

LA SUSTITUIBILIDAD DE LA OFERTA EN EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Inmaculada GUTIÉRREZ

NERA

Atilano Jorge PADILLA

NERA

Existe un consenso generalizado entre autoridades de competencia, economistas y expertos legales sobre la necesidad de tener en cuenta la «sustituibilidad» por el lado de la demanda en la definición del mercado relevante, tanto en el análisis de concentraciones como en los casos de abuso de posición dominante y restricción de la competencia. No ocurre lo mismo con la «sustituibilidad» por el lado de la oferta. No existe unanimidad ni sobre cuándo ni sobre cómo debe utilizarse este concepto a la hora de definir el mercado relevante, si bien la tendencia general de las autoridades de competencia suele ser la de concederle un papel secundario.

El que se tenga o no en cuenta la «sustituibilidad» de la oferta en el proceso de definición de mercados no resulta en absoluto trivial. La definición del mercado en el que la empresa opera puede condicionar el análisis competitivo de su conducta, o de decisiones empresariales como las de fusión y adquisición. Sin perjuicio de que se deban tener ineludiblemente en cuenta otros elementos en el análisis, la cuota que se atribuye a la empresa en el mercado definido se considera una *proxy* de su poder de mercado. La falta de consideración de la «sustituibilidad» por el lado de la oferta puede llevar a definir mercados relevantes excesivamente estrechos, a infravalorar las restricciones competitivas que la empresa realmente afronta y, por consiguiente, a sobrevalorar su poder. Como consecuencia de ello, puede atribuirse de partida a las empresas investigadas una posición de privilegio en el mercado de la que realmente no disfrutaban.

Resulta de interés, por tanto, analizar cuál es el papel que juega la «sustituibilidad» por el lado de la oferta en el ejercicio de definición de mercados. Ello nos permitirá determinar hasta qué punto se están

teniendo en cuenta de manera adecuada, en el análisis de control de concentraciones, las fuerzas que desde el lado de la oferta restringen el comportamiento de una empresa en el mercado, así como las consecuencias que puede tener el no hacerlo.

Con este fin, repasaremos primero el papel que la definición de mercado juega en los análisis de política de competencia, para después describir qué entiende el análisis económico por «sustituibilidad» por el lado de la oferta. Seguidamente, estudiaremos cómo se tiene en cuenta esa «sustituibilidad» en la jurisdicción comunitaria y también en la de los Estados Unidos. El repaso de estas cuestiones nos ayudará a establecer algunas conclusiones y a identificar líneas futuras de investigación y estudio.

1. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y SU REPERCUSIÓN PRÁCTICA

La política de competencia se interesa por aquellas situaciones en las que una o varias empresas disfrutan de un poder de mercado del que pueden abusar en detrimento del bienestar de los consumidores. El concepto de poder de mercado constituye por tanto una pieza clave en cualquier análisis de la competencia.

El poder de mercado de una empresa viene directamente determinado por la existencia o no de alternativas a los productos y servicios que ésta ofrece en el mercado. El concepto de «sustituibilidad» constituye, pues, un elemento clave en cualquier análisis de poder de mercado. La existencia de productos sustitutivos de los que una empresa ofrece restringe su capacidad de actuación, impidiendo que pueda fijar condiciones no competitivas unilateralmente y de forma sostenida en el tiempo.

Esta disciplina competitiva a la que se ven expuestos los bienes que comercializa una empresa puede provenir de la existencia en el mercado de otros productos a los que el consumidor está dispuesto a redirigir su consumo («sustituibilidad» por el lado de la demanda) o de la existencia de otros oferentes dispuestos a dedicar sus recursos a la producción de los bienes considerados («sustituibilidad» por el lado de la oferta).

Al identificar las fuentes de disciplina por el lado de la demanda y de la oferta se está de hecho delimitando el marco de actuación de la empresa o empresas cuyo comportamiento se desea analizar con el fin de determinar si es conforme o no a las reglas de competencia. En otras palabras, se está procediendo a definir lo que en política de competencia se entiende por el «mercado relevante». Así pues, la evaluación del poder de mercado de una empresa está íntimamente ligada al proceso de definición del mercado relevante.

De hecho, sea cual sea el tipo de caso al que se enfrenten, las autoridades de competencia basan su análisis en una determinada definición

de mercado relevante a los efectos de valorar el poder de mercado de la empresa o empresas analizadas. Mario MONTI, Comisario Europeo de Política de Competencia, ha señalado:

*«Tal y como sucede en la mayor parte de jurisdicciones de todo el mundo, nuestro análisis competitivo se centra en el poder de mercado. Usamos la definición de mercado y las cuotas de mercado como una variable proxy fácilmente disponible para medir el poder de mercado que disfrutaban las empresas. De hecho, el principal objetivo de la definición de mercado consiste en identificar a los competidores que pueden restringir el comportamiento de las partes afectadas»*¹.

La definición de mercado relevante constituye la primera etapa del análisis de un caso y el marco de referencia sobre el que se desarrollará el mismo. Por motivos diversos, la propia normativa de competencia tiende a magnificar el papel de la definición de mercado relevante, hasta tal punto que puede condicionar la valoración que finalmente se realice del caso.

A. LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

Mientras que el concepto de *mercado* es muy familiar y comúnmente empleado, el concepto de *mercado relevante* es mucho menos conocido y puede resultar incluso contraintuitivo. Su carácter es esencialmente técnico y su uso se circunscribe principalmente al ámbito de la política de competencia.

La definición de mercado relevante constituye, al menos teóricamente, un instrumento de análisis que ayuda a valorar el impacto competitivo de un determinado comportamiento en el mercado, ya sea un posible acuerdo restrictivo de la competencia entre varios agentes, una conducta abusiva por parte de uno o varios operadores económicos o una concentración entre dos o más empresas. Las autoridades de competencia intervienen para evitar que estas actuaciones obstaculicen la competencia y reduzcan el bienestar de los consumidores, bien elevando los precios que éstos pagan por los bienes y servicios que consumen, o reduciendo la calidad de los productos ofrecidos y/o la innovación.

Como indicábamos anteriormente, la valoración de si una empresa tiene poder de mercado requiere determinar el ámbito en el que actúa y puede ejercer tal poder. Dicho ámbito competitivo es el que las autoridades definen como mercado relevante. El objeto de tal definición es acotar los bienes y servicios que ejercen una presión competitiva sobre los de la empresa u empresas analizadas. Ello exige identificar el conjunto de productos que compiten con los de las empresas analizadas para satis-

¹ Mario MONTI, *Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition*, 15 October 2001. Texto original en inglés está reproducido en el Capítulo de Documentación de este Anuario.

facen ciertas necesidades de los consumidores —el *mercado de producto*—, el ámbito geográfico en el que operan los productores de dichos bienes —el *mercado geográfico*—, así como el conjunto de *operadores relevantes* (oferentes y demandantes) que constituyen dicho mercado.

En esencia, las restricciones competitivas que moderan el comportamiento de la empresa y le impiden ejercer un poder de mercado provienen bien de la «sustituibilidad» por el lado de la demanda o bien de la «sustituibilidad» por el lado de la oferta.

Para abordar el análisis de la «sustituibilidad» comúnmente se emplea el conocido como *test del monopolista hipotético*², que ofrece una guía teórica para orientar el razonamiento a la hora de definir un mercado. Dicho *test* considera inicialmente que la oferta de los productos objeto del análisis (llamémosles *X*) está en manos de un monopolista hipotético y que éste decide incrementar el precio de los mismos entre un 5 y un 10 por ciento, suponiendo que el resto de los productos no ve alterado su precio. Si dicho incremento es sostenible y rentable a largo plazo, estaremos ante un mercado de producto definido.

Si el consumo se dirige hacia otros productos que se han abaratado relativamente (por ejemplo los incluidos en el conjunto *Y*) de tal forma que el incremento de precios de *X* no puede ser sostenido de forma rentable, entonces se deberán incluir en el mercado que estamos definiendo los productos *Y* hacia los que el consumo se ha orientado, por ser sustitutos cercanos de los inicialmente considerados.

Este ejercicio debería repetirse considerando que el monopolista hipotético eleva sus precios para el conjunto de bienes sustitutos (*X* e *Y*), hasta que sea posible que el incremento de precios se mantenga de forma sostenible y rentable en el tiempo. El conjunto de bienes entonces considerado —y sus distintos territorios de procedencia— constituirán el mercado relevante.

A pesar de su innegable atractivo conceptual, esta metodología introduce algunos sesgos de los que conviene ser consciente. La aplicación de este tipo de *test* por las autoridades de competencia ha favorecido la consideración de factores de demanda a la hora de plantear la definición de mercados relevantes, ya que suele ser más frecuente disponer de datos fiables para el cálculo de las elasticidades de demanda que para la de oferta. El empleo de esta metodología tiende, por tanto, a potenciar el papel de la «sustituibilidad» por el lado de la demanda en la definición de mercados relevantes en detrimento del que se otorga a la «sustituibilidad» por el lado de la oferta.

En numerosas ocasiones, sin embargo, no existen datos suficientes para realizar este *test* de manera explícita, por lo que la mayor parte de las veces no se realiza una aplicación cuantitativa del mismo. Aun así, constituye una guía útil para orientar la definición de mercados rele-

² Richard Wish, *Competition Law*, Fourth Edition, London, Butterworths, cop. 2001, p. 28.

vantes, aunque, en última instancia, debemos de ser conscientes de que la definición de mercados es un ejercicio de apreciación, casuístico y a menudo no concluyente.

Resulta imprescindible tener en cuenta el carácter mayormente cualitativo y un tanto especulativo de la definición del mercado relevante cuando se pretenda extraer conclusiones de las cuotas atribuidas a las empresas en el mismo, para poner las mismas en contexto. Sin embargo, la tentación de recurrir a un instrumento de fácil manejo como son las cuotas de mercado lleva a menudo a que se les atribuya una importancia y una significación excesivas.

B. USO REGULATORIO DE LA DEFINICIÓN DE MERCADO

Aunque la definición de mercado y las cuotas que corresponden a los partícipes en el mismo se consideren una *proxi* del poder de mercado de las empresas, las propias autoridades de competencia reconocen que no se pueden extraer conclusiones definitivas de su uso por cuanto existen otros elementos que también deben ser analizados para contrastar la existencia de poder de mercado y su ejercicio en detrimento del bienestar de los consumidores. En particular, debe tenerse en cuenta que mientras que la definición de mercados es un ejercicio esencialmente estático, la evaluación del poder de mercado de una empresa y su capacidad para ejercerlo en contra de los consumidores requiere un análisis dinámico.

Sin embargo, pese a este reconocimiento de las autoridades, existen elementos que inducen a pensar que se sucumbe a la tentación de extraer conclusiones sobre el poder de mercado de una empresa a partir de la definición de mercado en el que opera y de la cuota que se detenta en el mismo. Esta deducción se fundamenta no sólo en el contenido de algunas resoluciones de las autoridades de competencia, sino también en el hecho de que la definición de mercado relevante y las cuotas que de ella se derivan se están utilizando explícitamente con fines regulatorios. Ello supone que se utilizan umbrales basados en la cuota de mercado para determinar qué empresas se ven sometidas a ciertas obligaciones o quedan exentas de ellas. El supuesto que subyace a este enfoque es que la cuota de mercado indica si la empresa tiene o no poder de mercado y debe por ello ser objeto de un tratamiento u otro.

Sin ir más lejos, y en lo que se refiere a la normativa comunitaria:

a) El nuevo Reglamento sobre restricciones verticales³ concede automáticamente la exención a los acuerdos verticales entre empresas cuando ni el comprador ni el vendedor tengan una cuota de mercado de más del 30 por ciento, y siempre que el acuerdo no incluya restricciones de

³ Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE, núm. L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21).

las consideradas especialmente graves. En otros términos, si la cuota de una de las partes excede del 30 por ciento el acuerdo no se beneficiará de exención automática, sino que será objeto de análisis detallado. La razón para ello, enunciada en el propio preámbulo del Reglamento, es que «*por encima del límite de la cuota de mercado del 30 por ciento, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del ap. 1 del art. 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia*»⁴.

b) Se ha adoptado el mismo enfoque en las Directrices sobre Acuerdos Horizontales⁵ y en los dos Reglamentos de exención por categorías relativos a acuerdos de I+D⁶ y de especialización⁷. En este caso, los umbrales para beneficiarse de la exención automática son 25 por ciento en el caso de los acuerdos de I+D y 20 por ciento en los de especialización. Las motivaciones que llevan a discernir al regulador cuándo debe ser el 20 por ciento o el 25 por ciento la cuota a considerar resultan, cuando menos, incomprensibles⁸.

c) El uso del concepto de mercado relevante con fines regulatorios va incluso más allá de la política de competencia. El 14 de febrero de 2002, el Consejo de Ministros de la UE aprobó el nuevo marco regulatorio para el sector de las telecomunicaciones que entrará en vigor en verano del 2003 y cuya principal novedad radica en que se regulará el comportamiento de aquellos operadores que se consideren dominantes en un mercado relevante definido de acuerdo a los criterios de la política de competencia⁹.

La jurisdicción española no es ajena a este uso regulatorio del concepto de mercado relevante. Sin ir más lejos, en España el control de concentraciones contempla un umbral de cuota de mercado del 25 por ciento para determinar cuándo una operación de concentración debe notificarse obligatoriamente¹⁰.

La conclusión de todo esto es que, aunque supuestamente la definición de mercados no constituye un fin en sí misma, sino un instrumento uti-

⁴ Ver Considerando 9 del Reglamento (CE) núm. 2790/1999, *op. cit.*

⁵ Commission Notice-Guidelines on the applicability of art. 81 to horizontal co-operation agreements (Published in the *Official Journal* C 3, of 6 January 2001, p. 2).

⁶ Commission Regulation (EC) No. 2659/2000, of 29 November 2000, on the application of art. 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements. *Official Journal* L 304, 5 December 2000, p. 7.

⁷ Commission Regulation (EC) No. 2658/2000, of 29 November 2000, on the application of art. 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements (*Official Journal* L 304, 5 December 2000, p. 3).

⁸ M. A. PEÑA y J. M. RODRIGUEZ, *El nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones: ¿convergencia con la política de competencia?*, NERA, Papeles de Competencia, núm. 6, 2002.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, «Telecomspackage will bring better deal for consumers», IP/02/259, de 14 de febrero de 2002.

¹⁰ Art. 14.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE*, núm. 170, de 18 de julio.

lizado por las autoridades de competencia en el análisis de un caso, el hecho cierto es que se está poniendo un notable énfasis sobre dicho concepto, hasta el punto de que está siendo extrapolado al ámbito regulatorio. En estas circunstancias, la determinación del mercado relevante se torna una cuestión trascendente puesto que de ella puede depender que una determinada conducta sea objeto de una investigación con mayor detalle o, incluso, que determinadas empresas se vean sujetas a unas reglas de juego más exigentes.

El Comisario Mario MONTI ha señalado a este respecto:

*«La adopción progresiva de un enfoque económico más sofisticado en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia de la Unión Europea ha supuesto, sin embargo, que la definición de mercado ha adquirido un papel cada vez más importante en el ámbito del art. 81»*¹¹.

De estas palabras se deduce que la mayor preponderancia del análisis económico en la valoración de los casos de *antitrust* se ha traducido en un mayor énfasis sobre el concepto de mercado relevante. Si ello es así, parece lógico que se propugne en justa correspondencia un análisis más sofisticado que el que se viene desarrollando para la definición de mercados relevantes. Dadas las implicaciones que tiene para las empresas, se debe aspirar a que esta definición se ajuste lo más posible a la realidad que las empresas afrontan.

A este respecto es necesario avanzar en al menos dos direcciones. De un lado, en el análisis cuantitativo de los mercados, esto es, en la utilización de técnicas econométricas para el cálculo de las elasticidades cruzadas de precios que nos permitan identificar de forma más contrastada los bienes que efectivamente actúan como sustitutivos en el mercado. Este tipo de análisis ha visto frenado su empleo en el pasado por la dificultad de disponer de datos de calidad y de capacidad para explotarlos. Sin embargo, la sofisticación de las técnicas econométricas, la utilización de medios informáticos para modelizar y la disposición de datos en soporte electrónico permiten en la actualidad recurrir al análisis cuantitativo para contribuir a la definición de mercados relevantes en un mayor número de casos y con mayor fiabilidad¹².

Por otro lado, es preciso tener en cuenta la «sustituibilidad» por el lado de la oferta de forma más sistemática y estructurada. A continuación profundizamos en este concepto y en su utilización para la definición de mercados relevantes.

¹¹ Mario MONTI, *Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition*, 15 October 2001. Texto original: *«The progressive adoption of a more sophisticated economic approach in the application of the competition law of the European Union has meant, however, that market definition has come to play an increasingly important role under art. 81»*. http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

¹² Sumanth ADDANKI, «Market Definition Using Econometrics: An Apparent Paradox Explained», NERA, *Antitrust Insights*, Nov.-Dec. 2001.

2. LA «SUSTITUIBILIDAD» DE LA OFERTA EN LOS ANÁLISIS DE COMPETENCIA

A. EL CONCEPTO DE «SUSTITUIBILIDAD» DE LA OFERTA

La «sustituibilidad» por el lado de la demanda refleja la capacidad y disposición de los consumidores a sustituir un producto por otro en respuesta a un cambio en el precio relativo. Si una empresa eleva unilateralmente el precio de sus productos y existen otros bienes sustitutivos, la respuesta de los consumidores al encarecimiento del producto será la de dirigir su demanda hacia los bienes alternativos, de manera que probablemente la estrategia de la empresa no será rentable a largo plazo y tendrá que fijar de nuevo unos precios competitivos. La existencia de bienes sustitutivos actúa como restricción efectiva al comportamiento de la empresa en el mercado, lo que lleva a la conclusión que tales bienes forman parte del mismo mercado relevante que el bien comercializado por la empresa considerada.

Pero incluso cuando no hay productos alternativos a los que los consumidores puedan redirigir su consumo, una empresa puede ver restringido su comportamiento por otro tipo de fuerzas competitivas que actúen también con cierta inmediatez. La respuesta a la elevación de precios de la empresa puede provenir del lado de la oferta, esto es, de otros productores cuya reacción constituya también una restricción al comportamiento competitivo de la empresa considerada¹³.

¿Cómo opera esta restricción procedente del lado de la oferta?

Puede ocurrir que existan productores en otros mercados que dispongan de activos que puedan ser fácilmente reasignados a la producción del bien que estamos considerando. Ante una elevación del precio de dicho bien, estos productores pueden verse incentivados a reasignar sus factores de producción hacia el mercado considerado, con el consiguiente incremento de la oferta y presión a la baja de los precios. En definitiva, nuestro hipotético monopolista vería restringido su comportamiento por la presión procedente de la «sustituibilidad» de la oferta.

Podemos determinar con mayor precisión los elementos necesarios para que dos bienes *X* e *Y* sean sustitutivos desde el punto de vista de la oferta:

a) Los productores del bien *Y* poseen los activos cruciales para la producción de *X* o se pueden hacer con ellos en un período de tiempo razonable. No se trata sólo de los activos de producción (tecnología, maquinaria, instalaciones, mano de obra cualificada...), la «sustituibili-

¹³ Por claridad expositiva estamos refiriéndonos continuamente a una empresa y un producto. Pero debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la metodología propuesta por el *test* del monopolista hipotético, esto resulta equivalente a considerar todo un conjunto de productos sustitutivos cuya oferta hipotéticamente estuviera controlada por un monopolista imaginario.

dad» por el lado de la oferta requiere también de la capacidad de colocar los productos en el mercado, lo cual hace necesario disponer de los activos que posibilitan la comercialización del producto (logística, *marketing*, canales de distribución, etc.).

b) La reasignación de los activos de la producción de un bien a otro —o, en su caso, la adquisición— no debe conllevar inversiones adicionales sustantivas y, especialmente, no debe suponer un coste irre recuperable.

c) La reasignación debe ser factible, tanto en términos económicos como jurídicos:

— Debe existir un incentivo económico suficiente para inducir a los productores a reasignar sus activos a la producción y comercialización del nuevo bien.

— No debe existir impedimento legal para ello, como, por ejemplo, la necesidad de licencia para producir el nuevo bien o la existencia de vínculos contractuales que comprometan la capacidad productiva disponible.

Este tipo de efecto es más común de lo que en abstracto pueda parecer. Por ejemplo, piénsese que los servicios de *catering* para hospitales estuvieran en manos de una sola empresa que monopolizara su oferta y supongamos que decide elevar sus precios de una vez, con carácter generalizado y permanente, en un 10 por ciento. Las empresas que se dedican a prestar otros servicios de *catering* para clientes de otro naturaleza, por ejemplo, escuelas, podrían verse incentivadas a entrar en el mercado de servicios de *catering* a hospitales en respuesta al aumento de precios observado. Probablemente la prestación de tales servicios requiera una cierta adaptación de sus activos y forma de operar, pero no hay duda de que sus condiciones de partida podrían permitirles la entrada en ese supuesto mercado.

