

RESCATANDO LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN LOS CASOS DE CONDUCTAS COLUSORIAS

José Daniel VARGAS ROZO *

Área de Competition Economics (Forensic), KPMG Asesores

Jaime PINGARRÓN YÁÑEZ-SEDEÑO *

Área de Competition Economics (Forensic), KPMG Asesores

1. INTRODUCCIÓN

De forma casi habitual en las resoluciones por infracciones «horizontales» del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, la CNMC ha venido prescindiendo de la definición del mercado relevante¹ argumentando, entre otros motivos, que:

- «Las conductas llevadas a cabo por las empresas analizadas [...] constituyen una infracción única y continuada restrictiva por objeto» [Resolución CNMC *Postes de Hormigón* (2015)].
- «La multiplicidad de mercados de producto potencialmente afectados»; [...] «la dificultad de distinguir nítidamente entre los distintos posibles mercados de producto dentro del sector»; [...] «adicionalmente, nos encontramos ante infracciones del art. 1 de la LDC cuya acreditación no exigen una delimitación detallada del mercado de producto y geográfico en cuestión con objeto de poder apreciar una determinada posición de dominio»; [...] «no afecta a sus conclusiones, que se refieren a posibles infracciones del art. 1 de la LDC a las que por su naturaleza no es de aplicación la exención prevista en el art. 5 de la LDC» [Resolución CNMC *Residuos* (2015)].
- «Al tratarse de una práctica colusoria prohibida por el art. 1 LDC, no hubiese sido necesario realizar una delimitación del mercado relevante por cuanto no resulta un elemento imprescindible del tipo infractor» [Resolución CNMC *Concesionarios AUDI/SEAT/VW*].

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de KPMG España.

¹ También denominado en la normativa de competencia y en la jurisprudencia como «mercado de referencia» o «mercado pertinente». A lo largo del presente artículo utilizaremos de forma indistinta cualquiera de estos términos.

(2015); *Land Rover* (2015); Resolución CNMC *Fabricantes de Automóviles* (2015)²].

La aparente ausencia de necesidad de delimitar el mercado relevante estaría sustentada en precedentes de la jurisprudencia tanto nacional como europea, estos últimos relativos a la aplicación del art. 101 del TFUE. De este modo, cabría decir que la autoridad emplea una suerte de automatismo sustentado en la jurisprudencia y extensible a cualquier caso del art. 101.

Pero, ¿es realmente innecesaria la definición del mercado de referencia en los casos de conductas colusorias? ¿Qué dice realmente la jurisprudencia comunitaria al respecto? ¿Cuál es el papel operativo desde una perspectiva económica que juega la definición del mercado? Estas son las preguntas sobre las cuales realizamos algunas reflexiones desde el punto de vista económico a lo largo del presente artículo.

La justificación en la que tradicionalmente se apoya la no necesidad de definir el mercado de referencia se basa en que es más «eficaz» para la autoridad de competencia por cuanto le permitiría «ahorrar» tiempo y recursos, destinando los mismos a profundizar en otros aspectos de la investigación o al desarrollo de otras investigaciones. El supuesto que llevaría implícita dicha justificación es que la autoridad se encuentra frente a una serie de conductas cuya propia naturaleza permite presumir una asociación directa entre dichas conductas y un daño significativo a la competencia. Es decir, sería tanto como afirmar que ante una restricción «por objeto» es indiferente definir el mercado en el que la misma se inscribe.

La delimitación del mercado relevante se ha venido contemplando como un complejo proceso, que sirve y es esencial para analizar y evaluar el poder de mercado de una o varias empresas, particularmente en los casos de concentraciones económicas o en los de abuso de posición de dominio. Sin embargo, nosotros pensamos que la delimitación del mercado resulta esencial para poder comprender cualquier problema de competencia a analizar, presentando otras aplicaciones y ventajas en los casos de conductas colusorias. Entendemos que la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el análisis de infracciones por objeto del art. 101 (particularmente, *Cartes Bancaires*) viene, precisamente, a poner encima de la mesa la importancia de contextualizar adecuadamente el entorno económico en el que se produce la conducta, es decir, reivindica, a nuestro entender, el imprescindible papel como marco de referencia del mercado relevante.

La primera sección del artículo comienza analizando el papel que, desde una perspectiva económica, cumple la definición del mercado. En cierto modo, comprobaremos que dicho papel es indiferente al tipo de problema

² A diferencia de los anteriores asuntos, en este caso se citan algunos antecedentes nacionales: Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, *Manipulados radiactivos*; Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, *Transitarios*; de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10, *Postensado y Geotecnia*; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11, *Asfaltos de Cantabria* y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11, *Coches de Alquiler*.

de competencia que tengamos encima de la mesa, bien sea prospectivo o retrospectivo. En la segunda sección repasaremos el marco que, según nuestro análisis, verdaderamente establece la jurisprudencia a la hora de exigir, o no, la definición del mercado. En la tercera sección proporcionamos una serie de motivaciones adicionales por las que entendemos resultaría conveniente comenzar definiendo el mercado.

Finalizamos el artículo presentando nuestras conclusiones, en las cuales sugerimos incorporar como parte del estándar mínimo exigible al razonamiento económico en el análisis de las conductas colusorias, la delimitación del mercado relevante, al igual que sucede para el caso de concentraciones y abuso de posición de dominio. La utilización de este criterio permitiría enriquecer la discusión económica de las decisiones de la autoridad de competencia, al definir los límites del terreno de juego y sus actores, lo cual tendría influencia sustancial tanto a lo largo del procedimiento de infracción como en situaciones *ex post*, relativas a acciones de reclamación de daños y perjuicios.

2. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE MERCADO RELEVANTE

Para el análisis *antitrust* resulta esencial resolver la pregunta de si las compañías están en una posición de ejercer poder de mercado (potencial o pasado, unilateral o colusivo). El poder de mercado es un concepto crucial dentro del enfoque económico del Derecho de la competencia y se refiere a la habilidad de una empresa (o conjunto de empresas) de incrementar el precio del producto o servicio bajo análisis por encima del nivel competitivo y de una forma rentable³. Es difícil pensar en responder a esta pregunta sin hacer referencia al contexto económico apropiado donde se presenta o se podría presentar dicho poder de mercado.

La economía de la competencia ha desarrollado una herramienta fundamental que colabora en trazar este contexto económico bajo el cual se evalúa el poder de mercado, que no es otro sino el concepto de «mercado relevante o de referencia». Este concepto permite identificar las fuerzas competitivas activas y centrales al caso que influyen de forma notoria en las decisiones de las variables de competencia del producto bajo análisis, separándolas de las fuerzas pasivas y de importancia secundaria⁴. En general,

³ Dado que el menor precio posible que una firma puede fijar de forma rentable es el precio que iguala al coste marginal de producción, el poder de mercado es usualmente definido como la posibilidad de la empresa de incrementar los precios de forma rentable y durante un periodo de tiempo, por encima de su coste marginal de producción. Una definición alternativa es qué tan cerca está el precio de la empresa a los precios de monopolio. Cabe señalar igualmente, que la expresión «incremento de precios» incluye distintas formas en las que la competencia puede verse restringida, por ejemplo, limitando la producción, eliminando la innovación, reduciendo la variedad o calidad de los bienes y servicios o privando a los consumidores de distintas alternativas. Véase MOTTA (2004), capítulos 2 y 3, y WHISH y BAILEY (2015), p. 26.

⁴ Al respecto véase WERDEN (2014), pp. 1-3.

el mercado relevante o de referencia comprende el conjunto más pequeño de productos y zonas geográficas que puede ser «rentablemente monopolizado» o que «vale la pena ser monopolizado»⁵. Lo anterior implica que la colección de productos y áreas geográficas fuera de tal mercado no tienen la capacidad de restringir significativamente el comportamiento de las firmas que se encuentran dentro del mismo, las cuales tienen la posibilidad de incrementar su precio de forma rentable o afectar a cualquier otra de las variables de competencia: cantidad, calidad, servicio o innovación⁶.

De esta forma, el mercado relevante delimita el marco adecuado de alcance —tanto a nivel de producto como geográfico—, dentro del cual es posible analizar y evaluar la situación o el problema de competencia planteado⁷, particularmente la existencia de poder de mercado⁸, jugando de esta manera un papel central en la aplicación del Derecho de la competencia.

El contexto y marco de análisis que proporciona el mercado de referencia para evaluar la situación de competencia no es uno cualquiera. Bien por ello se señala en las guías relativas a la definición del mercado de referencia que este concepto es diferente a los utilizados frecuentemente en otros ámbitos, tanto por las empresas como por otros organismos⁹. Además, la creciente aproximación económica de la política de competencia ha puesto distintos elementos en el centro del proceso de aplicación de las reglas de competencia comunitarias, entre ellos la «delimitación del mercado»¹⁰.

En este sentido, se podría argumentar que la noción de mercado relevante es intrínseco al ámbito de la política de competencia, encontrando naturalmente su fundamento en la teoría económica¹¹, y considerado un

⁵ BISHOP y WALKER (2010) señalan que «a relevant market is “something worth monopolising”».

⁶ Véase DAVIS y GARCÉS (2010), capítulo 4.

⁷ FAULL y NIKPAY, punto 1.132, BISHOP y WALKER (2010), punto 4-001.

⁸ Esta consideración no queda desvirtuada en los casos de mercado de «dos lados» («two-sided markets»), en los cuales la definición de mercado y el análisis de poder de mercado debe tener en cuenta varios aspectos económicos que no surgen en los contextos tradicionales de mercados de un solo lado. Dado que los dos o más lados de la plataforma de negocio se encuentran estrechamente vinculados en cuanto a precios, producción y estrategias, es necesario analizar la situación en ambos lados del mercado para comprender las relaciones competitivas de interés. Para un mayor detalle al respecto, véase EVANS (2009).

⁹ Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997), § 3. Por ejemplo, las empresas, Cámaras de Comercio, Ministerios o Asociaciones, a menudo emplean el término «mercado» para referirse a la industria o sector al que pertenecen y considerando el área geográfica según el ámbito en el que vende los productos la empresa o según el área de interés o de influencia del estudio sectorial (provincia, Comunidad Autónoma, nacional, etc.).

¹⁰ MONTI (2001).

¹¹ Al respecto WERDEN (2014) señala que «separar las fuerzas competitivas activas con respecto a las activas es la característica principal de la técnica de modelización utilizada siempre en el campo (de la organización industrial): análisis de equilibrio parcial. Esta técnica centra el análisis en un sector específico de la economía, asumiendo que no afecta al resto de sectores». Por su parte COLOMA (2002) precisa que «el “enfoco de equilibrio parcial” [...] surge esencialmente de suponer que el funcionamiento de un determinado mercado tiene efectos importantes para los actores que en él comercian, pero efectos insignificantes sobre los agentes económicos que se hallan fuera de él. Esta manera de razonar permite aislar del análisis, los efectos que pueda tener lo que acontece en un mercado, sobre los precios y los ingresos de agentes económicos externos a dicho mercado, y evaluar la eficiencia haciendo referencia exclusiva a los beneficios que de su operación deriven los participantes».

concepto íntimamente relacionado con los objetivos y la aplicación del Derecho de la competencia, en particular¹²:

- En el contexto de concentraciones económicas, independientemente si son de carácter horizontal o vertical, la delimitación del mercado es fundamental para determinar si la operación es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, bien sea mediante la creación o refuerzo de una posición dominante, la exclusión de competidores o el cierre del mercado, entre otras.
- En aplicación del art. 102 del TFUE, la Comisión está facultada para analizar y poner término a cualquier abuso de posición dominante, y para ello necesita determinar —en un primer momento— la existencia de dicha posición dominante, la cual se ha de definir en función del mercado de referencia.
- Del mismo modo, en el caso de aplicación del art. 101 del TFUE también puede ser necesario definir el mercado para determinar, entre otras cosas, si el acuerdo produce una restricción apreciable de la competencia o si se cumplen las condiciones establecidas para la concesión de una excepción del mismo, según lo establecido en el art. 101.3.

Por tanto, para evaluar el impacto sobre la competencia de una concentración económica, de un acuerdo o de un cierto tipo de conducta de posición de dominio de una empresa, el análisis se enfoca generalmente en resolver la pregunta de si las compañías están, o estarían, en una posición de ejercer poder de mercado o afectar de una forma apreciable la competencia efectiva en el mercado, lo cual tendría consecuencias sobre variables tales como los precios y/o la producción.

Determinar si una empresa o conjunto de empresas posee poder de mercado y realizar una evaluación de la situación de competencia requiere generalmente considerar múltiples factores específicos al producto bajo estudio¹³. La lista de factores que se necesita tener en cuenta incluye, entre otros:

- Los productos que son considerados sustitutos efectivos.
- El grado de diferenciación existente entre estos productos.
- El número y tamaño de empresas que suministran tales productos.
- La presencia de barreras a la entrada y al crecimiento.
- La capacidad instalada y ociosa de las empresas y los competidores.
- El poder compensatorio de la demanda.
- La naturaleza de la interacción oligopolista entre las empresas, etcétera.

Para responder adecuadamente a todas estas cuestiones es imprescindible hacer alusión al contexto económico apropiado y para ello se requiere necesariamente proceder a definir y analizar el «mercado relevante»¹⁴. La

¹² Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997), §§ 2, 10 y 11.

¹³ BISHOP y WALKER (2010), punto 4-001.

¹⁴ FAULL y NIKPAY, punto 1.130.

delimitación del mercado relevante es una herramienta que ayuda a trazar dicho contexto, al incluir solamente aquellos productos o servicios que son considerados sustitutos, al proporcionar una «restricción efectiva» al comportamiento competitivo de los productos o servicios en el centro de la investigación, así como el alcance del área geográfica en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas. En ocasiones, también pueden considerarse los oferentes que ingresarían rápida y fácilmente al mercado. Lo anterior permitiría determinar las fuerzas activas de interés que ayudan a la evaluación de la situación de competencia considerada¹⁵.

A manera de ejemplo, la presión competitiva representada por los productos sustitutos efectivos disponibles en el área geográfica relevante corresponde a la fuerza disciplinaria más inmediata sobre los términos y condiciones bajo las cuales una firma ofrece un producto para la venta. Para que la empresa esté en una posición de tener un impacto rentable y significativo sobre las condiciones de venta prevalecientes del producto, particularmente a través de un incremento del precio del producto, la reducción de la demanda no debe ser importante. