan llegar a una situación de identidad de intereses que facilite que la concertación entre ellos sustituya a la rivalidad.

El elemento clave en el análisis de competencia es la utilización del poder de mercado, individual o conjuntamente. Es preciso evaluar si la iniciativa empresarial que se somete a control favorece o restringe la competencia, si promueve una asignación eficiente de los recursos y si permite que los consumidores o usuarios pueden beneficiarse, al menos en parte, de las ventajas de eficiencia que eventualmente puedan derivarse de la iniciativa analizada.

Cuando la autoridad de competencia somete a control una iniciativa empresarial para determinar si con ella el o los participantes se están protegiendo de la rivalidad y/o se están alejando de las condiciones de competencia perfecta, es imprescindible que trate de colocarse en el lugar de las empresas con el fin de imaginar la estrategia que les induce a actuar como lo hacen.

La literatura económica ha puesto claramente de manifiesto que existe una gran variedad de definiciones de lo que constituye un mercado y una pluralidad de criterios empíricos más o menos válidos para identificar los contornos que en el mundo real permiten delimitar los mercados atendiendo a tales definiciones.

Unos autores ponen el acento en el mercado como lugar donde se establece un precio¹, mientras otros autores se refieren más específicamente al mercado desde la perspectiva de lo que las empresas consideran que constituye su competencia².

Aunque la diferencia es de matiz, sin embargo puede dar lugar a resultados distintos entre la delimitación del mercado desde la perspectiva de la economía industrial y la delimitación del mercado desde la perspectiva de la política de competencia (*antitrust*). La diferencia estriba en que no necesariamente coinciden el conjunto de empresas que determinan el precio que se practica en el mercado y el conjunto de empresas que están en condiciones de ejercer conjuntamente una influencia significativa en el precio³.

Ni siquiera en todos los casos *antitrust* el mercado relevante para una empresa se puede delimitar de la misma forma. Dependiendo de que se trate de un caso de control de concentraciones o de un abuso de posición de dominio, puede ser necesario delimitar el mercado de forma diferente⁴, no solamente porque en el primer caso es preciso hacer un estudio prospectivo y en el segundo es imprescindible también hacer un análisis retrospectivo, sino incluso porque en el control de concentraciones conviene analizar una pluralidad de mercados, para desechar un análisis profundo de aquéllos en los que la concentración no plantea problemas de competencia, mientras que en los casos de abuso, al margen de la discusión que pueda haber respecto a la delimitación del mercado relevante, los mercados a examinar pueden ser de uno a tres, dependiendo que los efectos de la conducta bajo control se hagan sentir en el mercado propio de la empresa considerada dominante, en el de sus proveedores o clientes y/o en algún mercado cercano al cual la empresa dominante trate de extender su posición de dominio.

Nadie mejor que cada empresa conoce el conjunto de fuerzas rivales que le impiden actuar de forma independiente en el mercado. Según el análisis ya clásico de Michael Porter, las empresas definen su mercado de actividad atendiendo a cinco fuerzas que rivalizan con la suya:

¹ STIGLER y SHERWIN, «The extent of the market», *Journal of Law & Economics*, oct. 1985, p. 555.: «the market is the area within which price is determined...».

² MARSHALL, *Principles of Economics*, ed. 1920, book 5, p. 324.

³ SCHEFFMAN y SPILLER, «Geographic Market Definition Under the U.S Department of Justice Merger Guidelines», *Journal of Law & Economics*, n.º 30, 1987, p. 123.

⁴ LANDES y POSNER, «Market Power in Antitrust Cases», *Harvard Law Review*, n.º 94, mar. 1981, p. 937: La definición del mercado puede variar dependiendo de la infracción que se alegue, puesto que el precio de referencia entre los casos de monopolización y de concentración puede ser diferente.

— Sus competidores directos.

— Los operadores que pueden ofrecer productos o servicios que satisfacen necesidades similares a los que la empresa oferta.

— La competencia potencial.

— Los proveedores.

— Los clientes.

El análisis de todos o de algunos de estos elementos puede resultar imprescindible para evaluar una iniciativa empresarial desde la perspectiva de la competencia y tratar de impedir el ejercicio del poder de mercado, en el caso de que se detecte. Para ello, es imprescindible proceder a la delimitación del mercado.

Un mercado es un área espacial, temporal y de tecnología en el que se sitúa un conjunto de empresas para la cobertura de una serie de necesidades específicas de la demanda.

Para la delimitación de un mercado a efectos de la aplicación de las normas de competencia («mercado *antitrust*») se requiere:

— La identificación de los productos o servicios que satisfacen una demanda específica.

— La identificación del espacio geográfico al que afectan las transacciones.

— El período de tiempo durante el cual se consideran invariables los comportamientos de los que compiten desde el lado de la oferta y los que lo hacen desde el lado de la demanda.

La necesidad de considerar simultáneamente las tres dimensiones es lo que hace especialmente compleja la delimitación del mercado relevante.

II. LOS ELEMENTOS DEL MERCADO *ANTITRUST*

1. GENERALIDADES

Como ya he puesto de manifiesto, el problema de la delimitación del mercado relevante para su utilización en casos *antitrust* se complica por el hecho de que tiene matices diferentes respecto a la delimitación normalmente realizada en la economía industrial, lo que ha de añadirse al problema inicial de la falta de atención que los economistas han dispensado a la determinación de los mercados⁵.

En múltiples ocasiones, el primer debate que se entabla entre las autoridades de competencia y los participantes en la iniciativa se produce en

⁵ STIGLER, G., «The Economists and the problem of Monopoly», *American Economic Review*, n.º 72, 1982, p. 1.

torno a cuál es el/los mercado/s relevante/s para la operación analizada, en sus dos componentes: mercado de producto y mercado geográfico.

El interés de las participantes será identificar el mercado de forma que se produzca la menor concentración de poder de mercado. Si su negocio está en un segmento muy concreto y/o en una zona muy definida, tratarán de persuadir a las autoridades de que, a pesar de ello, el mercado de producto es más amplio y que el mercado geográfico incluye zonas en que su presencia no es importante. La motivación de este interés es obvia: si se hace una delimitación muy amplia del mercado, se incorporarán más «competidores» y los posibles efectos de distorsión de la competencia que puedan derivarse de dicha iniciativa se diluirán, permaneciendo los efectos de eficiencia que puedan ponerse de manifiesto. Por el contrario, si los participantes en la iniciativa bajo control no son competidores directos en productos automáticamente sustituibles entre sí, tratarán de argumentar que los producidos por cada uno de ellos no forman parte del mismo mercado desde la perspectiva de los consumidores, con el fin de que se concluya la inexistencia de identidad de intereses o de poder de mercado si actúan coordinadamente.

Por su parte, las autoridades de competencia suelen plantearse el análisis desde la perspectiva inicial de que no puede permitirse una estructura del mercado o una conducta que favorezcan una disminución de la oferta y un incremento del precio, sea por la capacidad unilateral de una empresa, sea por la probabilidad de una actuación concertada explícita o tácita de varias empresas. Varias empresas no podrán conseguir reducir la oferta e incrementar el precio si una única empresa en el mercado no pudiera conseguirlo. Por ello, el camino más seguro es definir el mercado como el producto o grupo de productos y el área geográfica en que las empresas participantes y todos los vendedores reales o potenciales se fusionaran y pudieran lograr incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa⁶.

Por ello, las autoridades de competencia no deben atender, en mi opinión, a las críticas habituales de las empresas contra una delimitación estrecha del mercado relevante, puesto que es el método idóneo para asegurarse de que se detectan todas las posibilidades de crear poder de mercado, aunque posteriormente, a lo largo del procedimiento, pueda reconsiderarse la apreciación inicial derivada de las cuotas de mercado ostentadas en los mercados estrechamente definidos por la vía de la sustituibilidad de la demanda mediante criterios relativos a las condiciones de oferta.

Es curioso observar que, mientras la delimitación del mercado relevante en los casos de imputación de abuso de posición de dominio es objeto habitual de impugnación ante los órganos jurisdiccionales que controlan la legalidad de las resoluciones administrativas dictadas por las autoridades de competencia, las decisiones de control de concentración han sido, tradicio-

⁶ GREGORY WERDEN, «Market delineation and the Justice Departments Merger Guidelines», *Duke Law Journal* 1983. Reeditado en *The Journal Reprints for Antitrust Law and Economics. The DOJ Merger Guidelines (part I)*, 1991.

nalmente, escasamente recurridas, no porque las partes estuvieran de acuerdo con la decisión, sino fundamentalmente porque los costes asimilados a la litigación son superiores con frecuencia a los beneficios que pudieran obtenerse de su revocación. Por esta razón, en los casos de control de concentraciones, las autoridades responsables del dictamen de las operaciones han estado ejerciendo funciones cuasi reguladoras puesto que sus decisiones no han sido habitualmente objeto de control jurisdiccional⁷.

Por otra parte, incluso cuando los casos de concentración han sido objeto de apelación, es bastante habitual que la tesis de la autoridad de competencia haya prevalecido sobre la de las empresas participantes en la concentración. En el caso *Von's Grocery*, el juez Potter Stewart lo expresó claramente en su opinión disidente: «*La única consistencia que yo puedo encontrar es que en la litigación relativa a la Sección 7, el Gobierno siempre gana*»⁸. Ello no quiere decir que no existan casos famosos en que la autoridad de competencia ha perdido ante el Tribunal de apelación en cuestiones de delimitación del mercado relevante. *General Dynamics* supuso un cambio radical en la jurisprudencia americana en este sentido⁹. A partir de este caso, los economistas se han esforzado en combatir los postulados de las autoridades de competencia que perjudican a sus clientes y las autoridades han tenido que esmerarse y tratar de delimitar los mercados con criterios económicos sólidos.

La batalla legal por la delimitación del mercado relevante ha arreciado en los últimos tiempos ante todas las autoridades de competencia importantes y sus órganos de apelación. Es especialmente destacable la discusión que se ha llevado a cabo en los últimos casos de concentraciones económicas relacionadas con las aguas minerales y los refrescos sin alcohol. A esta discusión me referiré brevemente al final de este artículo y daré las referencias que he podido encontrar para un estudio comparativo de los criterios utilizados y las conclusiones alcanzadas en varios casos que han sido objeto de análisis por diferentes autoridades de competencia, por las enseñanzas que se derivan de su comparación y las enormes consecuencias que pueden tener tales enseñanzas para que en el futuro los economistas nos ocupemos más de esta materia.

Como primera conclusión puede afirmarse, por tanto, que una buena delimitación del mercado relevante es el punto más importante y más difícil que tienen que abordar las autoridades de control de concentraciones ante una operación concreta y que, en los casos de abuso de posición

⁷ COATE, Malcolm B., «Economics, the Guidelines and the Evolution of Merger Policy», *The Antitrust Bulletin*, n.º 37, 1992. Reeditado en *The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics. The DOJ Merger Guidelines (parte II)*, 1992, p. 931.

⁸ U.S. véase *VON'S GROCERY CO. et al.*, 384 U.S. 270, 301 (1966), citado en SCHERER & ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3.ª edición, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, p. 177.

⁹ U.S. véase *GENERAL DYNAMICS CORP. et al.*, 414 U.S. 486 (1974) y su comentario en SCHERER & ROSS, *op. cit.* en nota 8.

de dominio, las decisiones en este sentido tienen que estar muy sólidamente fundamentadas.

En esta fase del análisis *antitrust*, la perspectiva de la autoridad de control debe ser clara: lo que interesa es analizar el producto y la zona geográfica desde el punto de vista del consumidor o usuario: sus preferencias y sus hábitos son los que determinan qué productos y qué zonas están en competencia, porque son los que mandan sobre cuál sería su comportamiento ante un pequeño incremento de precio que no tuviera carácter esporádico: ¿le haría sustituir el producto por otro similar?, ¿le haría desplazarse a otro lugar para adquirirlo al precio antiguo?

El mercado más pequeño, desde el punto de vista del producto y geográfico, para el que si la *iniciativa que se analiza* hace aumentar el poder de mercado de alguna de las empresas, o bien le permite incrementar los precios y reducir la cantidad con aumento del beneficio, o bien hace posible una concertación expresa o tácita entre los operadores que conduce al mismo resultado de incremento de precio y reducción de la cantidad, es el mercado que debe estudiarse para permitir la evaluación de esa iniciativa, puesto que en un primer momento hay que tratar de detectar todos los mercados en los que la operación ha tenido o va a tener influencia previsiblemente.

Es preciso tener muy claro, a pesar de las equivocadas orientaciones que la jurisprudencia de todos los países da algunas veces, que la definición del mercado geográfico está íntimamente relacionada con el concepto de sustituibilidad, de modo que no es válida una aproximación consistente en tomar en consideración como mercado geográfico el territorio en que operan las partes de la operación, o aquél en que pueden moverse sus clientes o usuarios.

Para la delimitación del mercado relevante, algunas agencias utilizan protocolos que han sido diseñados para el control de concentraciones. Otras tienen una mayor libertad de actuación, que les permite la utilización de herramientas distintas dependiendo de las características de la iniciativa que se analiza y del mercado o mercados afectados. La desventaja de esta mayor capacidad discrecional se deriva de la menor garantía jurídica que se ofrece a las empresas afectadas y la dificultad de prever el razonamiento de las autoridades de competencia por parte de los asesores legales que supervisan la estrategia de las empresas.

Las Agencias *Antitrust* de Estados Unidos utilizan en sus *Guidelines conjuntas de concentraciones horizontales* de 2 de abril de 1992 el llamado *test del 5%*, que se explica en el punto 1.11 de las mismas ¹⁰.

¹⁰ Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, abril 2, 1992: «A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is not bigger than necessary to satisfy this test».

Constituyen un mercado el producto o productos y la zona geográfica en la que se producen o venden que, siendo los más pequeños de los posibles, harían que un monopolista hipotético, con afán de lucro y no sometido a regulación («el hipotético monopolista»), estuviera interesado en elevar el precio, de forma no esporádica, en un porcentaje pequeño pero significativo, si permanecieran constantes los demás precios relativos.

Este sistema de delimitación del mercado relevante nada tiene que ver con que las empresas involucradas tengan que defenderse de un hipotético cargo de monopolización con incremento de precio, ni tampoco el porcentaje de incremento de precio que se establezca para esta delimitación del mercado (por ejemplo, el test de un incremento no esporádico del precio del 5% aplicado habitualmente para estos fines por las Agencias *Antitrust* de los Estados Unidos) supone regla alguna «*de minimis*».

Se trata simplemente de una herramienta de trabajo que permite desechar delimitaciones de mercado con poco sentido económico, porque no se den condiciones de competencia similares, porque no se incluyan productos suficientemente sustitutivos, o porque se delimite el mercado más ampliamente de lo necesario.

Para una descripción de las distintas alternativas que plantea la literatura económica para la definición del mercado, es de consulta obligada el trabajo publicado por David L. Kaserman y Hans Zeisel en el *Antitrust Bulletin*¹¹. En el siguiente apartado me basaré en el contenido de dicho artículo, con las modificaciones que considero necesarias. De todos modos, aconsejo su atenta lectura a los interesados en los criterios económicos para la definición del mercado pertinente a efectos de aplicación de las reglas *antitrust* porque considero que se trata de una excelente visión general de la cuestión.

2. EL MERCADO DE PRODUCTO

Scheffman y Spiller definen el mercado relevante en materia *antitrust* como «el grupo relevante de productores más pequeño que potencialmente disfrute de poder de mercado». Este tipo de definición es compatible con la dada por Boyer, que considera el mercado relevante como «el grupo colusivo ideal»¹².

Los criterios empíricos propuestos por la literatura económica para la delimitación del mercado de producto adolecen de que han sido diseñados para una delimitación de economía industrial, no de economía *antitrust*.

¹¹ KASERMAN y ZEISEL, «Market definition: implementing the DOJ Merger Guidelines», *The Antitrust Bulletin*, n.º 3, 1996, p. 665.

¹² Referencias tomadas de KASERMAN & ZEISEL, *op. cit.* nota 11. A juicio de ellos, solamente la aproximación de la demanda residual se encamina a la delimitación de los mercados *antitrust*.

Los criterios tradicionales son dos: el de las elasticidades cruzadas del precio (de demanda o de oferta) y el de las correlaciones de precios, a los que se han añadido otros tres más o menos recientemente, a saber, el de ajuste parcial de Horowitz, el de causalidad de Slade y el de demanda residual de Scheffman y Spiller¹³.

A) *Elasticidades cruzadas de precio*

El concepto *antitrust* de mercado —el conjunto de empresas que pueden influir en el precio— exige que se incluyan en su definición todos los productos que se consideren sustitutos cercanos.

Si se parte de la hipótesis de que un conjunto de empresas tiene la capacidad de influir en el precio, resulta imprescindible que en ese conjunto se encuentren todos los productores de los bienes próximos, pues en caso contrario, las decisiones del conjunto seleccionado se verán contradichas por las decisiones de compra o de producción sobre los productos cercanos que hayan quedado excluidos.

El grado de sustituibilidad de la demanda (de la oferta) se mide habitualmente mediante la elasticidad-precio cruzada de demanda (de oferta), que cuantifica en qué medida el crecimiento del precio de un producto determina un desplazamiento de la demanda (de la oferta) del mismo hacia la demanda (la oferta) del otro producto. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor o usuario, mayor será el desplazamiento de la demanda hacia el segundo como consecuencia de un pequeño aumento no esporádico del precio del primero sin que varíe lo demás. La elasticidad cruzada será positiva para los productos sustitutivos y tanto mayor cuanto mayor sea su sustituibilidad; será negativa para los productos complementarios y cercana a cero cuando sus demandas por el consumidor sean independientes, porque la variación del precio de uno de ellos solamente afectará a la demanda del otro por el efecto renta, pero no por el efecto sustitución.

Otro tanto ocurre con la sustituibilidad desde la perspectiva de los oferentes: cuanto mayor sea la elasticidad cruzada de oferta, más intercambiables son los productos desde la perspectiva de sus fabricantes.

Este método de evaluación de la sustituibilidad para la delimitación del mercado de producto plantea dos tipos de problemas:

— Requiere la especificación y estimación de un modelo de demanda (de oferta) y exige, para ello, una gran cantidad de información estadística fiable que no suele estar a disposición de las autoridades de competencia.

— Parte de la situación de precios vigente en el mercado, sin tener en cuenta que en el mismo se puede estar ejerciendo poder de mercado y aplicando precios monopolísticos que incrementan los valores de las

¹³ Referencias tomadas de KASERMAN y ZEISEL, *op. cit.* en nota 11, p. 669.

elasticidades cruzadas, hacen ampliar el mercado relevante y disminuyen la impresión de que la iniciativa bajo control puede tener efectos de distorsión de las condiciones de competencia.

Las consecuencias prácticas de la utilización de este método pueden ser muy graves, especialmente en los casos de análisis de abuso de posición de dominio. No obstante, esta objeción es especialmente digna de ser tenida en cuenta en los casos de control de una concentración entre dos o más empresas que hayan disfrutado de sendos monopolios territoriales y se encuentren en el proceso de desmantelamiento de los mismos; en tales casos, que se encuentran a la orden del día, el error de evaluación puede resultar gravísimo.

B) Correlación de precios

Algunos economistas propugnan el sistema de análisis a lo largo del tiempo de la correlación de los precios (o de la evolución de los precios) de los dos productos que se comparan, bajo la hipótesis de que, si los precios de dos productos que pueden ser sustitutivos evolucionan con una gran correlación en términos absolutos o relativos, se puede inferir que los dos productos forman parte del mismo mercado.

Sin embargo, múltiples autores (Slade, Stigler y Sherwin) han puesto de manifiesto que se pueden sacar conclusiones erróneas si la correlación detectada pudiera proceder de factores causales compartidos, que afecten igualmente a la evolución de los precios de ambos productos y cuyo efecto no haya sido previamente corregido. Pero la corrección de tales factores normalmente exige que se especifique un modelo estructural, lo que hemos argumentado que constituye la mayor pega encontrada a la utilización de las elasticidades cruzadas.

C) Ajuste parcial de Horowitz

Horowitz¹⁴ propone un análisis basado en la regresión, que intenta reflejar la posibilidad de que los ajustes de precio hacia el equilibrio en productos que forman parte del mismo mercado no se produzcan de forma instantánea. Aunque su razonamiento se refiere a la posibilidad de analizar si dos zonas forman o no un único mercado geográfico, es igualmente válido para construir un mercado *antitrust* de producto. Si dos productos forman parte del mismo mercado, con el tiempo el precio aplicado a uno de ellos no puede desmarcarse del que se aplica al otro. El modelo propuesto parte de la base de que existe una diferencia de precios de equilibrio entre los dos productos, que no es observable y al que se van aproximando con un lag. Utiliza un modelo de ajuste parcial para estimar tanto la diferencia de precios de equilibrio a largo plazo como la velocidad de ajuste a dicha diferencia.

¹⁴ HOROWITZ, «Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-Based Approach», *S. Economic Journal*, julio, 1981, p. 1.

También este planteamiento tiene sus puntos débiles: el modelo propuesto no tiene validez general respecto a la aproximación o a la desviación del punto de equilibrio y puede conducir a resultados erróneos en cuanto las series de precios estén autocorrelacionadas, o tienen movimientos estacionales similares o una tendencia común. Además, esta propuesta no ofrece ningún criterio claro para delimitar cuándo dos productos forman parte del mismo mercado y cuándo no.

D) *Análisis de causalidad de Slade*

Slade¹⁵ propone el uso del concepto de causalidad desarrollado por Granger para probar la hipótesis de que los movimientos de precios en un producto tienen efectos que pueden ser distinguidos en los movimientos de precios en otro producto.

El concepto de que la variable Y es causada por la variable X implica que, si se incluyen todas las demás variables relevantes, incluyendo la variable X como explicativa de Y se obtienen mejores resultados para la predicción de Y que excluyéndola.

Si X e Y son los precios de dos productos que pueden formar parte del mismo mercado, y se encontrara relación de causalidad entre ellos, ello podría ser prueba de que forman parte del mismo mercado. Para llevar a cabo el test de causalidad se estiman dos regresiones de Y, una incluyendo los valores de X con un lag y la otra excluyéndolos.

A esta propuesta se le han hecho las mismas objeciones que a la de la correlación de precios, con el agravante de que el resultado será enormemente sensible a las especificaciones elegidas, de modo que los resultados pueden ser completamente erróneos si, por falta de información suficiente, se excluye del análisis alguna variable relevante o si, en la estructura de error del modelo estimado, la covarianza intertemporal es diferente de cero.

E) *Test de la demanda residual de Sheffman y Spiller*

La primera aplicación directa de los criterios de delimitación del mercado relevante previstos en las antiguas «Merger Guidelines» del Departamento de Justicia de los Estados Unidos¹⁶ se ha llevado a cabo por Sheffman y Spiller¹⁷. El criterio de las Merger Guidelines es teóricamente equivalente al cartel hipotético más pequeño que sea lo suficientemente amplio como para que la curva de demanda residual a la que se enfrenta el cartel tenga una elasticidad que haga beneficioso un incremento de precio.

¹⁵ SLADE, «Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products», *Journal of Industrial Economics*, marzo, 1986, p. 291.

¹⁶ U.S Department of Justice Merger Guidelines, 4 de junio de 1984.

¹⁷ SHEFFMAN y SPILLER, *op. cit.* nota 3.

Bajo las guidelines americanas, se comienza por identificar todos los productos afectados por la iniciativa porque son, o van a ser, fabricados o vendidos por las empresas que participan en ella y hacer el test del incremento del precio por el hipotético monopolista. Si, a raíz de un incremento de precio, pudiera preverse un desplazamiento de la demanda hacia otro u otros productos que hiciera fracasar el intento del teórico monopolista de incrementar sus beneficios, se concluiría que ese otro o esos otros productos también formarían parte del mismo mercado, y así se continuará hasta que la elasticidad de la demanda residual caiga a un nivel suficientemente bajo. Para evaluar la elasticidad de demanda probable que corresponde a diferentes alternativas de mercado relevante, las Guidelines prescriben una evaluación de la sustituibilidad tanto de la demanda como de la oferta. Cuando éstas sean suficientemente bajas, la elasticidad de demanda para el grupo de productos elegido será igualmente baja.

También esta forma de abordar la delimitación del mercado tiene sus problemas, el más importante de los cuales es precisamente que se parte de la existencia de un grupo de productores que constituyen la oferta del mercado de producto, lo cual no es siempre cierto. También es preciso tratar cuidadosamente las diferencias derivadas de las distintas localizaciones geográficas de los productores, que normalmente traerán consigo diferencias de precios en los factores de producción y factores exógenos distintos.

Naturalmente, es necesario poner unos umbrales cuantitativos, geográficos y de tiempo a la sustituibilidad, puesto que es preciso distinguir qué productos se consideran suficientemente sustitutivos y cuáles no los son. Las Agencias norteamericanas utilizan: *a)* un incremento del precio del 5%, *b)* para el futuro previsible, y *c)* en la zona definida como mercado geográfico, permaneciendo estables las condiciones de venta en cualquier otro lugar y de cualesquiera otros productos.

F) Análisis de la elasticidad de demanda mediante encuestas

En su artículo citado, Kaserman y Zeisel¹⁸ proponen un sistema más sencillo, válido en el mundo real cuando no es imprescindible delimitar estrictamente el mercado relevante, sino que basta con probar que un mercado de producto (o geográfico) más estrecho que el propuesto para el análisis *antitrust* cumple la condición (no necesaria, pero sí suficiente) de que la elasticidad-precio de la demanda sea en términos absolutos inferior a la unidad. En ese caso, cualquiera que sea el mercado relevante que resultara de la aplicación del criterio del hipotético monopolista, es indudable que al monopolista le convendría incrementar el precio porque obtendría mayores ingresos, quedando todo lo demás igual.

¹⁸ KASERMAN y ZEISEL, *op. cit.* nota 11, pp. 678 y ss.

Para la estimación de la elasticidad-precio de la demanda proponen la utilización de encuestas de consumidores especialmente diseñadas para cada caso.

3. DELIMITACIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO

Tradicionalmente, la jurisprudencia sobre el mercado geográfico pertinente ha sido contradictoria, con grave perjuicio para las empresas.

En este contexto es interesante la propuesta de Elzinga y Hogarty¹⁹ que en sus artículos de 1973 y 1978 presentan la utilización de dos criterios y unos límites para medir el grado de integración de una zona geográfica en el mercado de un determinado producto y extraer conclusiones para la delimitación del mercado geográfico pertinente: LIFO («*little in from outside*») y LOFI («*little out from inside*»).

— LIFO: es la parte del consumo local que se satisface mediante oferta local.

— LOFI: es la parte de la producción local que se dedica a consumo local.

El nivel crítico propuesto por los autores en su primer artículo citado era del 75% para los dos coeficientes, de manera que un mercado se definiría por la zona geográfica más pequeña que lograra que tanto el LIFO como el LOFI alcanzaran un valor del 0,75. Sin embargo, en su último artículo aumentaron el ratio propuesto hasta una media de los dos del 90% puesto que consideraron que el mundo real se representa mejor con delimitaciones geográficas en las que se producen coincidencias entre dos mercados, que es lo que ocurre utilizando un criterio elevado del 90% y no con situaciones de «tierra de nadie» como ocurre a veces si se utilizan umbrales del orden del 75%. Además, en el primer artículo, en el que se referían solamente a la delimitación del mercado geográfico en casos de control de concentraciones, proponían que el inicio se hiciera partiendo de la localización de la empresa adquirente o de la de la adquirida.

Como Stigler y Sherwin ponen de manifiesto²⁰, la existencia o no de tráfico comercial significativo entre dos áreas no es condición necesaria ni suficiente para que se concluya si dichas áreas forman o no parte del mismo mercado. En el caso de que se trate de dos mercados geográficos separados en los que se practica la discriminación de precios (*dumping*) como consecuencia de que los productores aprovechen la diferencia de

¹⁹ ELZINGA y HOGARTY, «The problem of geographic market delineation in antimerger suits», *The Antitrust Bulletin*, n.º 1, 1973, p. 45 y «The problem of geographic market delineation revisited: the case of coal», n.º 1, 1978, p. 1.

²⁰ STIGLER y SHERWIN, *op. cit.* en nota 1.

elasticidades de demanda en los dos mercados, se puede demostrar la existencia de flujos importantes de comercio y que la diferencia de precios entre las dos áreas exceda con mucho el importe de los costes de transporte. De la misma forma cabe la posibilidad de que, perteneciendo dos áreas al mismo mercado geográfico, la simple amenaza de flujos de operaciones puede bastar para que los productores instalados en cada una de ellas tomen en consideración la competencia de los de la otra, sin que se lleguen a realizar transacciones entre las dos.

La jurisprudencia americana clásica demuestra los vaivenes que han existido hasta la formulación de las *Guidelines* por el Departamento de Justicia en su versión de 1982.

Anteriormente, los mercados geográficos solían definirse por referencia a dos principios contradictorios. En *Brown Shoe*²¹ «el mercado geográfico seleccionado debe... corresponder a las realidades comerciales de la industria y a la vez ser económicamente significativo». Por el contrario, en *Tampa Electric*²² el mercado geográfico definido debe cumplir el siguiente test: «el área de competencia efectiva en el comercio conocido debe ser delineada mediante una selección cuidadosa del área de mercado en que opera el vendedor, y al que el comprador puede tornarse en la práctica para su suministro». Este test indujo a los tribunales a enfocar la delimitación del mercado geográfico hacia los hábitos de entrega y suministro de las partes en la concentración, lo cual es claramente inconsistente con los conceptos de sustituibilidad y elasticidad cruzada que se utilizan para la delimitación del mercado de producto. Como la delimitación se compone tanto de un elemento material como de uno territorial, los resultados tenían que carecer de significado económico, pudiendo elegirse mercados geográficos sin ninguna relación con el poder económico de los participantes.

La delimitación del mercado geográfico supone hacer una doble predicción: cuál va a ser el comportamiento de los oferentes territorialmente próximos ante un hipotético incremento de los precios en el territorio de las empresas participantes en la iniciativa que se discute, por si, ante una subida de precios, deciden acceder a esa zona y cuál va a ser el comportamiento de los demandantes ante esa subida de precios por si deciden dirigirse a otra zona en la que el precio no ha subido para adquirir el producto. Ambas preguntas se responden en relación con cuál es el coste de adquirir o vender en el lugar analizado un producto existente en un mercado cercano.

Cabe, además, que los participantes en la iniciativa puedan limitar el poder de mercado de otros productores fuera de su área de actuación anterior, en cuyo caso será necesario tener en cuenta las modificaciones de las condiciones de competencia en ese segundo mercado de influencia.

²¹ *Brown Shoe Co.* véase United States 370 U.S 294-344, 1962.

²² *Tampa Elec. Co.* véase Nashville Coal Co., 365 U.S 320, 1961.

En todos estos casos, el mercado geográfico es más amplio que la zona tradicional de actuación de las partes y de sus clientes anteriores a la iniciativa que se discute.

Por ello, al margen de que la política de competencia haya sido en cada momento más o menos proclive a la concentración de empresas, encaminar la delimitación del mercado geográfico hacia los criterios del éxito de un hipotético monopolista en su intento de incrementar el precio fue un acierto de las Guidelines de 1982 que introdujo una buena dosis de criterio económico en las decisiones de control de concentraciones.

El criterio para delimitar el mercado geográfico en dicha versión de las Guidelines americanas se formuló como sigue:

«Tomando como punto de partida la localización de la empresa concentrada..., el Departamento ampliará los límites del mercado provisional para incluir las localizaciones de las empresas o plantas que pudieran hacer ventas significativas a los clientes de las empresas previamente incluidas... en respuesta a un aumento de precio pequeño pero significativo y no transitorio. Como una primera aproximación, el Departamento tomará como hipótesis un incremento del precio del 5% y preguntará cuántos vendedores venderían el producto a estos compradores en un año».

Los criterios de delimitación del mercado geográfico son, si cabe, más difíciles de establecer. En este sentido creo importante destacar que, en los casos «de futuro» (aplicación del artículo 85.3, control de concentraciones, ayudas públicas) la delimitación debe hacerse mediante un análisis prospectivo, mientras que en los casos «de pasado» (aplicación del artículo 85.1, del 86, del 90.2) deben hacerse mediante un análisis histórico, aunque sea necesario tomar en consideración las consecuencias futuras para diseñar los remedios apropiados.

III. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA A EFECTOS DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE COMPETENCIA ²³

Los servicios de la DGIV han preparado y la Comisión ha adoptado la Comunicación que contiene los criterios utilizados para la definición del mercado relevante al aplicar la normativa comunitaria de competencia, en particular los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Reglamento de control de concentraciones 4064/89, el Reglamento 17 de 1962 y las disposiciones equivalentes del Tratado CEEA y del Acuerdo del Espacio Económico Eu-

²³ Comunicación de la Comisión (97/C 372/03) DOCE, 9 de diciembre de 97.

ropeo, incluso a los sectores con regulación de competencia especial. En la Comunicación expresamente se establece que no está destinada a la evaluación de ayudas públicas, aunque cuando sea necesario considerar la existencia de poder de mercado, algunos de los elementos de la Comunicación podrían servir de base.

Aunque la Comunicación no hace referencia a su aplicabilidad a los casos ex artículo 90 (monopolios y empresas con derechos exclusivos), toda la jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 90.2 parte de la base de que la empresa que disfruta de monopolio fiscal o de derechos exclusivos ostenta una posición de dominio en el mercado afectado por dichos derechos, con lo que se resuelve el problema especialmente grave que se plantea para la utilización de las herramientas económicas cuando se pretende delimitar el mercado relevante en casos de gran poder de mercado. Se trata, por tanto, de una empresa en posición de dominio «*per se*»²⁴. La posible extensión de dicha posición a otros mercados relacionados o cercanos se analizará con los criterios establecidos en la Comunicación, siempre que ello sea posible.

Para un comentario de la Comunicación desde un punto de vista jurídico-comunitario, el lector interesado puede consultar el trabajo de Bello Martín-Crespo²⁵.

1. OBJETO DE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El párrafo 2 pone de manifiesto que la delimitación del mercado permite definir los límites de la competencia entre empresas y establecer el marco en el que la Comisión aplica la política de competencia. Dicha definición debe permitir «*determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia*»²⁶.

La Comunicación de la Comisión establece que existen tres fuerzas que determinan el grado de competencia: sustituibilidad de la demanda, de la oferta y competencia potencial. Para la delimitación del mercado relevante la última no va a ser tenida en cuenta y las otras dos lo van a ser en diferente grado; la fundamental es la sustituibilidad de la demanda y la de la oferta solamente se tendrá en cuenta en las situaciones en que los efec-

²⁴ STJCE de 13 de diciembre de 1991, as. C-18/88 (RTT) y de 17 de noviembre de 1992, as. C-271/90 (Competencia en los mercados de telecomunicaciones).

²⁵ BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., «La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión», *Gaceta Jurídica de la CE y de Competencia*, B-129, diciembre de 1997.

²⁶ Párrafo 2 de la Comunicación. En la nota a pie de página (2) de dicho considerando se sostiene que las empresas afectadas serán, en el caso de una concentración, las partes en la misma; en las investigaciones ex art. 86, la empresa objeto de investigación o los denunciantes; y en las investigaciones ex art. 85, las partes en el acuerdo.

tos de la sustituibilidad de la oferta son equivalentes a los de sustituibilidad de la demanda en cuanto a su eficacia y su rapidez de reacción²⁷.

La Comunicación anuncia que la competencia potencial no se tiene en cuenta para la definición de los mercados. Cuando sea necesario, el análisis de los efectos de la competencia potencial se lleva a cabo una vez que, determinada la posición de las empresas en el mercado, se concluya que dicha posición plantea problemas de competencia²⁸.

Sorprendentemente, al no hacer mención alguna de los proveedores y al establecer explícitamente que la delimitación tendrá en consideración la sustituibilidad de la oferta en condiciones muy estrictas y que no tendrá en cuenta la competencia potencial, la Comisión ha ignorado de modo consciente una serie de elementos que pueden ser necesarios para una correcta delimitación del mercado relevante antitrust, relativos a las diferencias en el poder de negociación de los operadores afectados respecto a sus proveedores, competidores o clientes, tales como el poder de compra, el poder de marca, el poder de cartera y la existencia en la vida económica real de conjuntos «cluster»²⁹ de servicios que se ofrecen, a elección del usuario, por el mismo operador y de forma conjunta, aunque satisfacen necesidades diferentes del usuario.

Ello sin embargo no quiere decir que la Comisión ignore estos elementos cuando, para el tratamiento de un caso, considera que son sustanciales para un correcto análisis de las condiciones de competencia en el mercado³⁰.

Por otra parte, la Comunicación expone claramente que los criterios enumerados para la delimitación del mercado que se exponen en la misma no tienen que ser utilizados simultáneamente, ni en todos los casos, por lo que cabe concluir que la Comisión ha expuesto un muestrario de posibles criterios a tomar en cuenta para la delimitación de los mercados a efectos *antitrust*, pero ni la lista es exhaustiva ni se establece en ella ningún orden de prioridad.

²⁷ En el párrafo 20 de la Comunicación se expone que la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta cuando sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata, porque los proveedores puedan pasar a fabricar los productos y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos.

²⁸ En el párrafo 24 de la Comunicación se da una explicación poco solvente, basada en que la presión que pueda ejercer sobre la conservación de las condiciones de competencia dependerá de las condiciones específicas de acceso.

²⁹ KWAST, STARR-McCLUER & WOLKEN, «Market definition and the analysis of antitrust in banking», *The Antitrust Bulletin*, invierno, 1997, p. 988: «[s]mall businesses, as well as households, frequently tend to cluster their purchases of certain financial services at a local depository institution...».

³⁰ Por ejemplo, en Coca-Cola /Amalgamated Beverages. Asunto IV/M.794. Decisión de la Comisión de 22 enero 1997, DOCE L 218, 9 de agosto de 1997, la Comisión tiene en cuenta el poder de marca y, como consecuencia, que el producto de las empresas interesadas es «de stock obligatorio» (párrafos 137 a 141 de la Decisión) y el poder de cartera (párrafos 147 y 148), pero no lo hace antes, sino después de la delimitación del mercado.

2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO DE PRODUCTO

En la Comunicación no parece haber grandes novedades respecto *al conjunto de criterios que han sido utilizados alguna vez* por los servicios de la DGIV, aunque, por lo ya expresado, se le han quedado algunos en el tintero.

La Comunicación no establece un criterio único para la delimitación del mercado relevante, como hacen las guidelines americanas para el control de concentraciones horizontales, sino que ha utilizado —de acuerdo con la tradición comunitaria— una vía ecléctica. Por ello el contenido de la Comunicación tiene la ventaja de que va a poder ser útil para la delimitación del mercado relevante en los casos de aplicación de los artículos 85, 86 y 90 del TCE. Sin embargo, la ausencia de una mención explícita a los elementos relacionados con el poder de negociación de los participantes en el mercado augura que, en los casos de control de operaciones de concentración entre grupos que no supongan incremento de cuota en los mercados de producto concretos y en los casos de autorización de acuerdos y alianzas estratégicas cooperativas, la Comisión tendrá que hacer uso de criterios que no están reflejados en la Comunicación.

La Comunicación expone la forma de actuar de los servicios de la Comisión³¹: Partiendo de la información disponible, *«la Comisión suele estar en condiciones de determinar a grandes rasgos los posibles mercados de referencia [...] Se trata generalmente de definir unos cuantos mercados de referencia alternativos [...] de determinar si el producto A y el producto B pertenecen o no al mismo mercado [...] A menudo ocurre que la inclusión del producto B basta para hacer desaparecer los problemas que se plantean desde el punto de vista de la competencia»*³². En tales casos, no es preciso continuar investigando si el mercado relevante incluye también otros productos, ni llegar a una conclusión definitiva sobre la delimitación precisa del mercado.

Los criterios a utilizar por la Comisión para la definición del mercado de producto se recogen en el apartado de la Comunicación denominado *«Elementos de apreciación utilizados para definir los mercados. La dimensión del producto»*.

Su propio título hace sospechar de la falta de compromiso de la Comisión en cuanto a la utilización de las directrices en todos los casos en que sea necesario definir precisamente el mercado de producto.

³¹ Para una descripción gráfica de los pasos que sigue la Comisión en la delimitación del mercado de producto para el control de concentraciones, ver BRIONES ALONSO, J., «Market Definition in the Community's Merger Control Policy», *ECLR*, vol. 5, n.º 4, julio/agosto de 1994, p. 197. Se trata de un trabajo muy interesante también desde la perspectiva del análisis de las herramientas económicas para la delimitación del mercado, por ejemplo en relación con la discusión de si las modificaciones de demanda derivadas de una variación del precio relativo que deben tenerse en cuenta para dicha delimitación son las que se derivan del «efecto sustitución» o también del «efecto renta».

³² Párrafo 26 de la Comunicación.

De todas formas, la Comisión ha expresado explícitamente que «*los tipos de elementos que [...] considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda*»³³ son los siguientes:

- Prueba de una sustitución en un pasado reciente.
- Ensayos cuantitativos especialmente concebidos para delimitar los mercados:
 - Estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto.
 - Similitud de la evolución de precios.
 - Relación de causalidad entre series de precios.
 - Similitud o convergencia de precios.
- Opiniones de los clientes y competidores.
- Preferencias de los consumidores.
- Obstáculos y costes para el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos.
- Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

3. DELIMITACIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO

Al igual que ocurre en cuanto a la delimitación del mercado de producto, la Comunicación no ofrece una orientación clara de la utilización de criterios económicos para la delimitación del mercado geográfico en las operaciones sometidas a las reglas de competencia comunitarias que son objeto de control por los servicios de la Comisión.

La Comisión inicia el trabajo partiendo de una idea preliminar de las dimensiones del mercado geográfico basada en indicaciones de la distribución de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, y de la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria o del Espacio Económico Europeo, y debe estudiar las razones que determinan una cierta estructura de precios y de cuotas de mercado. La hipótesis de trabajo inicial ha de contrastarse con un análisis de las características de la demanda, para responder a la pregunta crucial de si los clientes de las partes implicadas, como consecuencia de una modificación de los precios relativos, transferirían sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar, a corto plazo y con un coste insignificante. De ser necesario, se realizará un análisis de los factores de la oferta, para detectar si existen obstáculos para que los oferentes localizados en esas zonas encuentran algún obstáculo

³³ Párrafo 37 de la Comunicación.

para suministrar a los clientes de las partes, tales como requisitos de localización, problemas de acceso a los canales de distribución, regulaciones, normas técnicas, ambientales, envase y embalaje o regulación de precios.

La estructura y evolución de los flujos comerciales ofrecen indicaciones complementarias útiles para la evaluación de la importancia de las barreras que pueden dar lugar a la definición de uno o dos mercados geográficos. En este análisis se toman en consideración los costes de transporte en términos absolutos y relativos para evaluar el grado en que pueden afectar al comercio entre las dos zonas consideradas.

Este procedimiento se explica por el objetivo comunitario de creación del mercado único, del que se deriva un prejuicio inicial de que el mercado geográfico tradicional era el territorio de un país miembro, que se ha ido ampliando paulatinamente con la supresión de barreras de distinto tipo y que existen multitud de casos difíciles para los que, en el momento de análisis de una operación o conducta por empresas con actividad en varios países comunitarios, no es obvio si el mercado geográfico es el territorio comunitario, una parte del mismo que incluya varios países o subsisten los viejos mercados nacionales. En muchos casos, elegir una u otra opción dependerá del ámbito temporal del análisis, siendo más extenso el mercado relevante cuanto mayor sea el período de tiempo en que se haga prospectiva.

Los criterios a utilizar por la Comisión para la definición del mercado de producto se recogen en el apartado de la Comunicación denominado «*Elementos de apreciación utilizados para definir los mercados. La dimensión geográfica*»³⁴.

Los criterios que la Comisión manifiesta que resultan pertinentes para la definición de un mercado geográfico son los siguientes:

- Prueba de que en el pasado hubo desvío de pedidos a otras zonas.
- Los mismos ensayos cuantitativos que en el caso de la delimitación del producto.
- Características básicas diferenciales de la demanda.
- Opiniones de clientes y competidores.
- Localización geográfica de las compras.
- Flujos comerciales y estructura de compra.
- Barreras y costes asociados al desvío de pedidos.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA COMUNICACIÓN

La primera conclusión que se extrae de la lectura de la Comunicación es, en mi opinión, que se trata de una directriz bastante conservadora y

³⁴ Párrafos 44 a 52 de la Comunicación.

poco ambiciosa, que no contiene el conjunto de elementos de análisis en un caso complejo, ni tampoco todos los elementos que la Comisión ha utilizado en su práctica habitual en tales casos, ni establece un orden de prioridad de aplicación de los criterios expuestos como posibles, que son muchos.

La Comunicación de la Comisión ha simplificado el «test del 5%» sin referirse al hipotético monopolista³⁵, elemento que, a mi entender, es esencial desde el punto de vista filosófico, pues es el que da sentido a todo el ejercicio: el máximo poder de mercado es el que detenta un monopolista, de modo que, si se trata de identificar las fuerzas que se oponen al ejercicio del poder de mercado, es imprescindible ponerse en el lugar que se daría para un nuevo monopolista. Esta simplificación consistente en abandonar la hipótesis de partida del comportamiento de un monopolista supone un error añadido al problema que ya se encuentra en las *guidelines* americanas cuando, en una situación de gran poder de mercado, la mayor parte de la renta monopolística que puede extraerse gracias a ese poder de mercado ya se está obteniendo y, por tanto, no cabe encontrar ningún mercado con sentido económico en el que a un hipotético monopolista le compense *incrementar* el precio permanente o «no transitoriamente»³⁶, sino que se tenderá a delimitar el mercado más ampliamente de lo razonable desde la perspectiva de la sustituibilidad.

Como consecuencia de esta dificultad, la Comunicación de la Comisión establece que los precios de partida para realizar el análisis no siempre tienen que ser los precios vigentes en el mercado que se esté analizando. Ello complica muy seriamente el análisis basado en datos estadísticos o en encuestas, e introduce un considerable grado de discrecionalidad en la definición de las hipótesis de trabajo que se une a la falta de elección del orden de prioridad entre criterios alternativos.

La solución a este problema es difícil y las consecuencias de un error de partida son diversas dependiendo del tipo de iniciativa empresarial que se esté sometiendo a control. En el caso de operaciones de concentración, las consecuencias pueden no ser muy graves. Pero en el caso de análisis de conductas (artículos 85, 86 y 90.2) el resultado puede ser disparatado y su consecuencia una decisión equivocada de la Comisión.

Si el experimento se hiciera en el laboratorio partiendo de un mercado en competencia, definitivamente el criterio a utilizar sería el del hipotético monopolista, corrigiendo los participantes y las cuotas de mer-

³⁵ *Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines*, 2 de abril de 1992, en nota 10.

³⁶ POSNER, «The problem of market definition», *Economic Analysis and Antitrust Law*, y CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. (eds.), 1979, p. 83. Referencia tomada de KASERMAN & ZEISEL, *op. cit.* nota 11. Cuanto mayor sea el poder de mercado que se está ejerciendo, mayores son las elasticidades cruzadas de precio y, por tanto, más amplio es el mercado relevante resultante. Cuanto mayor es el mercado relevante, mayor es la inclinación a determinar que no existe poder monopolístico.

cado para obtener un dibujo prospectivo de cómo se comportarían los operadores (oferentes y demandantes) en el caso de un cambio del precio relativo pequeño pero significativo y no transitorio. Pero es preciso reconocer que existen problemas difíciles de resolver para utilizar este criterio como único.

A mi juicio, la Comisión ha incurrido en un grave error al determinar que la competencia potencial no se va a tener en cuenta en la delimitación del mercado relevante.

En contra de esta elección, mi opinión personal es que, para los casos de abuso de posición de dominio y relacionados, el test debe hacerse de modo completo en la fase de delimitación del mercado relevante y, en el resto de los casos, las autoridades de competencia deberían abstenerse de hacer declaraciones generalizadas sobre la delimitación del mercado relevante a no ser que ello sea totalmente imprescindible.

En particular, en los casos de operaciones de concentración económica, y dado que una operación de concentración puede ser prohibida o condicionada, no solamente cuando vaya a crear o reforzar una posición de dominio sino también cuando refuerce una situación oligopolística³⁷, las autoridades competentes para su control deben limitar su actuación a aquello que constituye su competencia en el caso analizado y en sus circunstancias concretas, sin prejuzgar en absoluto los criterios de análisis *antitrust* futuros.

Cuando hay que delimitar el mercado se está tratando del mundo real y de los intereses en juego de las empresas y los consumidores, de modo que se tropieza con cinco tipos de problemas:

— La delimitación del mercado que corresponde depende del tipo de iniciativa empresarial que es preciso analizar.

— No se puede identificar una situación de competencia perfecta que sirva de referencia.

— La inexistencia de suficiente información real fidedigna recopilada de forma neutral.

— La urgencia de tomar decisiones para no perjudicar a los operadores inútilmente.

— El coste de la investigación.

Por estas cinco razones, las autoridades de competencia comunitarias no han podido comprometerse a definir los criterios que van a ser utilizados y el orden de prioridad de su utilización, porque verían dificultada su actuación en perjuicio del cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, unas directrices tan eclécticas tienen el inconveniente de que no

³⁷ STJCE de 31 de marzo de 1998, as. C-68/94, Kali + Salz/MDK/Treuhand.

generan gran seguridad jurídica para los operadores a quienes deben ser aplicadas.

Dada la variedad de casos, solamente pueden ofrecerse los criterios que permitan la defensa de los argumentos a favor y en contra de la delimitación realizada en un caso concreto. Establecidos los criterios, el debate entre lo que conviene a las empresas participantes, a los terceros interesados y lo que decide la autoridad competente podrá traer la luz para una mejor utilización de las herramientas de defensa de la competencia.

Para ello, la Comunicación supone un esfuerzo de sistematización que permite que se entable el debate, al poner en claro la interpretación que los servicios de la Comisión hacen respecto de la práctica comunitaria.

Es posible que la publicación de la Comunicación fuerce a los servicios de la Comisión a analizar el mercado de forma más sistemática en todos los casos, puesto que se está brindando un instrumento a los interesados para rebatir las hipótesis de partida de la Comisión. En este sentido, por un lado la Comunicación tiene un efecto «docente» y por otro lado permite que se discutan los tecnicismos sobre una base documental cierta.

Probablemente, la actuación futura de los servicios de la DG.IV dependerá de la importancia de los debates que tenga que mantener con los operadores y también del resultado de los recursos pendientes en el Tribunal de Primera Instancia³⁸ sobre la Decisión de la Comisión de 22 de abril de 1997 en la operación de concentración IV/M.794 *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*³⁹.

IV. LA DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS DE BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS

No ha sido objeto de este artículo la discusión, en mi opinión apasionante por otro lado, sobre cuál es la delimitación correcta del o de los mercados relevantes de bebidas no alcohólicas, porque ya he puesto de manifiesto que, en mi opinión, no hay una contestación única que sirva para todos los grupos de consumidores y de empresas competidoras, ni para todos los momentos temporales, ni siquiera para todas las circunstancias en las que una autoridad de competencia tenga que determinar cuál sería el mercado más pequeño, entre los de bebidas no alcohólicas, en el que a un hipotético monopolista le convendría incrementar el precio de forma pequeña pero significativa y no transitoria y, para llegar a esa conclusión, cuáles son los productos sustitutivos, desde la perspectiva del consumidor, en el entorno de las bebidas analcohólicas.

Sin embargo, no puedo resistirme a poner en conocimiento del lector las fuentes donde puede encontrar diferentes criterios, métodos y argu-

³⁸ T-125/97 y T-127/97 (97/C 199/79) y (97/C 199/81), DOCE C 28 de junio de 1997.

³⁹ *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*. Asunto IV/M.794, citada en nota 30.

mentos de defensa para la delimitación del o los mercados relevantes en casos en que se ha producido un gran debate sobre la delimitación del producto en este tipo de bienes de gran consumo, que en alguno de ellos todavía no se ha resuelto.

Presentaré los casos, desde el más antiguo hasta el más moderno.

En primer lugar, es interesante estudiar el caso de las propuestas fusiones en 1986 en Estados Unidos⁴⁰. Pepsi-Cola quería concentrarse con 7-Up; Coca-Cola quería, como reacción, concentrarse con Dr. Pepper, y Royal Crown Cola, con un 5% de cuota en el mercado de refrescos, se opuso a las operaciones argumentando que, si se producían tales fusiones, los costes de embotellado de los productores más pequeños se incrementarían por la pérdida de economías de escala, puesto que la red de embotellado de los terceros ya no atendería ni a 7-Up ni a Dr. Pepper. La discusión se centró en si el mercado relevante era el de refrescos con burbujas, como mantenía la denunciante o el de todos los tipos de líquidos (incluyendo leche, té y cerveza), como mantenían los denunciados, cuya defensa fue conocida como la del «*Lago Erie*». En este caso se utilizó la vía de la encuesta de consumidores para, tras la tabulación y análisis de las respuestas, hacer una estimación de la elasticidad precio de la demanda de refrescos. En este caso, la *Federal Trade Commission* (FTC) apoyó la tesis de Royal Crown. El caso terminó, después de litigación separada de la FTC y de Royal Crown, cuando primero Pepsi Cola y después Coca-Cola retiraron sus notificaciones de fusión⁴¹.

En segundo lugar, en 1991, la *Monopolies and Mergers Commission* del Reino Unido (MMC) elaboró un dictamen en el que puso de manifiesto que la mayoría de las empresas de refrescos carbónicos esperaban que incluso una pequeña disminución de sus precios haría perder ventas a otros fabricantes de refrescos carbónicos⁴². En su dictamen, la MMC analizó la posibilidad de sustituibilidad de los refrescos carbónicos incluso con las golosinas, y desechó tanto un mercado de producto tan amplio, como restringir los mercados de refrescos a sus diferentes sabores, concluyendo que el mercado relevante era el de los refrescos carbónicos.

En tercer lugar, en el caso *Nestlé/Perrier*⁴³, la Comisión consideró que para establecer la sustituibilidad en términos *antitrust* no basta con utilizar criterios de funcionalidad: si el único criterio fuera calmar la sed, muchos productos podrían satisfacer esta función y podrían considerarse que forman parte del mismo mercado (té, leche, cerveza, ciertas fru-

⁴⁰ KASERMAN y ZEISEL, *op. cit.* nota 11, pp. 678 y ss.

⁴¹ Ver, respecto a la fusión Coca-Cola/Dr. Pepper, también *The Coca-Cola Co.*, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) # 23, 625, 13 de junio de 1994.

⁴² Informe de la MMC de 15 de agosto de 1991, «Carbonated Drinks, a Report on the Supply by Manufacturers of Carbonated Drinks in the U.K.», apartado 3.6. Como su título indica, se trata de un informe realizado desde la perspectiva de la oferta.