La presión que ejerce la «sustituibilidad» de la oferta puede ser tanto o más efectiva que la que pueda provenir en ocasiones de la «sustituibilidad» por el lado de la demanda. Sin embargo, es cierto que la inmediatez con la que opere variará según los casos, dependiendo de una serie de factores como pueden ser:

a) La disponibilidad de activos ociosos por parte de los productores situados en otros mercados.

b) La rentabilidad relativa de las diferentes alternativas que se presentan para los activos considerados. Incluso aunque los activos estén siendo utilizados en la producción de otros bienes, el productor puede estar dispuesto a reasignarlos si el rendimiento adicional que obtiene resulta atractivo.

c) El coste de la reasignación de los activos. Cuanto mayor sea el coste de la adaptación de los activos (físicos y humanos) en términos de tiempo y dinero menor será la inmediatez y el efecto de la sustitución.

d) La existencia de barreras de entrada y salida del mercado al que se acude y su permeabilidad puede desincentivar la asignación de activos a la producción de los bienes que lo constituyen.

La inmediatez e intensidad con que la «sustituibilidad» de la oferta se produzca determinará cuán importante es la restricción competitiva que ejercerá sobre los productores del mercado considerado y, por tanto, condicionará el papel que debe jugar en la definición del mercado relevante.

B. «SUSTITUIBILIDAD» DE LA OFERTA Y DEFINICIÓN DE MERCADO

La «sustituibilidad» de oferta constituye una restricción competitiva que debe ser tenida en cuenta en cualquier análisis de competencia. La cuestión es cuándo y en qué forma debe considerarse. Son tres las respuestas posibles:

- a) En la propia definición del mercado relevante.
- b) Al identificar a los competidores una vez que se ha establecido cuál es el mercado y antes de atribuir cuotas de mercado.
- c) En el análisis de la competencia potencial.

a) *En la definición de mercado relevante*

Recordemos que al definir un mercado pretendemos delimitar aquellas fuerzas que restringen de manera efectiva el comportamiento de una empresa. Si los productores del bien Y responden a un incremento del precio de X reasignando sus recursos productivos hacia la producción de éste, debe considerarse que ejercen una restricción competitiva efectiva sobre el comportamiento de los productores de X y, en consecuencia, forman parte del mismo mercado. Por ello, en aquellos casos en los que exista un alto grado de «sustituibilidad» entre la oferta de dos bienes se deben incluir ambos en un mismo mercado relevante, aun cuando los consumidores no los perciban como sustitutivos.

La producción de zapatos constituye un ejemplo característico de este tipo de razonamiento. Si tuviéramos en cuenta sólo la «sustituibilidad» por el lado de la demanda, nunca podríamos concluir que la producción de zapatos de la talla 42 forma parte del mismo mercado que la producción de zapatos de la talla 38. Un consumidor de la talla 38 nunca comprará y utilizará zapatos de la talla 42, por lo tanto ambos productos no pueden ser considerados sustitutivos desde el punto de vista de la demanda. Sin embargo, resulta absurdo desde el punto de vista de un análisis de competencia definir tantos mercados como tallas de zapato de señora o de caballero. Un productor capaz de producir zapatos de talla 38 puede con toda probabilidad producir zapatos del 42 y, desde

luego, reasignará sus activos a la producción de zapatos de esa talla si se produce un encarecimiento relativo de éstos. Considerando que todas las tallas forman parte de un mismo mercado obtenemos una visión más realista de las condiciones de competencia en el mismo.

A menudo se presenta el papel de la «sustituibilidad» de la oferta en la definición de mercados relevantes como una forma de *corregir* la definición que se obtendría en determinados casos teniendo en cuenta solamente la «sustituibilidad» por el lado de la demanda. Parece considerarse como un mecanismo subsidiario de definición de mercados cuando el mecanismo supuestamente principal, el de «sustituibilidad» de la demanda, no arroja resultados realistas.

Este planteamiento no encuentra justificación ni en la definición de mercado relevante ni en el test del monopolista hipotético. El monopolista hipotético que pretendiera ejercer su poder de mercado sobre los bienes *X* vería restringido por igual su comportamiento tanto si desde el punto de vista de la demanda los bienes *Y* fueran sustitutivos de *X* como si los productores de *Y* respondieran reasignando sus activos a la producción de *X*. No puede considerarse que exista ningún tipo de prelación de una «sustituibilidad» sobre la otra a la hora de definir mercados.

Lo que sucede es que mientras que en el caso de la «sustituibilidad» de demanda los productos *Y* ya estarían disponibles en el mercado, la «sustituibilidad» de oferta requeriría la reasignación de los factores de producción de *Y* a la de *X*, lo que suele conllevar tiempo y da lugar a costes derivados de la necesidad de adaptar los equipos, adquirir un *know-how*, etc.¹⁴ Tiende a pensarse por ello que la «sustituibilidad» por el lado de la oferta es más difícil que se produzca y que por ello opera menos frecuentemente como una restricción competitiva efectiva. De ahí que a menudo se la sitúe en un segundo plano¹⁵.

Sin embargo, no tiene sentido plantear el asunto en términos de qué tipo de «sustituibilidad» se debe priorizar. Como se ha indicado, si existe «sustituibilidad», independientemente de dónde provenga, oferta o demanda, actuará como una restricción competitiva, lo cual debe tenerse en cuenta a la hora de definir mercados.

¹⁴ El test del monopolista hipotético se plantea en términos de largo plazo, puesto que la pregunta que se hace es si el monopolista puede mantener de manera rentable y sostenida un incremento de precios. No requiere por tanto que la respuesta ante el incremento de precios sea prácticamente simultánea al mismo, sino que permite un cierto margen temporal para que se produzca la respuesta.

¹⁵ A este respecto a menudo se olvida que la sustitución por el lado de la demanda también puede conllevar costes. El consumidor puede tener que afrontar costes de adaptación como consecuencia del cambio de un producto o servicio a otro (*switching costs*). Para un análisis más detallado, véase Paul KLEMPERER, «Competition When Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade», *Review of Economic Studies*, 62(4), October 1995, pp. 515-39, y Atilano Jorge PADILLA, «Consumer Switching Costs: A Survey», *Investigaciones Económicas*, 15(3), September 1991, pp. 485-504. Cuanto mayores sean estos costes menor será el grado de sustituibilidad entre los productos, tal y como sucede por el lado de la oferta.

Lo verdaderamente relevante será tener puntos de referencia que nos indiquen cuándo el grado de «sustituibilidad» debe ser considerado suficiente como para integrar en un mismo mercado dos tipos de productos ¹⁶.

Las US DoJ/FTC *Horizontal Merger Guidelines* tratan de responder a esta cuestión en lo que a «sustituibilidad» de oferta se refiere, manifestando lo siguiente:

«Sin embargo, si la “sustituibilidad” de oferta entre un grupo de productos es cuasi universal en lo que se refiere a las empresas que venden uno o más de esos productos, la Agencia puede definir el mercado de manera agregada si lo considera conveniente» ¹⁷.

Conforme a esto, la existencia de una «sustituibilidad» de oferta *cuasi* universal resulta condición suficiente para la agregación de mercados. Que la «sustituibilidad» de oferta entre *X* e *Y* pueda calificarse de *cuasi* universal requiere que la mayor parte, si no todos, de los productores del bien *Y* estén en condiciones de sustituir la producción del bien *Y* por la del *X*. Sólo entonces consideraremos que la oferta de *Y* ejerce una presión competitiva efectiva sobre la de *X*, de manera que nuestro monopolista hipotético no podría sostener de manera rentable una elevación de los precios de *X* a largo plazo. Consecuentemente, el mercado a considerar debe ser más amplio que *X*; debe incluir la oferta de *Y* ¹⁸.

