

## LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y DE LAS BARRERAS DE ENTRADA, PIEZAS CLAVE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Íñigo HERGUERA <sup>1</sup>

Universidad Complutense

Amadeo PETITBÒ

Universidad de Alcalá de Henares

### 1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia en España se apoya sobre dos pilares legales. Por una parte, el Tratado de la Unión Europea (TUE) <sup>2</sup> y, por otra, la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) <sup>3</sup>, sometida a sucesivas modificaciones. La referencia básica de la defensa de la competencia (art. 3 TUE) es «*el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado (común)*».

La legislación española tiene muchos puntos de contacto con el Derecho *antitrust* americano y, sobre todo, con el Derecho europeo de defensa de la competencia. En ambos casos, el objetivo es asegurar que las empresas en los mercados pertinentes o relevantes lleven a cabo sus actuaciones asegurando que la competencia no será falseada. En consecuencia, y con el fin de asegurar dicho objetivo, se establece que las conductas que entorpezcan la competencia pueden ser castigadas por las autoridades competentes. En este contexto, la determinación del mercado relevante se convierte en una cuestión fundamental y en el punto de partida de muchos expedientes resueltos por las autoridades de defensa de la competencia.

Ni el TUE ni la LDC persiguen a las empresas porque hayan alcanzado una posición de dominio en uno o varios mercados pertinentes. La posición de dominio es, tan sólo, una condición necesaria del abuso que es la conducta perseguida por sus efectos negativos sobre la competencia (expulsión de un rival del mercado o apropiación de una parte del excedente del consumidor, imposible en un marco de competencia efectiva,

<sup>1</sup> Íñigo HERGUERA agradece la financiación del Proyecto SEC2000-0723 de la CIICYT.

<sup>2</sup> Fundamentalmente, los artículos 81 y 82 (antes 85 y 86).

<sup>3</sup> Fundamentalmente, los artículos 1 y 6.

por ejemplo). Pero la legislación también contempla la existencia de acuerdos entre empresas cuando dichos acuerdos impactan negativamente sobre la competencia. La referencia se sostiene si se considera que, en muchas ocasiones, los acuerdos entre empresas convierten a un conjunto de empresas independientes entre sí en un sucedáneo de los monopolios, con la posibilidad de producir los mismos efectos, al eliminar la competencia entre ellas.

Pero la consideración del mercado relevante no siempre es suficiente. De lo dicho y de la consideración de la tradición del análisis económico se deduce que otra pieza clave de la aplicación del derecho de la competencia es, además de la determinación del mercado relevante <sup>4</sup>, la consideración de las barreras de entrada. En efecto, el artículo 1.1 de la LDC prohíbe los acuerdos entre empresas cuando repercutan negativamente sobre la competencia en el mercado nacional o en una parte del mismo. Por su parte, el artículo 6.1.a) de la LDC al referirse a la prohibición del abuso de posición de dominio se refiere al mercado afectado por la conducta anticoncurrencial. Lo mismo sucede en el análisis de las operaciones de concentración [art. 14.a) LDC]. Sin embargo, la referencia a las barreras de entrada <sup>5</sup> sólo está contemplada en el RD 1080/1992 cuando se refiere a la solicitud de datos sobre «Limitación de acceso de nuevas empresas al mercado».

El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) se ha pronunciado en muchas Resoluciones acerca de las conductas prohibidas por la LDC y la necesidad de delimitar el mercado (o los mercados) relevante(s) afectados. Por ejemplo, en el Expediente 379/96 (Relojes joya) el TDC sostuvo que *«cuando se trata de perseguir conductas prohibidas, la delimitación del mercado relevante resulta imprescindible si se trata de conductas abusivas de una posición dominante, ya que esta posición de dominio ha de producirse en un mercado determinado que previamente hay que delimitar, pero no es menos cierto que también tal delimitación resulta necesaria cuando se trata de ententes colusorias de tipo vertical (...) ya que para realizar el correspondiente juicio concurrencial resulta necesario conocer cuál es el poder de mercado de la empresa que ha introducido o piensa introducir determinadas restricciones verticales, pues los efectos competitivos serán diferentes según cuál sea el poder de mercado»*.

El análisis de la jurisprudencia en materia de competencia revela que dichas piezas son de crucial importancia para la correcta interpretación de los hechos enjuiciados y que su consideración en la aplicación del

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión, ver el excelente trabajo de C. ALCAIDE, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons. Además de otras referencias contenidas en las notas siguientes, *vid.* «Oligopolistic dominance and EEC Merger Policy», *European Economy*, núm. 57, 1994; W. LANDES y R. POSNER, «Market power in antitrust cases», *Harvard Law Review*, vol. 94, núm. 5, 1981, pp. 937-982; D. SCHEFFMAN y P. SPILLER, «Geographic market definition under the US Department of Justice Merger Guidelines», *Journal of Law and Economics*, vol. XXX, abril 1987.

<sup>5</sup> En el índice incluido en las publicaciones que agrupan las resoluciones del TDC no figuran las barreras de entrada como referencia.

derecho de la competencia no es una tarea sencilla, dado que, a diferencia de otros ámbitos del Derecho, el análisis jurídico, aun siendo necesario, no es suficiente. En efecto, la naturaleza de los casos sometidos al juicio de las autoridades responsables de la defensa de la competencia exige que se combinen, en las proporciones adecuadas, los conocimientos de los economistas y de los juristas.

El análisis económico ha desarrollado los criterios que permiten la individualización de los mercados sobre la base de las elasticidades y la determinación de las barreras de entrada. Sin embargo, ni la información disponible ni la rapidez exigida a los dictámenes emitidos por los responsables de la defensa de la competencia permiten aprovechar todos los recursos e instrumentos de la teoría económica. Por ello, no resulta extraño que los Informes sobre operaciones de concentración o los expedientes sancionadores en los que se incluye el preceptivo análisis del mercado relevante y la pertinente consideración de las barreras de entrada dejen insatisfechos, con frecuencia, a los académicos y a los estudiosos.

El objetivo del presente trabajo es ofrecer un panorama, forzosamente sintético, del estado de la cuestión, ofreciendo algunos criterios dirigidos a la tarea de individualizar los mercados y a precisar las barreras de entrada, de acuerdo con la legislación de defensa de la competencia. La reflexión general se acompaña de ejemplos procedentes de los dictámenes y resoluciones del TDC.

## 2. ¿POR QUÉ ES NECESARIO DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE?

De acuerdo con el texto de la LDC, la referencia al mercado relevante no aparece explícitamente. El artículo 1.2.3) LDC se refiere a conductas de escasa importancia que *«no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia»*. El artículo 6.1.a) LDC prohíbe la explotación abusiva por una o más empresas *«De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»*<sup>6</sup>. Y el art. 1.1) LDC prohíbe un conjunto de acuerdos explícitos o tácitos cuando incidan negativamente sobre la competencia *«en todo o parte del mercado nacional»*. El artículo 14.a) LDC se refiere a las operaciones de concentración y a sus efectos sobre el mercado (nacional o sobre un mercado geográfico definido dentro del mismo). Aunque no se mencione explícitamente el mercado relevante como referencia básica, se entiende que su consideración debe aplicarse a un mercado específico. Apoya esta conclusión el hecho de que, en ocasiones, la legislación se refiere a las cuotas de mercado cuya delimitación

<sup>6</sup> La LDC será modificada de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989 que estimó parcialmente dichos recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) de la LDC.

exige precisar, previamente, el mercado (geográfico y de producto) al que deben referirse las mismas. Tampoco se ofrecen en la LDC los criterios que deben dirigir los pasos de los operadores económicos y de las autoridades de defensa de la competencia. Pero, a pesar de dichas lagunas, no cabe duda acerca de que la especificación del mercado de referencia debe realizarse sobre la base de la aplicación del conocimiento del análisis económico.

El problema al que se enfrentan las autoridades responsables de velar por la defensa de la competencia es la medición o la ponderación de los efectos de las conductas empresariales que inciden sobre la competencia en los mercados. Por esta razón, los criterios de referencia empleados por las autoridades e interesados deben ser precisos y transparentes con el fin de que las autoridades no incurran en razonamientos imprecisos y de que los operadores económicos puedan minimizar el grado de incertidumbre de sus conductas o decisiones en relación con sus efectos sobre la competencia.

Puede concluirse, en consecuencia, que la necesidad de delimitar el mercado relevante afectado por una determinada conducta o cambio de estructura está presente en el análisis de la competencia, dado que constituye la referencia básica cuando se trata de estimar el efecto de una conducta anticompetitiva o de prever las consecuencias de los cambios de estructura promovidos por una determinada operación de concentración. Por ejemplo, en la Resolución recaída en el Expediente 343/93 (Feria Internacional de Valencia) el Tribunal sostuvo que *«la definición del mercado exige una precisa referencia a un bien o servicio susceptible de ser ofrecido o demandado (...) la noción de sustituibilidad refleja las posibilidades de un operador económico de dirigirse hacia un bien o servicio alternativo sin un coste significativo ni una pérdida significativa de las características del bien o servicio demandado»*. Y concluía el TDC que en el expediente no había quedado claro *«si los Certámenes son sustitutos perfectos entre sí ni el grado de sustituibilidad entre Certámenes»*. Añadía a continuación que *«la imputación de una conducta de abuso de posición de dominio exige, en primer lugar y necesariamente, la previa demostración inequívoca de una situación de posición de dominio en un mercado que debe ser definido con suma precisión —ni demasiado amplio ni demasiado reducido— desde la perspectiva del producto y territorial utilizando para ello los instrumentos analíticos que ofrece la ciencia económica»*. Pero es cierto que en los casos resueltos en España, ni el Servicio ni el Tribunal ni en la mayor parte de los casos las propias empresas interesadas han recurrido a estudios empíricos rigurosos para la determinación del mercado de referencia.

La conducta seguida por las autoridades *antitrust* sigue distintas etapas, todas ellas necesarias. En primer lugar, se establece el alcance del mercado, tanto en su dimensión geográfica como de producto. En segundo lugar, tomando el mercado definido como referencia, se analiza el

impacto de la conducta o, en su caso, se analiza el posible cambio de estructura del mercado sobre la competencia.

### 3. EL CONCEPTO DE MERCADO *ANTITRUST* RELEVANTE. CONSIDERACIONES GENERALES

El concepto de mercado relevante constituye un instrumento fundamental en el análisis *antitrust*. Las conductas empresariales tienen lugar en mercados concretos y sus efectos deben evaluarse en dichos mercados. De ahí la necesidad de su determinación precisa. Pero una vez delimitados, deben ser analizados de acuerdo con un conjunto de variables seleccionadas que ofrecen los principales elementos de referencia y características de los mismos.

Por lo tanto, un paso de máximo interés siempre es la definición del mercado relevante. Es importante dejar claro que la autoridad analiza si una *práctica concreta* (esto es: un comportamiento), y no una cuota de mercado, supone un abuso o práctica prohibida por la legislación. La distinción entre *condiciones estructurales* del mercado (por ejemplo, un cambio en los niveles de concentración) y el *comportamiento* de las empresas es crucial para entender el verdadero problema al que se enfrenta la autoridad, que no es otro que evaluar una práctica o comportamiento concreto. La dificultad estriba en que el comportamiento de una empresa es difícilmente mensurable o ponderable y, por lo tanto, es de difícil juicio.

Para analizar si un comportamiento determinado viola la legislación *antitrust* se analizan, en primer lugar, las características estructurales del mercado en donde aquél ha tenido lugar: esto es, las características exógenas a la empresa que contribuyen a que un comportamiento sea plausible y tenga éxito o no. Entre estas características se encuentra el alcance del mercado en el que la práctica concreta ha de ser evaluada.

La arena donde se determinan los precios a los cuales se puede intercambiar un bien por otro se denomina mercado<sup>7</sup>. En otros términos, la *extensión* de un mercado es el «*área donde el precio de un bien tiende a la homogeneidad (uniformidad), teniendo en cuenta los costes de transporte*»<sup>8</sup>. Pero la definición de un mercado económico puede diferir de la noción de mercado relevante en temas *antitrust*.

En un *mercado económico* los bienes considerados deben estar relacionados a través de sus precios por medio del *arbitraje* (vía demanda

<sup>7</sup> También se ha definido como el área en la que un grupo de vendedores de una mercadería, bien o servicio y de sus sustitutos próximos compiten para conseguir clientes. En este contexto se considera que el mercado tiene dos dimensiones. Una, geográfica. Otra, referida al objeto de la transacción; es decir, de producto. A partir de dicha delimitación se sostiene que dos áreas geográficas o dos productos constituyen mercados separados «si los cambios en los precios en uno de ellos no produce efectos sustanciales en el volumen de ventas del otro». Véase *Antitrust Law & Economics Review*, 1997.

<sup>8</sup> Véase G. STIGLER y R. SHERWIN, «The extent of the market», *Journal of Law and Economics*, vol. XXVIII, 1985, pp. 555-585. Esta definición corresponde con la de un *mercado económico* de

o vía oferta)<sup>9</sup>. Pero esta definición económica del mercado desde las *Merger Guidelines* (MG) del Department of Justice (DofJ) de Estados Unidos (1984) no es la noción de mercado utilizada en casos *antitrust*. Para entender la noción de *mercado antitrust* es importante tener en cuenta que una autoridad de defensa de la competencia busca identificar el posible poder de mercado de una empresa (o grupo de ellas) para lo cual define el área relevante (i.e., el mercado) sobre la base de la capacidad que la empresa, o grupo de ellas, pueda tener para elevar precios, restringir el *output* y maximizar de este modo sus beneficios<sup>10</sup>.

De hecho, el *test* inicial para delimitar el alcance del mercado se basa en que si el incremento en el precio de una empresa hipotética que fuera monopolista en ese mercado provocara que muchos consumidores se desplazaran a otras empresas o localizaciones para adquirir el bien en cuestión, de tal modo que el incremento en el precio no le saliera beneficioso a la empresa que lo aumenta, entonces, los otros bienes rivales deben ser incluidos en la definición del mercado (*antitrust*) relevante porque impiden que la empresa pueda elevar sus precios. Este proceso, de elevación de los precios y búsqueda de los sustitutos posibles, prosigue hasta que el incremento en el precio resulte rentable a la empresa objeto de estudio. El mercado queda definido, ahora, como el área (i.e., el número de productos y de localizaciones) donde la empresa hipotética monopolista puede elevar precios y obtener mayores beneficios<sup>11</sup>.

Tanto la Comisión Europea (CE) como el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) y el propio TDC español han seguido esta tradición de buscar el mercado *antitrust* relevante procedente del DofJ en sus MG. De hecho, el *mercado afectado* por una práctica concreta es, según el TJE, «*el espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en relación con sus competidores*» (caso AKZO).

Al delimitar el alcance de un mercado, la autoridad intenta definir las restricciones de comportamiento a los que la empresa se ve sometida. Pero la competencia potencial, tanto de empresas como de productos,

---

Marshall, «[es el área] donde los precios de los mismos bienes tienden a ser iguales corrigiendo por los costes de transporte».

<sup>9</sup> Un *test* que ilustra el concepto económico de mercado es el propuesto por G. STIGLER y R. SHERWIN (*op. cit.*): «*dos bienes (x, y) se encuentran en el mismo mercado (son sustitutos cercanos en la producción o en la demanda) cuando sus precios relativos mantienen un cociente estable*».

<sup>10</sup> En las citadas MG se define mercado como «un grupo de productos y un área geográfica donde se venden tales que una hipotética empresa que maximizara beneficios, no sometida a control de precios regulados, que fuera la única ofertante presente y futura de esos bienes en ese área pudiera imponer un pequeño pero significativo y no-transitorio incremento en los precios por encima de los niveles actuales o futuros esperados».

<sup>11</sup> De este modo, mientras que el *mercado antitrust* se define como el menor número de productos (y localizaciones geográficas) que permiten a una empresa hipotética que monopoliza todo el mercado elevar precios y obtener mayores beneficios, el *mercado económico* se define sobre la base del arbitraje (de demanda o de oferta) que pueda existir. Las consideraciones de arbitraje vía oferta se consideran también por las autoridades *antitrust* pero en una etapa posterior a la definición del mercado relevante.

es objeto de análisis en un estadio posterior al de la definición del mercado relevante.

Un *test* muy utilizado por las autoridades *antitrust* para determinar el alcance de un mercado es el propuesto por el DofJ en sus MG. El DofJ define mercado como «*el grupo de productos y un área geográfica asociada tal que (en ausencia de nueva entrada) una empresa hipotética, que cubra ella sola todo el mercado, puede incrementar sus beneficios a través de un incremento en el precio pequeño pero no transitorio*». Este *test* se basa en la idea de poder de mercado y refleja el criterio más utilizado para la delimitación del *mercado antitrust relevante*. De hecho, una empresa que se enfrenta a una demanda determinada intenta maximizar sus beneficios eligiendo el precio<sup>12</sup> o la cantidad a producir<sup>13</sup>. Supóngase una combinación cualquiera de precio y cantidad correspondiente demandada. Para buscar el precio que maximiza sus beneficios la empresa debe tener en cuenta dos efectos. Por un lado, si a partir de la situación inicial incrementa algo el precio, supóngase en un 5 por 100, la empresa incrementará sus ingresos en un 5 por 100 en relación con las unidades que a ese nuevo precio se sigan demandando<sup>14</sup>.