⁴³ *Nestlé/Perrier*, DOCE L 356 de 5 diciembre de 1992.

tas...). Sin embargo, concluyó que los embotelladores de aguas de manantial pueden actuar con una cierta independencia de las empresas que venden refrescos, en particular en cuanto a la fijación de precios. Como consecuencia de ello y de que los consumidores franceses demandan agua embotellada y refrescos por razones diferentes, según se ha observado en encuestas de consumidores encargadas por las empresas de agua mineral, y que la elasticidad de la demanda al propio precio y la elasticidad cruzada son bajas, no se puede concluir que el agua mineral y los refrescos formen parte del mismo mercado.

En cuarto lugar en el caso *Coca-Cola Bottling Company of the Southwest*⁴⁴, el juez administrativo concluyó que el mercado relevante incluía refrescos, mezcladores, seltzers, bebidas no carbónicas tales como Lipton Iced Tea, Country Time Lemonade, Hawaiian Punch, así como bebidas isotónicas.

En quinto lugar, en el caso *Coca-Cola Amalgamated Beverages GB*⁴⁵ la Comisión, tras un duro debate con Coca-Cola y la presentación por su defensa de una documentadísima alegación de que el mercado relevante de producto es tan amplio como para incorporar todas las bebidas comerciales sin alcohol e incluso bebidas calientes como el té y el café, pero cuya defensa⁴⁶ se insiste especialmente en que el mercado de producto es al menos el de los refrescos carbónicos, la Comisión concluyó que el mercado de producto es el de las bebidas refrescantes con gas y sabor a cola («colas»). El asunto concluyó con la presentación por Coca-Cola de ciertos compromisos, que dieron lugar a que la decisión declarara la operación de concentración compatible con el mercado común.

A pesar de tal conclusión, Coca-Cola Enterprises Inc. y The Coca-Cola Company han presentado sendos recursos ante el Tribunal de Primera Instancia⁴⁷ en los que, entre otros extremos, se pide al Tribunal que anule la Decisión impugnada en la medida en que contiene las siguientes afirmaciones:

⁴⁴ *Coca-Cola Bottling Southwest*. 5 Trade Reg. Rep. (CCH) # 23, 681, 31 de agosto de 1994.

⁴⁵ Ver nota 35. En la Decisión de la Comisión se hace referencia a un buen número de estudios relacionados con la delimitación del mercado de los refrescos y las colas desde diferentes perspectivas. Cabe destacar por su importancia el Beverage Conjoint Study France realizado en el mercado francés y los efectuados para el caso inglés en Gran Bretaña en 1995 por Sadek Wynberg Research y en marzo de 1996 por Audits and Surveys Worldwide, así como el Key competitive brand modules analysis. Ver el apartado 3 de la Decisión, párrafos 41 a 63.

⁴⁶ La defensa, en cuanto a la delimitación del mercado relevante, ha sido llevada por el Prof. Robert Willig, uno de los mayores expertos del mundo en este tema, que fue Deputy Assistant Attorney General y Economista Jefe de la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos mientras se preparaban las Merger Horizontal Guidelines vigentes. La defensa discute vehementemente la mala utilización que los servicios de la Comisión han hecho de la voluminosa aportación de información empírica para la delimitación del mercado de producto. Resultará muy interesante seguir el debate en el marco del recurso ante el Tribunal de Primera Instancia.

⁴⁷ Ver nota 34.

a) Que la oferta de refrescos gaseosos de cola en Gran Bretaña constituye un mercado de referencia.

b) Que Coca-Cola & Schweppes Beverages tiene una posición dominante en ese mercado.

V. CONSECUENCIAS PARA LAS EMPRESAS CON PODER DE MERCADO

El problema que se deriva de la publicación de una Comunicación sobre los criterios de delimitación del mercado relevante que pretende ser aplicable tanto a los casos de control de conductas como a los de control de estructuras es que se corre el riesgo de querer aplicar las rutinas establecidas para el control de concentraciones a problemas más complejos como son los casos de abuso de posición de dominio.

Por un lado, como ya hemos visto, en algunos casos de concentración no resulta imprescindible hacer una delimitación del mercado muy depurada, puesto que basta con demostrar que, si el mercado es al menos uno, no existen problemas de competencia, o, por el contrario que, aunque fuera posible una delimitación del mercado aún más restringida que la propuesta por las autoridades de control, con la delimitación propuesta ya se demuestra la incompatibilidad de la operación con la norma vigente. Por el contrario, en los casos en que se discute un posible abuso de posición de dominio, al menos en la formulación europea (y española) de la prohibición, resulta imprescindible una delimitación depurada del o de los mercados relevantes, puesto que ciertas conductas unilaterales que se permiten a una empresa con cierto poder de mercado, le están vedadas a las empresas que gozan de posición de dominio.

Por otro lado, la delimitación del mercado tiene consecuencias diferentes en los dos casos o, más concretamente, en los casos de abuso de posición de dominio y relacionados (artículo 90.2) y en el resto de los casos. A las empresas que se concentran o a las que son acusadas de concertación lo que les importa finalmente no es la delimitación del mercado relevante, sino que se llegue o no a la conclusión de que su actuación distorsiona o puede distorsionar las condiciones de competencia en el mercado, es decir la conclusión a la que lleguen las autoridades de competencia, a no ser que las declaraciones de la autoridad competente sean precedente para la evaluación futura de las conductas de esa empresa, como parece haber ocurrido en el caso británico de Coca-Cola.

A las empresas que son acusadas de violar el artículo 86 (y en menor medida el 90.2, puesto que si disfruta de un monopolio legal o de un derecho exclusivo goza *per se* de posición de dominio en el mercado de producto delimitado por dichos derechos), no solamente les importa la conclusión final de si han abusado de su situación privilegiada sino tam-

bién —e incluso más— si en el futuro van a poder ser acusadas de «abuso» cada vez que un proveedor (en ciertos casos), un cliente, un competidor o una asociación de cualesquiera de ellos se sienta perjudicado por su actuación. El caso Coca-Cola es un paradigma de los efectos perjudiciales que, para las empresas, puede tener una declaración de las autoridades de competencia que vaya más allá de lo necesario para remediar las distorsiones de la competencia.

No es lo mismo afirmar que «Coca-Cola ostenta una posición dominante en el segmento de los refrescos gaseosos de cola en Gran Bretaña» y que, a efectos de evaluar los efectos sobre la competencia de la operación notificada, dicho segmento puede constituir un mercado pertinente, que afirmar que «Coca-Cola ostenta una posición dominante en el mercado relevante de los refrescos a base de cola en Gran Bretaña».

Lo primero puede ser necesario para evaluar una operación de concentración pero lo segundo no.

Para el análisis de las operaciones de concentración es conveniente delimitar estrechamente los mercados con el fin de identificar aquellos segmentos en los que la concentración puede tener efectos perjudiciales en la competencia, e incluso analizar el grado de diferenciación en los productos, por ejemplo en el caso de Coca-Cola como consecuencia de su fuerte poder de marca que hace a su producto «de obligado stock». Corresponde después a las autoridades de control, en una fase posterior del análisis, determinar si dichos efectos perjudiciales son sustanciales, son o no indispensables y deben ser contrarrestados o no.

En cambio, no procede, en el marco de una operación de concentración, hacer declaraciones que puedan tener efectos automáticos futuros.

Si posteriormente a una operación de concentración existe una imputación de abuso de posición de dominio, la empresa debe tener la posibilidad de demostrar que el mercado relevante no está bien delimitado, sin que esté vinculada por una declaración de la Comisión que ha devenido firme cuando la empresa no haya impugnado la decisión relativa a la operación de concentración.

En mi opinión, en el caso británico de Coca-Cola, el Tribunal de Primera Instancia debería pronunciarse, al menos, en el sentido de que la Decisión impugnada no debía contener las afirmaciones de que la oferta de refrescos gaseosos de cola en Gran Bretaña constituye un mercado de referencia y que Coca-Cola tiene posición dominante en ese mercado.