Ésta es la situación en el caso de los productos que sólo difieren entre sí por ciertos atributos físicos, como su tamaño, color o características de determinados complementos. El caso que antes citábamos de los zapatos de diferente número es un buen ejemplo de ello. Existen otros muchos, como la producción de una gama de coches (de diferente color y prestaciones), de cereales para el desayuno (normales, con chocolate, con fibra...) o de televisiones de diferentes pulgadas.

Pero existen ejemplos de otra naturaleza. Entre otros, aquellos servicios para cuya prestación el capital humano juega un papel fundamental, como pueden ser los de consultoría. Aunque exista cierta especialización en un ámbito de actividad muy concreto, por ejemplo, asesoramiento en aspectos medioambientales de la regulación eléctrica, no procede delimitar un mercado tan estrecho. Los instrumentos de análisis desarrollados por esos especialistas podrían ser aplicados en otros ámbitos.

La edición de publicaciones es otro terreno típico de agregación de mercados por razones de «sustituibilidad» de oferta. Atendiendo estrictamente

¹⁶ De nuevo, ello debe ser así para ambos tipos de sustituibilidad. Sin embargo, la reticencia a agregar mercados en atención a la sustituibilidad de la oferta ha llevado paradójicamente a formulaciones más precisas en su caso que en el de la sustituibilidad de la demanda.

¹⁷ Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992. Nota a pie de página 14. Texto original: «If production substitution among a group of products is nearly universal among the firms selling one or more of those products, however, the Agency may use an aggregate description of those markets as a matter of convenience».

¹⁸ Para un análisis más detallado de la elasticidad de oferta *cuasi* universal, véase Atilano Jorge PADILLA, «The role of supply side substitution in the definition of the relevant market in merger control», a Report for DG Enterprise A/4, European Commission, junio 2001.

tamente a consideraciones de demanda, no podrían considerarse sustitutivas la edición de publicaciones sobre Derecho civil y las de Derecho fiscal, por lo que procedería identificar dos mercados diferenciados. Sin embargo, la delimitación de mercado de publicaciones tan estrechos estaría obviando las consideraciones de oferta y no reflejaría adecuadamente las condiciones de competencia en la industria de la edición.

b) *Cálculo de las cuotas de mercado*

Puede ocurrir que el número de empresas capaz de reasignar sus activos a la producción del bien considerado sea significativo, aunque no suficiente como para definir la «sustituibilidad» de la oferta como *cuasi* universal. Incluso en estas circunstancias existirá una presión competitiva que ha de ser tenida en cuenta a la hora de valorar la situación competitiva en el mercado del bien considerado.

La cuestión es cómo ha de tenerse en cuenta. Una posibilidad es que a la hora de determinar el tamaño del mercado de X , identificar competidores y atribuir cuotas de mercado en el mismo se incluyan las ventas o la capacidad productiva de aquellos oferentes de Y que reasignarían sus recursos hacia la producción de X en respuesta a una subida de los precios de este bien.

Este enfoque resulta especialmente justificado en tanto en cuanto la atribución de una cuota de mercado se realice con fines regulatorios y/o tenga consecuencias directas para la empresa: obligación de notificar, exención en el ámbito de un reglamento por categorías, imposibilidad de obtener una licencia, etc.¹⁹ Si con este fin la cuota de mercado se pretende utilizar como *proxy* del poder de mercado, se estarán reflejando de forma más adecuada las presiones competitivas que la empresa enfrenta.

Es obvio, no obstante, que el mecanismo sugerido plantea serias dificultades. No es sencillo identificar quiénes son los entrantes en el mercado a considerar como competidores efectivos. Incluso una vez identificados, no resulta trivial determinar cuál es la capacidad productiva o las ventas de esos posibles entrantes que deben ser incorporadas en el cálculo de las cuotas de mercado.

Este tipo de planteamiento introduciría en el análisis un elevado grado de incertidumbre y de discrecionalidad, razón por la cual no suele utilizarse por las autoridades de competencia ni por los reguladores.

¹⁹ Esto último sucede, por ejemplo, en el ámbito de la distribución comercial en España, donde algunas Comunidades Autónomas —como Cataluña y el País Vasco— establecen en su normativa que aquellas empresas cuya cuota de mercado supere un cierto umbral —de manera simplificada, 20 por ciento en el caso del País Vasco, 25 por ciento en el caso catalán— tienen posición de dominio y no pueden obtener una licencia comercial específica para la apertura de un nuevo establecimiento.

c) *Competencia potencial*

El hecho de que no pueda hablarse de «sustituibilidad» por el lado de la oferta tal y como se ha definido no quiere decir que la entrada en el mercado no sea posible. Pueden existir empresas dispuestas a entrar en el mercado bajo ciertas condiciones, lo que también supone una presión competitiva sobre los operadores del mercado, si bien dicha presión no puede ser considerada lo suficientemente fuerte e inmediata como para ser tenida en cuenta a la hora de definir mercados.

¿Cuáles son los principales elementos que diferencian la «sustituibilidad» de la oferta de la competencia potencial? Básicamente:

— *Inmediatez.* En el caso de la «sustituibilidad» de oferta hemos exigido que la entrada en el mercado en respuesta a un incremento de precios se produzca con rapidez. La entrada potencial no tiene por qué ser inmediata. Habitualmente se considera que la entrada es rápida si se produce en el horizonte de un año.

— *Costes hundidos.* La «sustituibilidad» de oferta requiere que la entrada se produzca sin incurrir en costes significativos y siempre que los mismos sean recuperables (*uncommitted entry*). Si los costes de entrada son sustanciales o son irrecuperables estaremos en un caso de entrada potencial. La necesidad de incurrir en costes irrecuperables lleva a los entrantes a adoptar su decisión de entrada no sobre la base de los precios existentes, sino de los que prevalecerán una vez la entrada se produzca, lo cual requiere tener en cuenta la capacidad de reacción de los instalados, su capacidad de disciplinar al entrante y, en definitiva, si las características del mercado permitirán el mantenimiento de precios elevados.

— *Impacto de la entrada.* La entrada potencial deja sentir su efecto sobre los precios primordialmente una vez que se produce. La «sustituibilidad» de oferta en cambio afecta a los precios del mercado considerado no sólo una vez que se produce la entrada, sino también antes. La amenaza de entrada, dada su certidumbre, impone una restricción competitiva tan efectiva como la propia entrada que se refleja en el nivel de precios del mercado. Cuando nos enfrentemos al análisis de un caso resulta necesario distinguir la existencia de competencia potencial de la «sustituibilidad» de la oferta entre bienes y el alcance de ésta. Sólo esta última cuando es *cuasi* universal nos permitirá agregar mercados a la hora de delimitar el mercado relevante o, llegado el caso, tener en cuenta a los entrantes a la hora de identificar a los participantes en el mercado y calcular sus cuotas.

La competencia potencial constituye una presión competitiva que, ineludiblemente, debe tenerse en cuenta. Pero, probablemente, lo más acertado sea hacerlo en la valoración del caso, siempre y cuando tal decisión no condicione injustificadamente el resultado del mismo.

3. LA SUSTITUIBILIDAD DE OFERTA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

La definición del mercado relevante constituye en la jurisdicción comunitaria un requisito indispensable en el análisis de cualquier caso. En palabras del Comisario MONTI:

*«La necesidad de definir mercados y la metodología para hacerlo han sido parte de la política de competencia de la UE desde su nacimiento. La definición del mercado relevante ha constituido siempre un prerrequisito tanto para la valoración de la dominancia bajo el art. 82 del Tratado como para la evaluación conforme al art. 81.3 de si un acuerdo notificado permite a las partes la eliminación de la competencia. La mayor parte de nuestra práctica y experiencia en los años recientes procede, sin embargo, de la aplicación de la normativa de control de concentraciones»*²⁰.

Esta práctica acumulada ha posibilitado la publicación por la Comisión Europea de su Comunicación sobre la definición del mercado relevante²¹, que sienta los principios que orientan la definición de mercado de producto y geográfico en el ámbito comunitario.

A continuación analizaremos el papel otorgado por esta Comunicación en la «sustituibilidad» de oferta y la competencia potencial en la definición de mercados. Analizaremos, asimismo, cuál es la práctica comunitaria a este respecto, refiriéndonos principalmente a los casos de control de concentraciones que, tal y como el Comisario MONTI indica, constituyen el ámbito en el que el análisis de mercado relevante ha alcanzado un mayor desarrollo y profusión.

A. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

Para la Comisión, la definición de mercados relevantes consiste en delimitar las fuentes alternativas de suministro para los clientes de las empresas consideradas, tanto en términos de productos/servicios como de localización geográfica de los oferentes²². El objetivo último de este ejercicio es identificar a los competidores efectivos de las empresas impli-

²⁰ Mario MONTI, *Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy*, Workshop on Market Definition, 15 October 2001. Texto original: «*The necessity of defining markets, and the methodology for doing so, have been parts of the competition policy of the EU from its inception. Indeed, the definition of a relevant market has always been a pre-condition both to assess dominance under art. 82 of the Treaty and for the evaluation under art. 81(3) of whether a notified agreement afforded the parties the possibility of eliminating competition. Most of our current practice and expertise in recent years comes, however, from the application of the Merger Control Regulation*». http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, «Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law», *Official Journal*, C 372, December 1997.

²² Comunicación de la Comisión, § 13.

cadadas, es decir, aquellos capaces de restringir el comportamiento de éstas y de prevenir que actúen de manera independiente ²³.

La Comisión considera que las fuerzas competitivas que restringen el comportamiento de los operadores económicos y delimitan el mercado relevante proceden de tres fuentes: la «sustituibilidad» de la demanda, la «sustituibilidad» de la oferta y la competencia potencial. El peso que se atribuye a cada una de ellas es, sin embargo, muy distinto. En la Comunicación explícitamente manifiesta que la «sustituibilidad» de demanda constituye la fuente de presión competitiva más efectiva e inmediata para restringir el comportamiento de los productores de un determinado bien, especialmente en lo que a sus decisiones de precios se refiere ²⁴. No en vano la Comisión describe el mercado relevante de producto como aquel que comprende todos los productos y/o servicios que pueden ser considerados sustitutivos por el consumidor por razón de sus características, sus precios o la finalidad de su uso ²⁵.

La propia forma en la que se considera la «sustituibilidad» de oferta no hace sino corroborar este énfasis en la «sustituibilidad» de demanda. Según la Comunicación:

«La “sustituibilidad” de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la “sustituibilidad” de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en riesgos en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos ²⁶».

De esta declaración contenida en la Comunicación se deduce que:

1) *La «sustituibilidad» de oferta se tiene en cuenta a la hora de definir mercados.* El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido la importancia de las consideraciones de oferta en la definición de mercados. En el conocido caso *Continental Can* ²⁷ el Tribunal rechazó la definición de mercados realizada por la Comisión por no tener en cuenta la existencia de sustitutos por el lado de la oferta. El Tribunal ha confirmado su postura en casos posteriores.

2) *Aunque sólo bajo determinadas condiciones.* La Comisión considera que para que la «sustituibilidad» de oferta nos lleve a definir un mercado relevante más amplio es necesario que existan productores capaces de dirigir sus recursos productivos a la producción de los bienes considerados con *inmediatez* e incurriendo en un *coste poco significativo*.

Aunque la Comisión no lo enuncia explícitamente como una condición, la agregación de otros productos al mercado del bien considerado

²³ Comunicación de la Comisión, § 2.

²⁴ Comunicación de la Comisión, § 19.

²⁵ Comunicación de la Comisión, § 7.

²⁶ Comunicación de la Comisión, § 20.

²⁷ Case 85/76 (1972) ECR 215; (1973) CMLR 1999; (1972) OJ L 7/25.

relevante todavía requeriría un requisito más: que las condiciones de inmediatez y bajo coste en la reasignación de la producción se cumplan por *la mayor parte de los productores* de esos bienes a incluir en el mercado relevante. Según la Comunicación:

«Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, esas 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 costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se añadirán las ventas de esos productos. El mismo razonamiento puede llevar a agrupar diferentes mercados geográficos»²⁸.

Si bien de manera poco sistematizada e implícita, la Comisión parece exigir como requisito para la agregación de mercados por consideraciones de oferta lo que hemos definido anteriormente como «sustituibilidad» de oferta *cuasi* universal. No se debe perder de vista, sin embargo, que la Comisión no explicita en ningún momento este criterio ni especifica qué condiciones debe cumplir la «sustituibilidad» para ser tenida en cuenta en la definición de mercados. Esta indefinición no carece de efectos. Se refleja en la resolución de los casos, en donde a menudo se detecta una falta de principios claros que guíen el análisis.

B. COMPETENCIA POTENCIAL

Cuando la asignación de factores productivos a la producción del bien considerado relevante conlleve costes de adaptación de los activos productivos, inversiones significativas y un período de tiempo relevante para comenzar su comercialización, no se podrá hablar de «sustituibilidad» de oferta a efectos de la definición de mercados. Pero sí se puede considerar la existencia de una competencia potencial que, recordemos, constituye según la propia Comisión otra de las fuentes de presión competitiva a tener en cuenta. Sin embargo, el momento adecuado para hacerlo no es, según la práctica comunitaria, la definición del mercado, sino la valoración de los efectos sobre la competencia del caso.

La propia Comunicación lo advierte:

«La “sustituibilidad” de oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos (...). En estos casos, los efectos de la

²⁸ Comunicación de la Comisión, § 21.

“sustituibilidad” de la oferta y otras posibles formas de competencia potencial se examinarían en una fase posterior»²⁹.

Lo que a todas luces se descarta es la posibilidad de que se puedan identificar los potenciales entrantes a efectos del cálculo de cuotas en el caso de que exista «sustituibilidad» de oferta pero no sea de carácter *cuasi* universal. El texto de la Comunicación es claro:

«La tercera fuente de presiones, la competencia potencial, no se tiene en consideración para la definición de los mercados (...). En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia»³⁰.