Por otro lado, debido a la Ley de la demanda, al aumentar el precio la empresa pierde clientes dado que al nuevo precio algunos consumidores preferirán no consumir el bien ofrecido por las empresas. Los consumidores que después del incremento en el precio cambian de proveedor son consumidores que antes proporcionaban unos ingresos a las empresas<sup>15</sup>. Para alcanzar el punto óptimo (el mejor precio posible que maximiza los beneficios) la empresa debe balancear estos dos efectos (con la referencia del coste marginal). Está claro que cuanto más sensible sea la demanda al precio, mayor número de consumidores perderá la empresa al incrementarlo. Para demandas bastante elásticas (elasticidad mayor que la unidad, en valor absoluto) es fácil mostrar que los ingresos perdidos por la empresa como consecuencia de haber elevado el precio superan a los ingresos adicionales que obtendrá en las unidades que aún venda al nuevo precio. Luego, el incremento en el precio, para esta demanda elástica, no resulta rentable a la empresa y, por tanto, la empresa no lo incrementará. Que la empresa gane más o pierda al elevar el precio depende de la elasticidad. En este punto es fácil imaginar dónde se situará la demanda dirigida a la empresa: el punto donde la elasticidad sea inelástica.

El *test* del DofJ, llamado también del 5 por 100 (o del 10 por 100) consiste en suponer que en el mercado existe una sola empresa y, a continuación, hacer la siguiente pregunta: si se eleva el precio un 5 por 100

<sup>12</sup> Y dejando que la cantidad a producir sea la que se demande a ese precio.

<sup>13</sup> Dejando entonces que el precio de venta del bien sea aquel que iguale la cantidad demandada a la cantidad que ha elegido producir (oferta).

<sup>14</sup> Este efecto es de incremento en los ingresos debido al incremento en el precio de las unidades inframarginales.

<sup>15</sup> Este es el efecto —negativo en los ingresos— de la demanda al subir el precio.

(o un 10 por 100) ¿logrará esta empresa hipotética incrementar sus beneficios? Si la respuesta es positiva, la empresa podría, hipotéticamente, elevar el precio y, por tanto, todos los productos considerados formarían parte del mismo mercado. Si la respuesta es negativa se considera que aún no se han incluido todos los productos sustitutos posibles. Sobre la base de este *test*, un posible mercado es el área donde si todas las empresas en este mercado coludieran e incrementaran sus precios en, al menos, un 5 por 100 (o un 10 por 100), lograrían incrementar sus beneficios. La noción implícita de mercado en el sentido *antitrust* en este *test* es «el área donde puede ejercitarse el poder de mercado»<sup>16</sup>.

Una limitación derivada de centrar la atención en la cuestión de la definición del alcance del mercado es que se ignora la práctica (i.e., comportamiento) considerada contraria al derecho de la competencia. Y como la misma Comisión establece: «Esta metodología [definir el mercado relevante en primer lugar] puede conducir, de todos modos, a resultados diferentes dependiendo de la naturaleza del tema a examinar. Por ejemplo, el alcance geográfico del mercado puede ser diferente al analizar un expediente de concentración, en cuyo caso el análisis es prospectivo, a cuando se analiza el comportamiento de una empresa en el pasado. El distinto horizonte temporal utilizado en cada caso puede llevar a la delimitación de distintos mercados geográficos para el mismo conjunto de productos, dependiendo de si la Comisión examina un cambio en la estructura de mercado o bien un tema referido al comportamiento en el pasado.» De hecho, en las propias resoluciones del TDC español se puede apreciar que un elemento estructural básico, como es la cuota de mercado, conduce a juicios diferentes según se trate de un caso de concentración económica o de comportamiento desleal hacia una marca<sup>17</sup>.

Las empresas que operan en un mercado se enfrentan a tres fuentes de competencia potencial que actúan como fuerzas disciplinadoras sobre su comportamiento: en primer lugar, la sustituibilidad de la demanda; en segundo lugar, la sustituibilidad de la oferta; y, por último, la sustituibilidad temporal<sup>18</sup>.

En la definición del mercado relevante no existe una metodología cuantitativa o cualificativa única por parte de las autoridades *antitrust*. En general, el método se basa en la acumulación de evidencias parciales que, conjuntamente, contribuyen a definir un mercado relevante. De acuerdo con la CE, toda evidencia útil debe ser aceptada y examinada por la autoridad, ya sea de tipo econométrico (por ejemplo, elasticidades de demanda), estudios de marketing o la mera observación casual de patrones de consumo. Pero, como se ha mencionado, en muchos países

<sup>16</sup> DofJ, MG.

<sup>17</sup> Más adelante se hará referencia a la Resolución Bacardí del TDC.

<sup>18</sup> Se trata de la competencia existente entre el bien vendido hoy y la demanda residual de mañana, para las ventas de una misma empresa cuando la mercancía es almacenable, las demandas de los consumidores son unitarias y hay expectativas racionales sobre evolución de los precios. Se aplica a bienes exclusivamente duraderos.

de la UE y en España en particular, no se han realizado estudios econométricos, experimentales o de muestreo de consumidores. Este rechazo de evidencias es de difícil justificación cuando se observan las dificultades existentes en la obtención de buenas estimaciones de elasticidades con datos del mercado real.

## A. EL MERCADO DEL PRODUCTO RELEVANTE

### a) *Introducción*

De acuerdo con el TDC, «el *mercado relevante de producto* comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos» (TDC, Expte. C 34/98 Molabe, S. A.)<sup>19</sup>. En este informe el TDC desarrolla la aplicación del concepto de mercado *antitrust* relevante: «*En esencia, la cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a demandar productos sustitutivos fácilmente disponibles o a trasladar su consumo a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 a 10 por 100 según la “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos.*»

En la Resolución recaída en el expediente 319/92, el TDC subrayó que, de acuerdo con las autoridades *antitrust* americanas, «*se trata de encontrar el grupo de productos más pequeño necesario para satisfacer la condición de que un eventual monopolista tuviera interés económico para proceder a un incremento de precio pequeño pero significativo y no transitorio*». Y se añadía en la Resolución que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la elección debe basarse en la necesidad y el reparto del producto, la estrategia empresarial y la de los competidores, la naturaleza —duradera o perecedera— de los productos, y su disponibilidad en el tiempo, todo ello desde una perspectiva dinámica, de acuerdo con las Sentencias del TJCE de 13 de julio de 1966, As. 56 y 58/64 (Consten Grundig), de 25 de noviembre de 1971, As. 22/71 (Beguelin) y de 21 de febrero de 1973, As. 6/72 (Continental Can).

<sup>19</sup> Esta definición del mercado relevante a nivel de producto se basa en el mismo concepto de la Comisión Europea en su Comunicación de 1997 [*Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*, OJ C 372 (9 de diciembre de 1997), Bruselas].

El análisis de la documentación examinada por el Tribunal revela que en el método utilizado para la definición del alcance del mercado de producto hay ligeras diferencias según se trate de un caso de concentración o de un expediente de abuso de posición de dominio o práctica concertada. Cuando se trata de un informe relativo a una concentración, el TDC, además de un análisis de las características hedónicas del producto y del comportamiento previsible de los consumidores, considera también elementos institucionales tales como la existencia de Asociaciones que agrupen a determinados intereses de los oferentes o las regulaciones públicas específicas que limitan el comportamiento de algunos operadores y clasifica las actividades según estén reguladas o no. Tales consideraciones son necesarias, pues constituyen piezas fundamentales en la determinación *ex ante* del mercado relevante y pueden ser muy útiles en aquellos casos en que la autoridad debe definir un mercado que sería relevante si se llevase a cabo la concentración que se propone. Por otro lado, cuando la autoridad *antitrust* debe definir el mercado relevante en el caso de una práctica concreta que se supone atenta contra la LDC, la metodología del TDC suele ser más específica al caso denunciado y utiliza, en consecuencia, un análisis basado en la posible extensión no sólo del mercado en sí mismo, sino, también, de la práctica en cuestión.

El primer paso en la determinación de los productos que deben ser incluidos en el mercado relevante es la descripción de sus características hedónicas; es decir, de los componentes objetivos de los productos candidatos a formar parte del mismo mercado. En este mismo estadio es importante, además, señalar los posibles usos o destinos de estos bienes por los consumidores. Pero estas dos características (hedónicas y de usos previsibles) no son suficientes en sí mismas para determinar el alcance del mercado del producto. Es necesario, además, analizar, aunque sólo sea a efectos de argumentación, la posible sustituibilidad por el lado de la demanda<sup>20</sup>.

En cualquier caso, la autoridad *antitrust* utiliza, en general, cualquier evidencia presente o pasada, institucional o de comportamiento de los consumidores, para ayudarse en la delimitación del mercado relevante.

Puede hacerse una distinción metodológica en este proceso según la autoridad decida sobre una operación de concentración, en cuyo caso el análisis es prospectivo, o sobre una acusación de una práctica concreta, en cuyo caso el análisis es retrospectivo. Cuando el TDC ha determinado el mercado relevante en un expediente correspondiente a una conducta contraria a la LDC, en ocasiones la referencia ha sido la práctica en sí misma y su posible alcance en la dimensión del producto o en la dimensión espacial. Por ejemplo, en el Expediente 430/98 (Onda Ramblas/Agedi), el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) consideró que el mercado relevante objetivo era el de los servicios de gestión de los derechos que

<sup>20</sup> De acuerdo con la CE, «el mercado del producto comprende la totalidad de los bienes o servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles entre sí», Comunicación de la Comisión Europea, 1997.

corresponden a los productores fonográficos por la comunicación pública mediante radiodifusión de sus obras musicales. AGEDI discutió tal delimitación por considerar que el mercado pertinente era el de la comunicación pública de fonogramas y las condiciones objetivas de su ejercicio. Por su parte, el TDC no compartió los criterios de la denunciada al considerar que intentaba *«poner el acento en cuestiones ajenas a cuanto se discute en el expediente»*, dado que de lo que se trataba era de analizar el precio de determinados derechos (propiedad intelectual, por ejemplo) que corresponden a los productores fonográficos.

También hubo discrepancias en el Expediente R 351/99 (Unespa). En efecto, mientras que la patronal consideraba que el mercado relevante era el de la prestación de servicios sanitarios en general, el TDC consideró que se trataba de los servicios sanitarios no financiados por la Seguridad Social, derivados de accidentes de tráfico y amparados por la cobertura del Seguro obligatorio de riesgos de la circulación.

Y en el caso de los derechos del fútbol, con sutileza se afirmaba que *«[e]s preciso analizar las características del producto: su sustituibilidad “sin gran dificultad”, su diferenciación, su calidad, su precio. Debe definirse un mercado de producto en el que todos sus componentes sean en cierta medida sustituibles entre sí»*, concluyendo que *«teniendo en cuenta la conducta y los contratos suscritos por parte de los encausados, el Tribunal considera que el mercado de producto relevante es el de los derechos de retransmisión de fútbol por televisión»*. Aun compartiendo el planteamiento general, los razonamientos efectuados y la conclusión, tanto en el contexto del debate jurídico en materias relacionadas con el *antitrust* como en el del análisis económico es necesaria una mayor argumentación y, en la medida de lo posible, un mayor análisis desde el punto de vista económico. En unos casos se trata de evitar la posible indefensión de los interesados pero en otros el objetivo debe ser consolidar la contundencia de la conclusión alcanzada. Y si ello no es posible por falta de medios queda clara la cuestión a plantear, una vez eliminada la hipótesis de utilización ineficiente o insuficiente de los recursos disponibles.

No es infrecuente que los interesados en un determinado expediente deseen ampliar la dimensión del mercado de producto relevante cuando ello favorece sus pretensiones. Tampoco es infrecuente que la argumentación sea frágil o escasa. En la Resolución recaída en el expediente 291/90, los interesados defendieron la ampliación del mercado considerado como relevante por las autoridades, no sólo desde el punto de vista del producto, sino, también, desde el punto de vista geográfico. La respuesta del TDC fue precisa al entender que la definición del mercado *«debe hacerse desde el punto de vista del usuario que es quien con su determinación de adquirir uno u otro (bien) decide la competencia entre fabricantes»*. Precisó el TDC que, aunque los tres productos contemplados en la discusión cumplían una misma función, no satisfacían la misma necesidad, sosteniendo que *«hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de esos tipos, que no resultan sustitutivos, es*

*decir, competitivos entre ellos*». Esto es, en el análisis del alcance del mercado relevante, la autoridad se ha basado, sobre todo, en las consideraciones de la demanda, ya que la sustituibilidad real viene determinada por las preferencias de los consumidores y no tanto por consideraciones de tipo estratégico por parte de las empresas.

En otros casos, el TDC también consideró mercados muy específicos sobre la base de la sustituibilidad de los productos por el consumidor efectivo de los mismos. En el expediente R313/98 (Wilkinson/Gillette), el TDC consideró que el mercado de producto relevante era el de los aparatos de afeitado húmedo con cuchilla (hojas y maquinillas de afeitar), formando parte de otros mercados los aparatos de afeitado en seco y de depilación. Y dentro de dicho mercado se consideraron tres segmentos con un elevado grado de sustituibilidad, a saber: *a)* aparatos de doble filo; *b)* aparatos desechables, y *c)* «sistemas». Con la misma precisión se definió el mercado relevante en el caso del tabaco. En efecto, en la Resolución recaída en el expediente 375/96 (Tabacos de Canarias) se consideró que el mercado relevante estaba constituido por *«los cigarros fabricados de forma mecanizada, con un peso de entre 5 y 8 gramos, un diámetro entre 11 y 18 mm, una longitud entre 94 y 145 mm y unos precios que oscilan entre las 30 y 70 ptas.»* En la misma línea de precisión, el TDC consideró que el mercado relevante en el expediente 438/98 (Interflora) era el de las flores y plantas ornamentales para su entrega a distancia y no el de las flores o plantas ornamentales, en general.

Pero el mercado relevante no puede incluir productos no sustitutivos entre sí. En consecuencia, en relación con un tipo de bebidas alcohólicas (Expediente r 164/96, Bebidas alcohólicas) el mercado de producto considerado por el TDC fue el de la oferta a mayoristas de vinos quinados y dulces, en lugar del mercado de vinos y licores, considerado demasiado amplio, dada la ausencia de la suficiente sustituibilidad desde el punto de vista del consumidor.

#### b) *La regulación como criterio delimitador del mercado de productos*

Hay ocasiones en que la autoridad se basa en la regulación existente para definir el alcance de un mercado. En el mercado de las telecomunicaciones, por ejemplo, en diversas Resoluciones el TDC ha utilizado la legislación básica del sector (Ley General de Telecomunicaciones o Directivas Comunitarias, por ejemplo) para distinguir entre los mercados de telefonía de voz fija y móvil, por separado. Así, en el caso MC 10/96 (Airtel-Telefónica) el TDC consideró que *«en el sector de la telefonía existen varios mercados, que pueden concretarse en dos principales, servicio de telefonía vocal fija y servicio de telecomunicaciones móviles, tal y como los delimita la Directiva 90/338/CEE»*. El argumento de la decisión es simple: con regulaciones distintas, las conductas de los operadores económicos en dos mercados próximos pueden ser también distintas. En consecuencia,

no será posible la sustituibilidad perfecta. Luego, en estas circunstancias, no hay argumentos bastantes para sostener qué productos o servicios amparados o perjudicados por regulaciones no idénticas deben formar parte del mismo mercado.

Otros ejemplos de delimitación del mercado relevante basados en la regulación existente en el sector correspondiente han sido considerados en recientes análisis de operaciones de concentración en la banca española. Tanto en la operación BBV-Argentaria (C47/99) como en la del Banco Santander/Central Hispano (C39/99), el TDC utilizó decisiones y Directivas de Coordinación Bancaria procedentes de la Unión Europea para delimitar el negocio bancario en tres segmentos: en primer lugar, el minorista; en segundo lugar, el corporativo; y, por último, el de banca de inversiones. También en la operación de concentración Endesa/Gas Natural (C38/99), el TDC utilizó la delimitación entre actividades reguladas y no reguladas, definidas en la Ley de Hidrocarburos, para proceder a la segmentación de los mercados relevantes y a su análisis prospectivo por lo que se refiere a los efectos que dicha operación pudiera tener en relación con la competencia en las actividades de distribución de gas y electricidad en las áreas geográficas afectadas<sup>21</sup>.

Aún más, en el expediente MC 18/96 (Servicom/Telefónica) el TDC se refirió a los «servicios de información a través de telecomunicaciones», apuntando la posibilidad de distinguir entre diversos submercados interconectados entre sí en los que se prestan diversos servicios entre los que pueden destacarse los mercados de «prestación de servicios de valor añadido de suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos» y de «proveedores de servicios de información». Esta distinción entre servicios de valor añadido y servicios de redes procede de la regulación comunitaria de las telecomunicaciones, en la cual, en 1996, existía una regulación distinta para los servicios (liberalizados) y otra para las redes y servicios asociados (regulados).

La intervención de la autoridad también se tomó en consideración para definir el mercado relevante en el expediente R 293/98 (Isutel/Telefónica). En este caso, el mercado de producto considerado fue el de los equipos terminales de telefonía de uso público, diferenciando según que el servicio se prestara en zonas vigiladas o en lugares no vigilados «por cuanto que las características de los terminales —al menos en lo que se refiere a los sistemas de protección— son distintos».

La localización dentro de un mismo municipio permitió diferenciar mercados en el sector de los servicios de telecomunicaciones al distinguir entre los terminales en la vía pública y los terminales de uso fuera de la vía pública (expediente R 314/98, Intertrace/Telefónica), asignándolos a mercados distintos.

Otra dimensión de la intervención pública, los subsidios, también ha sido utilizada como elemento diferenciador de mercados de productos

<sup>21</sup> Mercados definidos como el de transporte, el de distribución y el de comercialización.

que, en principio, parecen relativamente cercanos entre sí. En la Resolución recaída en el expediente 323/92 se estableció que la reutilización de aceites de automoción usados incluía diversas actividades como la regeneración, incineración, reutilización, recogida, transporte, almacenamiento y análisis, entre otras. Y se sostenía que algunas de tales actividades mostraban un elevado grado de sustituibilidad por lo que *«la regeneración de aceites usados constituye un subconjunto de la actividad de transformación y exportación de aceites usados. Las actividades de recogida, transporte, almacenamiento o análisis constituyen actividades complementarias»*. En consecuencia, sostuvo el TDC que *«[e]l conjunto de actividades relacionadas con el tratamiento de los aceites usados quedaría incluido en el amplio mercado de la reutilización de dichos aceites»*. La Resolución del TDC se apoyó en el principio de que el mercado de reutilización de aceites usados es un mercado delimitado, en gran medida, por el alcance de las subvenciones concedidas por las distintas Administraciones Públicas añadiendo que *«[e]n este mercado, el precio no reflejaba la valoración mercantil del producto y, por lo tanto, no se determinaba a partir de la libre confrontación de la oferta y la demanda. La subvención se justifica por la defensa del medio ambiente y por el hecho de que la regeneración de bases lubricantes a partir de aceites usados suponía unos costes superiores a los correspondientes a la obtención de aceites del petróleo en las refinerías»*.

Cuando el TDC debe decidir sobre una práctica concreta aplica un análisis mas *ad hoc*, específico al caso concreto y al ámbito (geográfico o de producto) de la práctica en cuestión. La delimitación del mercado relevante, entonces, además de efectuar consideraciones básicas de demanda y la definición de las características hedónicas del producto o servicio, hace uso también del contexto institucional que define o limita el ámbito o extensión de la práctica. Por ejemplo, en el expediente 309/91, la Comunidad de Madrid se definió como el mercado relevante, dado que los Estatutos de la Asociación de Concesionarios de Automóviles Intermarcas de Madrid (ACIMA) limitaban su ámbito de actuación a los empresarios de Madrid y su provincia y era en este ámbito geográfico donde se concentraban *«la mayor parte de los vehículos asegurados por la Mutua»*. Igualmente se consideró como relevante el mercado de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el Expediente 381/96 (Funerarias de Cataluña) al ser el Gremio interesado *«una agrupación de empresas funerarias»* que prestan sus servicios en el territorio de Cataluña. La Comunidad de Madrid también se consideró como el mercado geográfico relevante en relación con los servicios profesionales de los aparejadores y arquitectos técnicos (Expediente 397/97, Aparejadores Madrid). En todos estos casos la delimitación del mercado era relevante para enjuiciar prácticas de concertación de precios entre los agentes.

### c) Relaciones multimercado

En otra Resolución (Expte. 319/92) se consideró la posibilidad de considerar más de un mercado relevante. En este caso, el TDC delimitó,

en primer lugar, el mercado relevante de las imágenes de los partidos de fútbol. En segundo lugar, las retransmisiones por canal codificado. En tercer lugar, las imágenes relacionadas con los partidos de fútbol profesional relativos a competiciones profesionales organizados por la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Y, por último, desde la perspectiva del TDC se propuso, provisionalmente, que el mercado afectado fuera «*el espectáculo de los partidos de fútbol de interés nacional*», argumentándose a lo largo del procedimiento que el mercado de producto pudiera ser el entretenimiento o los derechos de emisión por televisión de acontecimientos deportivos. El mismo problema se planteó en el caso de los vehículos (Exptes. R 132/95, Ford España, MC 17/96, Ford) resolviendo el TDC que es posible «*diferenciar claramente dos mercados: el de la distribución y servicios postventa de vehículos automóviles de turismo y el de distribución y servicio postventa de vehículos industriales*», siendo posible individualizar, como tercer mercado de producto, el de la asistencia técnica, mantenimiento y reparación. En la misma línea se consideró como mercado relevante (Expediente R 126/95, Handling en aeropuertos) el de los servicios de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías en los aeropuertos españoles.

En el expediente 356/94, Roca Radiadores, se consideró que el mercado relevante abarcaba distintos productos complementarios entre sí, a saber: los equipos de cuarto de baño «*considerando el mercado de grifos y accesorios como un mercado próximo o vecino, condicionado al principal, por tratarse de productos complementarios*».

#### d) *Diversificación y diferenciación*

La diversificación del producto ofrecido es un elemento de referencia fundamental. En el expediente A 28/92 consideró el TDC que el mercado de custodia, depósito y seguridad de explosivos era un mercado distinto del de la «*fabricación y elaboración de los mismos*» añadiendo que «*[l]a tenencia y vigilancia de polvorines, fortines, demoliciones, minas, canteras, etc., constituye un mercado de producto totalmente distinto del de la investigación y elaboración de este tipo de sustancias*».

En ocasiones, la posición del TDC ha sido sutil, como en el expediente R 137/95 (Soportes fonográficos), en el que se examinaba una denuncia por presunto abuso de posición de dominio y competencia desleal por la venta de discos compactos (CD) y musicassetes (MC) de los denominados «*superventas*». En este caso, el TDC sostuvo que el mercado de producto relevante no era el de las superventas de soportes de música, «*puesto que el éxito efímero de un número de composiciones en un momento dado no determina la gran sustituibilidad entre los distintos títulos de éxito y la menor sustituibilidad de esos títulos por otros de menos moda. Los éxitos de ventas se consiguen por el interés que demuestran en determinados títulos grupos de consumidores de características diferentes, con gustos nada pare-*

*cidos, de modo que un éxito concreto puede sustituir peor a otro éxito del mismo momento que a una composición anterior del mismo autor o intérprete (...) El mercado de producto a considerar sería el de distribución de soportes fonográficos musicales o los de los CDs y los MCs por separado».* En la misma línea se consideró que el mercado relevante no era el de cada película por separado, sino los mercados correspondientes a los grandes éxitos, las películas clásicas (reposiciones) y otras películas de menor interés comercial (expediente R 147/96, Manuel Salvador).

Si se trata de un mercado donde los bienes que se venden no están especialmente diferenciados por no existir características que los distingan claramente o bien se trata de bienes con componentes diferentes pero los consumidores los perciben como iguales, se incluirá en el mercado afectado a todos los productos que tengan una composición y *función similar*. Éste ha sido el criterio seguido por el TDC español en el caso Vileda-Tervi (TDC, 437/98), donde entendió que todos aquellos componentes químicos que cumplían con la misma finalidad que el producto analizado (un mejor blanqueado de la ropa) debían ser incluidos como productos sustitutos potenciales. Las características hedónicas de un producto no son suficientes para excluir a productos rivales en muchas ocasiones. Para esta parte del análisis se estudian las prestaciones que el producto ofrece a los consumidores.

La diferenciación de los productos puede darse por muchas razones y una de ellas es la reputación o imagen de marca conseguida en el tiempo. Existen muchas actividades donde hay empresas que disponen de marcas muy conocidas y reputadas que compiten con otras de menor imagen o incluso con las marcas blancas. La imagen de marca es una característica conseguida por la empresa a través del esfuerzo publicitario, promocional y de calidad a lo largo del tiempo y estos atributos, de un modo general, están al alcance de cualquier otra marca con menor reputación inicial. La imagen de marca, por sí sola y por importante que sea, difícilmente hace de un producto algo totalmente diferente de los demás cuando sus prestaciones sean similares. De hecho, el propio TDC (Resolución 396/97, fútbol por ordenador) ha argumentado que: *«Una marca no convierte a un producto en algo tan diferente de los otros que impida su sustituibilidad y, por lo tanto, no puede considerarse que el uso de una marca convierta al producto en algo tan insustituible que constituya un mercado diferenciado.»* El TDC consideró como un producto específico la perfumería de lujo (expediente 2 219/97, Perfumerías catalanas) en lugar de las marcas específicas, dado que *«existe una sustituibilidad amplia entre productos para la misma finalidad de diferentes marcas, dentro de la gama de alta perfumería o perfumería de lujo».*

## B. EL MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

En esta fase se trata de determinar si empresas localizadas en un área diferente de la empresa objeto de análisis pueden constituir una

alternativa real de oferta para los consumidores. El *test* de referencia se basa en un ejercicio de simulación: si el precio del bien en cuestión se incrementa de un modo permanente en un 5 o un 10 por 100, se observaría un desplazamiento de la demanda a corto plazo en favor de bienes producidos en otras localizaciones sin necesidad de que los consumidores incurran en un coste significativo.

El TDC se ha referido a esta cuestión en multitud de ocasiones y ha sostenido que «... *el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas*» (expte. Concentración Molabe SA, 34/98, TDC)<sup>22</sup>.

La primera referencia al «mercado relevante» se encuentra en la Sentencia Columbia Steel<sup>23</sup>. Que el asunto no es sencillo se pone de relieve en dicha Sentencia, donde el Tribunal reconoció las dificultades existentes para precisar el mercado relevante en términos de espacio geográfico y de producto. Reconocía el Tribunal que el análisis es particularmente difícil cuando se trata de mercados caracterizados por la competencia monopolística entre los distintos operadores económicos, dada la diferenciación de los bienes y la imperfecta sustituibilidad entre los mismos.

En determinados casos, el mercado geográfico se ha definido de forma muy restringida. Por ejemplo, en la Resolución recaída en el expediente A 52/93 el mercado relevante se limitó a la «enseñanza del esquí en la Estación de Cerler»<sup>24</sup>, en el expediente A 54/93 (billetes de tren) se definió como «el transporte regular de viajeros entre Cercedilla y Navacerrada, no entre Madrid y Navacerrada como mantiene RENFE en sus alegaciones». En la Resolución correspondiente al expediente 431/98 (Eléctrica Curós) como el pequeño municipio de Santa Pau y en el expediente A 16/91 como el correspondiente a la ciudad de Madrid.

Al igual que ocurre en el caso del análisis del mercado de producto, hay ocasiones donde los mercados en cuestión están sometidos a regímenes regulatorios específicos que definen distintos mercados, según estén sometidos a restricciones regulatorias o no. El TDC ha utilizado a

<sup>22</sup> Del mismo modo la CE en su Comunicación de 1997 define: «*el mercado geográfico relevante incluye el área donde las empresas objeto de investigación ofrecen o demandan productos o servicios en condiciones de la competencia suficientemente homogéneas y éstas puedan ser diferenciadas de áreas vecinas debido a que las condiciones de la competencia sean apreciablemente diferentes de aquélla*».

<sup>23</sup> United States v. Columbia Steel Co., 334 US 495, 508.

<sup>24</sup> En la Resolución se afirma que «*en este mercado están presentes varios operadores que actúan tanto individual como colectivamente por lo que no puede negarse la existencia de competencia. Ahora bien, dada la posición del concesionario en exclusiva de la utilización del monte público que tiene la Estación de Cerler, ésta podría haber utilizado su poder de mercado para establecer una serie de limitaciones o condiciones que atribuyeran ventajas competitivas a unos operadores sobre otros. Pero no es el caso. En efecto, consta indubitadamente en el expediente la existencia de una completa libertad para la práctica de la enseñanza del esquí en la Estación de Cerler*».

menudo este cuerpo legal regulatorio en el que los mercados vienen definidos *ex ante*, sin aplicación concreta al caso específico, como criterio de delimitación de mercados. Un ejemplo es la Resolución 334/93: el mercado geográfico se limitó a la ciudad de Fuengirola, «*donde el ayuntamiento tiene su poder de regulación y donde se ha producido la práctica*». O el expediente R-193/96 (Suelo Municipal de Zumaia) referentes a suelos urbanizables, en donde el TDC entendió que al ser el suelo urbanizable una potestad regulatoria municipal y cada municipio podía establecer mecanismos de asignación de suelo diferentes, era en ese ámbito geográfico municipal donde debía ser juzgada la práctica concreta.

De forma similar, en el expediente 310/92 (Retransmisión por tv de fútbol extranjero), se consideró que, a pesar de que el mercado de producto estaba constituido por las retransmisiones de partidos de fútbol celebrados entre equipos pertenecientes a la UEFA, el mercado geográfico se limitaba a España «*por cuanto la competencia de la RFEF para la concesión o denegación de autorizaciones para la retransmisión de partidos extranjeros se circunscribe exclusivamente a nuestro país y es además en dicho territorio donde se producen los efectos de la conducta finalmente enjuiciada en este expediente*». O sea, con independencia de consideraciones de demanda, la potestad de conceder un derecho a desarrollar una actividad cuando parte de una autoridad pública con competencias geográficas definidas, esta potestad pública ayuda en la delimitación del alcance geográfico del mercado al limitar el alcance posible de una práctica o comportamiento. Por último, en la Decisión relativa a la operación de concentración entre Endesa y Gas Natural (C38/99) el TDC define el ámbito geográfico de otros comercializadores competidores con las dos empresas sujetas de la fusión como «*el área geográfica que abarcan las autorizaciones administrativas*», dado que algunos rivales de pequeño tamaño tenían autorización para la distribución del gas únicamente en alguna región específica y esto les limitaba en su capacidad de competir con las restantes empresas.

En la definición del ámbito geográfico, la variable *costes de transporte* que recaen sobre el consumidor en su elección del producto o servicio en ocasiones es el criterio determinante. En el expediente R 217/97 (Colegio San Alberto Magno) se limitó a la ciudad de Zaragoza el ámbito geográfico, dado que es difícil que «*alumnos residentes en otras provincias o ciudades aragonesas se planteen acudir al colegio denunciado en número suficiente para que el efecto global sobre la competencia en la región sea significativo*». De la misma forma, en el caso de las películas de estreno, el mercado geográfico relevante se limitó a una ciudad y sus alrededores, dado que no es imaginable que los espectadores se desplacen por el territorio nacional para ver una determinada película (expediente R 147/96, Manuel Salvador). También se limitó a una ciudad el mercado geográfico correspondiente a los permisos de conducir (expediente 391/96, Autoescuelas Linares).

Los costes de transporte relevantes también pueden analizarse desde el lado de la oferta, especialmente cuando sean relevantes en relación

con el precio final del bien o servicio y recaigan sobre el consumidor. En el caso de un expediente de autorización de asistencia técnica (expediente A 90/94, Asistencia Técnica Vaillant), el TDC discrepó de la opinión del SDC, manifestación inequívoca de la indeterminación de muchos principios inherentes al derecho de la competencia, y sostuvo que el mercado de asistencia técnica de calefacción y calentadores de agua «*no tiene alcance nacional, sino local, o a lo sumo, provincial*». Igualmente, en el expediente R 155/96 (Gasolineras de Canarias) el TDC delimitó el mercado geográfico de la distribución de productos petrolíferos para automoción como el correspondiente a las Islas Canarias. Asimismo, el TDC definió como provincial el mercado de distribución de publicaciones periódicas (Expediente R 170/96, General Española de Librería y Expediente R 183/96, Prensa de Barcelona). En la operación de concentración entre Azucarera y Ebro (C31/98) el TDC definió el mercado geográfico como el nacional pero a su vez incluía la posibilidad de dividir el mercado nacional en tres submercados debido a los muy diferentes costes de transporte en los que se incurre cuando la distancia a recorrer es superior a los 150-200 Km. En consecuencia, dividió el mercado español en tres áreas<sup>25</sup> (zona Nordeste, resto del Norte y zona Centro y Sur).

En otros casos, el mercado geográfico relevante ha sido interpretado como el español estrictamente o con desbordamientos —considerados como irrelevantes— en Portugal o Francia, como en el caso del expediente 319/92. En la decisión sobre la operación de concentración C48/99 (Intermalta/Maltamanca) se incluyó a localizaciones del sur de Francia y de Italia como posibles competidores de los fabricantes de malta para cerveza en suelo nacional. El mercado de distribución al por mayor de todo tipo de pescado procedente de los puertos españoles fue definido como el mercado nacional (Expediente 378/96, Asentadores de pescado), dado que no hay barreras ni costes de transporte especialmente diferentes entre las distintas localizaciones del mercado nacional.

### C. LA DIMENSIÓN TEMPORAL

Una fuente de competencia adicional se da en la dimensión temporal. Existen bienes cuyo disfrute se prolonga en el tiempo durante varios períodos (i.e., bienes duraderos), lo cual hace que su demanda pueda caracterizarse como unitaria a lo largo de un largo período de tiempo. Esto es, los consumidores demandan o una unidad o ninguna del bien en cuestión y una vez adquirido el bien dejan de demandarlo. Se trata de bienes como los automóviles, las lavadoras o el equipo en general, cuya vida y disfrute para el consumidor se extiende en el tiempo.

<sup>25</sup> De evidencias recogidas por los operadores, parece evidente que a partir de una distancia de 200 Km el coste por Kg de azúcar transportada más que se duplica con respecto al coste unitario para distancias pequeñas (pasa de 1,5 ptas/Kg a unos costes de 3 o incluso de 6 ptas. por Kg transportado).

El hecho de que un consumidor pueda comprar el bien duradero en el momento  $t$  o  $t + 1$ , o bien en períodos posteriores tiene efectos pro-competitivos muy importantes.

Un resultado, debido a Coase, establece que incluso una sola empresa que produzca bienes duraderos, si los consumidores pueden elegir la compra del bien en varios períodos, y si se asume que existen expectativas racionales por el lado de la demanda, resulta que la posibilidad de sustituir la compra hoy por la compra mañana hará que el monopolista en el límite sólo pueda establecer un precio. Dicho precio cubrirá el coste marginal de producción. Por lo tanto, se sostiene que serán los consumidores los que ejerzan la fuerza competitiva sobre el precio del monopolista. Al inicio de la vida del producto el monopolista deseará establecer un alto precio al bien. Por lo tanto, habrá consumidores con valoraciones más altas del bien que quizá lo compren. Pero otros consumidores, con valoraciones medias preferirán esperar a comprar el bien, ya que al reducirse la demanda de período a período, el monopolista no tendrá otra salida que reducir el precio de oferta del bien en períodos sucesivos.

Si esta situación se alarga durante muchos períodos, el único precio al cual los consumidores estarán dispuestos a comprar el bien será el que coincida con el coste marginal, porque saben que antes o después éste será el único precio al cual el monopolista podrá colocar las últimas unidades del mismo.

Este resultado teórico, conocido como la conjetura de Coase, tiene una clara relevancia en los mercados de bienes duraderos. El monopolista que produce este tipo de bienes tiene varias alternativas para evitar el efecto de reducción en el precio de su oferta: una salida consiste en el precompromiso (creíble) por parte del monopolista de mantener una política de precios (decreciente en el tiempo) de cara a los consumidores. Si el compromiso es creíble, logrará vender distintas unidades en períodos diferentes, a precios distintos. Esta discriminación temporal maximizará las ganancias, ya que conseguirá colocar el bien en los primeros períodos a los consumidores con mayores valoraciones. Los últimos consumidores en comprar el bien lo harán necesariamente a precios cercanos a los costes marginales.

Otra salida posible a la conjetura de Coase es la estrategia consistente en no vender el bien, sino vender los servicios que presta este bien. Es decir, consumidores que compran el alquiler en el momento  $t$  no desaparecen del mercado en el momento  $t + 1$ , ya que necesitarán de nuevo los servicios del bien duradero. Al no desaparecer estos consumidores de la demanda, el monopolista podrá mantener su poder de monopolio período tras período. Esta estrategia, de hecho, es la utilizada desde hace más de treinta años por compañías que producen los bienes duraderos (máquinas de fotocopiar, p. e.), los cuales, en general, no se venden (aunque existe la posibilidad de compra), sino que, por lo general, se alquilan (*leasing* u otros contratos de servicios) a los consumidores.

Las relaciones comerciales de este tipo de empresas se caracterizan por la existencia de contrato a largo plazo con sus clientes. Estas relaciones verticales pueden, en ocasiones, ser consideradas anticompetitivas, dado el tipo de cláusulas que pueden llevar implícitas. La implicación de la conjetura de Coase en relación con el alcance del mercado es clara: el mercado relevante del producto no tiene en cuenta sólo el período considerado, sino que, dada la sustitución posible por parte de los consumidores entre consumo hoy y consumo mañana, el horizonte temporal a considerar en el mercado afectado es dinámico.

En un caso relativo a la empresa Xerox, el TDC analizó un conjunto de cláusulas de exclusividad que Xerox imponía a sus clientes en España relativas a los agentes encargados del mantenimiento y reparación de sus máquinas fotocopiadoras. Xerox imponía la exclusividad de contratar los servicios de postventa propios de la empresa y esto podría ser entendido como una restricción a la competencia al limitar Xerox la posibilidad de elección del servicio de mantenimiento de los clientes. El TDC entendió que, dado que los servicios de reparación y mantenimiento eran claramente diferentes de los servicios de fotocopiado, debían separarse como mercados relevantes distintos y no podían ser ofrecidos como un *bundle*, en conjunto, necesariamente y debían, por tanto, ser ofrecidos con cláusulas diferenciadas y por separado para que el consumidor pudiera elegir ese servicio postventa a la misma o a otra compañía.

Para un cierto tipo de bienes puede ser que la demanda de cada individuo se limite a una unidad del bien o ninguna y ésta puede adquirirse en este momento o en uno más lejano en el tiempo. A pesar de que las preferencias de los individuos pueden aconsejar la compra del bien ahora, dependiendo del precio al que se ofrezca este producto, muchos consumidores preferirán esperar si, de este modo, obtienen una rebaja del precio. Esto puede conducir a un equilibrio muy competitivo a pesar incluso de existir un solo ofertante en el sector. Este tipo de competencia temporal es relevante en la Resolución Xerox.

#### 4. LA COMPETENCIA POTENCIAL Y LAS BARRERAS A LA ENTRADA Y LA SALIDA

El análisis por el lado de la oferta revela la posibilidad de una disciplina de las empresas presentes en el mercado o entrantes potenciales tal que pueda impedir el ejercicio del poder del mercado de la empresa establecida. En coherencia con este planteamiento el TDC acepta que si sus efectos disciplinadores son importantes, es un criterio útil para la definición del mercado *antitrust* relevante: *«Al definir los mercados relevantes de producto y geográfico la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta 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 costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas»* (expediente 34/98, Molabe).

El criterio por el lado de la oferta se aplica con el objetivo de ampliar, no de disminuir, el alcance del mercado. En el caso Molabe antes citado, el SDC definió tres mercados distintos basándose en que uno de los productos (achicoria soluble) necesitaba de una tecnología especial para ser producida y por ello no competía con la achicoria en grano y malte. El TDC, por contra, entendió que dado que la achicoria en grano y la achicoria en formato soluble eran sustitutos cercanos por el lado de la demanda, ambos debían incluirse en el mismo mercado afectado a pesar de la diferencia tecnológica que presentaban. De nuevo aquí se pone de relieve cómo la sustituibilidad de oferta es un criterio en general utilizado para ampliar, no para reducir, el alcance del mercado, el cual viene principalmente determinado por consideraciones del lado de la demanda.

La publicidad y los servicios asociados a ella, imagen de marca y reputación, muy a menudo son considerados como barreras a la entrada. Pero este juicio puede ignorar la naturaleza misma de la competencia en algunos mercados. Para el caso, por ejemplo, de las bebidas embotelladas, la CE ha señalado que, a pesar de que es fácil que un embotellador produzca un nuevo refresco y lo introduzca en el mercado (no hay barreras tecnológicas significativas a la entrada), también es cierto que toda nueva bebida necesita publicidad y promoción para asegurar su éxito posterior. Alcanzar un nivel mínimo de este activo intangible exige tiempo y un montante de recursos muy importante y en ocasiones se trata de inversiones de carácter enterrado. Por este motivo, la CE ha señalado que *a priori* la sustituibilidad por el lado de oferta no es posible que ocurra a corto plazo y sin costes adicionales significativos. En consecuencia, no se trata de un criterio útil para la inclusión de nuevos productos en la definición del alcance de un mercado afectado.

A pesar de la relevancia de estas cuestiones, su toma en cuenta por las autoridades encargadas de defender la competencia es escasa y casi nunca se realiza un análisis de la entrada y los efectos disciplinadores que ésta ha tenido.

En general, las autoridades *antitrust* analizan la competencia nueva o la potencial en una fase posterior a la de la delimitación del mercado relevante. Con este procedimiento pierden información valiosa sobre la elasticidad a la que se enfrenta la empresa objeto del estudio en su demanda residual. Además, la consideración de la diferenciación conseguida a través del esfuerzo publicitario y promocional es básica, en muchas actividades, para los operadores, los cuales tienen que invertir en publicidad si quieren seguir manteniendo su presencia en el mercado. Se trata, en suma, de una dimensión de la competencia adicional que, en algunas

ocasiones, no ha sido bien analizada al considerarse la imagen de marca, y los recursos correspondientes para su consecución, como una mera barrera a la entrada en un mercado, olvidando que hay mercados donde el esfuerzo publicitario no es una barrera de entrada, sino un ingrediente de la competencia adicional y natural que, por el lado de la demanda, constituye una actividad que afecta al comportamiento de los consumidores.

Dependiendo de las condiciones de entrada en una industria (i.e., barreras), la competencia potencial, de empresas y productos sustitutos, puede ejercer un papel disciplinador importante y hacer imposible (i.e. no rentable) el ejercicio del poder de mercado por parte de la empresa establecida.

Las barreras pueden ser de tres tipos:

En primer lugar, barreras naturales. Se trata de barreras a la entrada que existen por la naturaleza misma del proceso productivo. Por ejemplo, en el sector del embotellado cualquier nuevo entrante deberá invertir unos recursos significativos en la instalación y puesta a punto de una planta de embotellado. Es importante distinguir aquí si los recursos destinados a esta nueva actividad tienen un carácter de *gastos fijos* (i.e., recuperables una vez se abandona la industria) o *bien gastos enterrados* (o hundidos, i.e., no recuperables una vez se ha incurrido en ellos). En el ámbito del embotellado, por seguir con el ejemplo, está claro que se trata de costes fijos. Este tipo de barreras naturales se dan, por lo general, para todos los operadores por igual, por lo que no presentan problemas de ventajas esenciales para los operadores ya establecidos (incumbentes).

En segundo lugar, barreras jurídicas. En algunos éstas son las más importantes. Puede tratarse de ser limitaciones jurídicas a la entrada. Por ejemplo, en telefonía móvil es requisito necesario disponer de parte del espectro. También ocurre en tv en el ámbito nacional, donde el Gobierno otorga licencias en número limitado. Estas barreras, se entienden, son necesarias, dada la limitación de la capacidad total del espectro de radiofrecuencias que otorga cabida solamente a un número limitado de operadores. Pero las barreras pueden adoptar también otras formas más sutiles pero igual de efectivas. En este caso, cabe mencionar las estrategias desarrolladas por los poderes públicos cuando facilitan el negocio a empresas con las que ya han contratado en el pasado.

Cuando un poder público es quien tiene la llave de entrada a una actividad económica, hay riesgos claros de comportamientos poco eficientes, especialmente cuando se trata de poderes poco sometidos a la disciplina de la LDC. Un ejemplo claro de esta conducta reside en las licencias de transporte de viajeros por autobús en determinadas líneas/recorridos, donde en el concurso concesional la autoridad pública establece un sistema de puntuación que prima a las empresas ya establecidas por el hecho de haber prestado el servicio en el pasado. Se trata de una actividad en la que es difícil sostener que las economías de aprendizaje

son relevantes y, por tanto, justifican que se dé esta ventaja a las empresas ya establecidas. Las barreras jurídicas a la entrada suponen un problema de entrada claro, especialmente cuando son determinadas por poderes públicos que pueden hacer del proceso de concesión de una licencia o permiso a operar una actividad determinada.

Por último, barreras estratégicas. Se trata de actividades desarrolladas por la empresa establecida mediante las cuales impide o dificulta la entrada de potenciales rivales. Estas barreras toman la forma de gastos de promoción o de publicidad necesarios para que un nuevo producto se desarrolle en el mercado siempre y cuando las inversiones tengan como objetivo dificultar el acceso de rivales al mercado. Pero desde la perspectiva del derecho de la competencia, esta posibilidad es difícil de identificar. Por un lado, estos *gastos promocionales constituyen una barrera natural* en el sentido de que cualquier empresa debe realizarlos para dar salida a sus productos<sup>26</sup>. Si además de esta necesidad de negocio existe el *gasto en promoción con fines estratégicos* por parte de alguna empresa, distinguir ambos motivos supondrá una tarea compleja.

La existencia o no de barreras y la rapidez de la entrada/salida hace que un mercado sea más o menos contestable o impugnabile. Esta cuestión es objeto de análisis en una etapa posterior a la definición y análisis de un mercado, ya que lo que se quiere determinar en este punto es la restricción que la competencia potencial pueden ejercer sobre el comportamiento de la empresa establecida, limitando el poder de mercado que inicialmente y dada su posición en el mercado se le puede suponer.

La contestabilidad se define en el Informe de concentración C33/98 (Havas/Grupo Anaya): «[c]ontestabilidad es una cualidad del mercado que hace referencia a la facilidad de entrada y salida en el mismo. Así, se dice que un mercado es perfectamente contestable cuando reúne en grado sumo las condiciones siguientes: En primer lugar, no existen barreras a la entrada ni a la salida. En segundo lugar, todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes. En tercer lugar, la información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas. Y, por último, se puede entrar en el mercado y salir del mismo antes de que las empresas que operan en él puedan ajustar sus precios. La contestabilidad de un mercado será mayor o menor según sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales las condiciones reales respectivas que se den en el mismo».

El TDC desarrolla un análisis de la impugnabilidad de los mercados en las Resoluciones R362/99 (Ron Bacardí), en R313/98 (Wilkinson/Gillette) y en la operación de concentración C32/98 (Chep/Gespalets). En

<sup>26</sup> No otorgan, por tanto, ninguna ventaja especial a las empresas ya establecidas. Todas las compañías con marcas con presencia nacional importante dedican una parte muy significativa de sus recursos a esfuerzos publicitarios y promocionales. Las empresas del sector compiten en esta dimensión, de largo plazo, tan agresivamente como lo hacen en precios.

todas estas decisiones la impugnabilidad resulta crucial, dado que las empresas objeto de análisis disfrutaban todas de cuotas de mercado muy altas y fue la facilidad de entrada y salida del sector lo que determinó una decisión favorable a ellas.

El análisis de la impugnabilidad lo desarrolla el TDC explicando las posibilidades de entrada rápida en el mercado del producto ya definido. Por ejemplo, en la Resolución referida a Ron Bacardí, el TDC entiende que en el mercado de bebidas de ron la entrada no tenía ningún tipo de limitación jurídica ni natural y que, por tanto, a pesar de que la empresa dominante disfrutaba de una cuota de mercado cercana al 70 por 100, la entrada potencial al mercado era libre y relativamente no onerosa. Por lo tanto, las posibilidades de ejercer el poder de mercado eran muy escasas. Argumentos similares basados en los reducidos costes de entrada a un mercado ya definido se utilizan también en las Resoluciones Wilkinson/Gillette y en la referente a máquinas de transporte de paletas industriales (Chep/Gespalets).

## 5. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha realizado un análisis forzosamente general en relación con la definición del mercado relevante (de producto y geográfico) y las barreras de entrada. Se trata de dos instrumentos fundamentales en el análisis *antitrust*. Por esta razón, la apreciación efectuada ha considerado tanto las aportaciones del análisis económico como la práctica de las autoridades españolas de defensa de la competencia y, en particular, del TDC.

En primer lugar, se ha distinguido entre el mercado económico y el mercado *antitrust*, cuyo análisis está guiado por la consideración del poder de mercado de las empresas en un entorno definido. Por ello se definen, en primer lugar, las características hedónicas de los productos y servicios objeto de análisis, así como los usos previsibles que los consumidores puedan hacer de ellos. También se analizan, de forma argumental, las posibles sustituciones entre productos distintos por parte de los consumidores. Son determinantes de la demanda los que definen el alcance de un mercado, tanto en su dimensión del producto como en su dimensión espacial. En esta última dimensión los costes de transporte son relevantes; no sólo los que recaen directamente sobre el consumidor, sino también los que recayendo sobre el producto acaban siendo sufragados por los consumidores.

En segundo lugar, el análisis de las resoluciones e informes del TDC revela que éste, con frecuencia, se ha basado en delimitaciones del mercado establecidas *a priori*, como la regulación de los mercados por la CE o las administraciones públicas. Esta elección facilita el desarrollo de los informes o resoluciones, pero plantea el inconveniente de definir mercados de forma que no se ajustan plenamente a una realidad en muchos

casos compleja y dinámica. El ejemplo de las telecomunicaciones puede ser ilustrativo.

En tercer lugar, también se observa que en la resolución de expedientes o en la emisión de informes, las autoridades españolas de defensa de la competencia —pero no sólo ellas— emplean la argumentación lógica y jurídica con solidez y claridad. Ésta es una cuestión positiva. Sin embargo, también se observa, en ocasiones, la existencia de discrepancias no sólo entre las autoridades y los interesados, sino también entre las propias autoridades. Este hecho aconseja completar aquella aproximación lógico-jurídica con otra de mayor calado desde la perspectiva del análisis económico. Se trataría, en definitiva, de apoyarse en análisis empíricos —muestral o experimental— para apoyar las conclusiones alcanzadas en relación con la delimitación del mercado relevante con el resultado de la aplicación de instrumentos robustos.

Por último, debe subrayarse que las resoluciones del TDC consideran, a menudo, de forma explícita o tácita, la posible existencia de barreras de entrada, o impedimentos a la sustituibilidad de la oferta. Dada la relevancia de esta cuestión, desde la perspectiva de la competencia potencial, también sería aconsejable acompañar las resoluciones e informar de una mayor evidencia empírica con el objeto de reforzar el contenido de las conclusiones.