En definitiva, si se considera que la «sustituibilidad» de oferta constituye una restricción competitiva suficiente, similar a la de demanda, se tendrá en cuenta en la definición de mercados. Si no es así, su consideración se pospondrá a la valoración, como «atenuante» frente a los problemas de competencia que la actuación de las partes plantee y no como característica intrínseca del mercado que condiciona la posición de las partes.

Este planteamiento presenta algunos inconvenientes porque:

1) Ningún mecanismo legal asegura que sistemáticamente se analice el grado de «sustituibilidad» de la oferta en la etapa preliminar de análisis del caso, de manera que se esclarezca si procede tenerla en cuenta en la definición de mercados o en otra etapa posterior.

De la lectura de las decisiones se desprende que en algunos casos la «sustituibilidad» de oferta es objeto de análisis en la definición de mercados, independientemente de que se concluya a favor o en contra de la agregación de mercados. En muchos otros casos no se menciona. Se desconocen los criterios que determinan cuándo proceder a su análisis y cuándo no.

2) No se han enunciado unos parámetros o criterios claros sobre cuándo la «sustituibilidad», ya sea de demanda o de oferta, debe considerarse «suficiente» para tenerla en cuenta en la definición del mercado.

3) Cuando sus efectos nos se consideran similares a los de la «sustituibilidad» de demanda, la consideración de la «sustituibilidad» de oferta se retrasa hasta la etapa de la valoración, con posterioridad a la determinación de la posición en el mercado de las partes según establece el párrafo 24 de la Comunicación (*«una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia...»*). Ello supone que tras la definición del mercado se atribuye a las partes

²⁹ Comunicación de la Comisión, § 23.

³⁰ Comunicación de la Comisión, § 24.

una posición en el mismo, presumiblemente basándose en su cuota. Supone también que la competencia potencial se ve como un elemento que contrarresta el poder de mercado de las partes y no como un elemento necesario en la determinación de si éste existe o no.

Este enfoque olvida que la *competencia potencial es un elemento definitorio del poder de mercado de una empresa*. Tomarla como un elemento compensatorio de dicho poder no supone una diferencia de matiz.

Si se considera tan sólo como un elemento compensatorio, se habrá atribuido a las partes un poder que resultará excesivo, puesto que no se habrán tenido en cuenta las verdaderas condiciones de competencia en el mercado y, en concreto, la competencia potencial. Posiblemente al final se concluya que las partes no podrán ejercer tal poder gracias a la existencia de esa competencia potencial. Pero inicialmente se habrá asignado a las empresas una posición de la que no disfrutaban e, incluso, puede que se haya iniciado una segunda fase en una investigación que no hubiera sido necesaria.

C. LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN

En la práctica de la Comisión Europea la «sustituibilidad» de oferta ocupa un papel secundario. Sus efectos no se tienen en cuenta en la definición de mercados a no ser que se tengan por equivalentes a los de la «sustituibilidad» de demanda, que constituye la principal herramienta para la delimitación de mercados.

Tal y como hemos transcrito, la Comunicación en su párrafo 20 declara que la «sustituibilidad» de la oferta *puede* tenerse en cuenta en la definición de mercados cuando se cumplan ciertos requisitos. Esto deja un cierto margen de discrecionalidad a la hora de tener en cuenta las consideraciones de oferta en el análisis.

Esta falta de compromiso a la hora de aplicar la «sustituibilidad» de oferta en la definición de mercados propicia que la práctica de la Comisión a este respecto haya sido poco uniforme. En el pasado, las cuestiones de oferta fueron a menudo relegadas en el análisis de la Comisión. La Profesora KORAH (1997) así lo ha destacado:

*«Aunque, al igual que el Tribunal de Justicia en Continental Can, muchos economistas consideran que la “sustituibilidad” tanto por el lado de la demanda como de la oferta definen el mercado, determinadas decisiones adoptadas al final de los años 70 y 80 en la Comunidad Europea emplearon un test diferente (...) sólo la “sustituibilidad” de demanda se tuvo en cuenta para definir el mercado»*³¹.

³¹ Valentine KORAH, *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 1997, p. 80. Texto original: «Although, like the Court (of Justice) in Continental Can, many economist consider that substitutability on both the demand and supply side of the market define it, some decisions in the European

Más recientemente y, en concreto, con posterioridad a la publicación de la Comunicación se ha venido prestando una mayor atención hacia las cuestiones de oferta en el análisis de los casos de control de concentraciones. Es frecuente que la decisión, en la sección sobre definición del mercado relevante, mencione la «sustituibilidad» de oferta. Son incluso varios los casos en los que recientemente la Comisión ha declarado la existencia de una «sustituibilidad» de oferta que ha contribuido a definir un mercado más amplio³².

Sin embargo, el análisis que se viene realizando a este respecto no puede considerarse del todo satisfactorio:

1) El tratamiento de la «sustituibilidad» de oferta no es todo lo sistemático que debiera. En algunas decisiones se menciona, para decir que procede o no procede su consideración. No es que se decida que no representa una restricción competitiva de importancia, sino que no se menciona en absoluto, sin mayor explicación.

2) Desconocimiento de los criterios aplicados. En la mayor parte de los casos en que aparece una mención a la «sustituibilidad» de oferta, tal mención es tremendamente simple y escueta. La Comisión se limita a decir que a la vista de la investigación realizada la «sustituibilidad» de oferta permite o no permite definir un mercado más amplio.

Dada la carga de trabajo es evidente que no se puede aspirar a que cada una de las decisiones de la Comisión Europea constituya un tratado de aplicación de la normativa de competencia. Sin embargo, no es menos cierto que en la situación actual se desconocen los criterios aplicados para determinar cuándo la «sustituibilidad» permite la definición de un mercado relevante más amplio. Dada la importancia atribuida a la definición de mercados en el contexto de la modernización de la normativa de competencia y a la extrapolación de este concepto más allá del ámbito de la política de competencia, resulta necesaria una mayor clarificación de estos principios.

3) Sesgo en los criterios considerados. Del conocimiento que se tiene de los criterios empleados para decidir cuándo la «sustituibilidad» de oferta es «suficiente» para intervenir en la definición de mercados, parece que el análisis de la Comisión tiene más en cuenta las consideraciones tecnológicas, relegando las consideraciones sobre incentivos económicos a la modificación de la producción.

Community adopted in the late 1970s and 1980s used a different test, ... demand substitution alone was used to define the market».

³² Entre otros, COMP/M.2542, SCHMALBACH-LUBECA/REXAM (28 de septiembre de 2001); COMP/M.2627, OTTO VERSAND/SABRE/TRAVELOCITY JV. (19 de diciembre de 2001); COMP/M.2499, Æ NORSKE SKOG/PARENCO/WALSUM. (21 de noviembre de 2001); COMP/M.2382, USINOR/ARBED/ACERALIA (see ECSC.1351) (19 de julio de 2001); COMP/M.2602, GERLING/NCM. (11 de diciembre de 2001); COMP/M.2567, NORDBANKEN/POSTGIROT (8 de noviembre de 2001); COMP/M.1939, REXAM (PLM)/AMERICAN NATIONAL CAN (19 de julio de 2000); COMP/M.2567, NORDBANKEN/POSTGIROT (8 de noviembre de 2001). http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/#by_event_date.

En concreto, la presencia de los productores en las diferentes modalidades de producto consideradas constituye un factor determinante, lo que confirma el papel secundario que se atribuye a la «sustituibilidad» de oferta en el análisis, utilizada para corregir definiciones de mercado allí cuando la «sustituibilidad» de la demanda arroja resultados demasiado estrechos y poco realistas.

4. «SUSTITUIBILIDAD» DE OFERTA EN LA NORMATIVA AMERICANA

En 1992 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y la Federal Trade Commission publicaron conjuntamente las conocidas *Horizontal Merger Guidelines*³³, en las que se define el concepto de mercado relevante en el ámbito del control de concentraciones. El mercado relevante vendrá constituido por aquel grupo de productos y aquel área geográfica más pequeños posibles en los que se satisfaga el test del monopolista hipotético:

«A product or group of products and a geographical area in which it is produced or sold such a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer and 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».

También las *Guidelines* americanas atribuyen a la «sustituibilidad» de la demanda un papel preponderante en la definición de mercado, mientras que la «sustituibilidad» de oferta juega un papel relevante en la identificación de los competidores a tener en cuenta en el análisis del mercado. Como señala HOVENKAMP (1999)³⁴:

«La “sustituibilidad” del consumo (elasticidad de demanda) define el producto mientras que la “sustituibilidad” de oferta identifica a las empresas que son capaces de producir el producto».

Una vez determinado el mercado relevante, de acuerdo con las *Guidelines* debe procederse a identificar a los *participantes en el mercado*, lo que incluye no sólo a los operadores actualmente presentes en el mercado definido, sino también a aquellos productores de otros bienes capaces de entrar en el mercado rápidamente, sin incurrir en costes irre recuperables sustanciales, en respuesta a un incremento de los precios en el mercado considerado significativo y no transitorio (*small but significant non-transitory price increase*). Estos competidores potenciales (*uncommitted entrants*) pueden disponer de antemano de la mayor parte de los acti-

³³ 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, 57 Fed. Reg. 41522; 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13, 104.

³⁴ Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, Minnesota, West Group, 1999, p. 129. Texto original: «Customer substitution (elasticity of demand) defines the product while producer substitution identifies the firms that are capable of producing the product».

vos necesarios para producir y comercializar los bienes considerados o estar en disposición de adquirirlos con facilidad, de tal manera que sean capaces en el plazo indicativo de menos de un año de estar presentes en el mercado como reacción al incremento de precios descrito.

El cómputo de las cuotas de mercado debería tener en cuenta a todos los participantes en el mercado, actuales o potenciales (*uncommitted entrants*). Para ello debería agregarse no sólo la capacidad productiva actualmente disponible en el mercado, sino también aquella otra que los potenciales entrantes considerados serían capaces de aportar en el tiempo y condiciones descritas siempre y cuando esta aportación sea económica y legalmente factible. Esto supone que si la capacidad de productor está comprometida en la producción de otro bien o si no le resulta económicamente rentable su reasignación, no procederá considerarle como entrante efectivo a efectos de la identificación de los participantes en el mercado y, consecuentemente, el cálculo de cuotas. Si el entrante no cumple las condiciones enunciadas, su efecto sobre la competencia en el mercado considerado se tendrá en cuenta a la hora de valorar la competencia potencial.

Las *Guidelines* americanas tienen en cuenta, al menos teóricamente, de forma más sistematizada la «sustituibilidad» de oferta en el análisis. Se recomienda el examen individualizado de la capacidad de entrada de los potenciales entrantes y si esta capacidad de entrada resulta lo suficientemente efectiva e inmediata se tiene en cuenta en la determinación de los participantes y el grado de concentración del mercado. Caso contrario, se pospone su consideración al análisis de los efectos de la operación.

Este análisis individualizado de la capacidad de entrada hace que la «sustituibilidad» de oferta no se plantee como un instrumento para la agregación de mercados, como sucede en el caso de la «sustituibilidad» de demanda. No obstante, la nota a pie de página 14 de las *Guidelines* plantea una excepción:

*«If production substitution among a group of products is nearly universal among the firms selling one or more of those products (...) (the authorities) may use an aggregate description of those matters as a matter of convenience»*³⁵.

Aunque se trata sólo de una nota a pie en la que no se definen los conceptos empleados, de ella se deduce que en el caso de que la capacidad de comenzar a producir y vender un bien por parte de la mayoría de los oferentes de otro bien responda a lo que hemos denominado *uncommitted entry*, se estará en disposición de considerar que ambos bienes forman parte de un mismo mercado. En estas circunstancias la «sustituibilidad» de oferta se emplearía para determinar los productos que integran el mercado y no sólo para identificar a los participantes en el mismo.

³⁵ 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, nota a pie de página 14.

5. CONCLUSIONES

El análisis de las condiciones de oferta resulta de capital importancia para valorar la competencia en un mercado. Este análisis debe referirse no sólo a los operadores que actualmente producen y comercializan el bien o servicio intercambiado en dicho mercado, sino también a aquellos otros que podrían comercializarlo en respuesta a un cambio en las condiciones de oferta y/o demanda. La «sustituibilidad» de oferta no es sino una forma de entrada, cuyas características de inmediatez y bajo coste la convierten en una fuente de presión competitiva especialmente efectiva.

Las autoridades de competencia tienden, a la hora de definir mercados, a centrarse en la «sustituibilidad» de demanda, postergando la consideración de la «sustituibilidad» de oferta a una fase posterior del análisis competitivo y restringiendo su importancia a la de mero elemento compensatorio del poder de mercado de la empresa.

Las implicaciones de esta práctica distan de ser triviales. En gran medida, buena parte de la regulación en vigor —desde la que afecta a la distribución comercial hasta la que aspira a dirigir el proceso competitivo en los sectores de comunicaciones electrónicas—, y de la propia política de competencia, tiene como piedras angulares la definición del mercado relevante y la utilización de las cuotas de mercado como *proxy* del poder de mercado. La falta de consideración apropiada de las cuestiones de oferta puede llevar a estrechar el mercado injustificadamente y exagerar el poder de la empresa en el mismo; lo que, a su vez, puede conducir a que se le impongan obligaciones y cautelas que restrinjan su capacidad de actuación de manera injustificada.

La falta de puntos de referencia a la hora de plantear en la práctica qué requisitos se le exigen a la «sustituibilidad» de oferta entre productos con el fin de agregar mercados compromete la coherencia de los ejercicios de definición del mercado. Este hecho, que no es privativo de la jurisdicción comunitaria, genera inseguridad jurídica y puede comprometer la toma de decisiones empresariales; en particular, de todas aquellas que supongan un cambio en la estructura del mercado como resultado de procesos de concentración empresarial.

Parece, pues, necesario que se proceda a sistematizar los criterios que deben presidir el análisis de la «sustituibilidad» por el lado de la oferta a la hora de definir los mercados, de forma que se pueda dilucidar con mayor claridad y consistencia cuándo procede agregar en un mismo mercado diferentes productos o cuándo, por el contrario, la «sustituibilidad» de oferta debe tenerse en cuenta tan sólo a efectos de la valoración del poder de la empresa en el mercado previamente definido. El estudio de cuáles deben ser esos criterios y la elaboración de *tests* que permitan su puesta en práctica de forma sistemática y predecible merecen por sí mismos de un tratamiento separado y serán, obviamente, el objeto de nuestra investigación futura.

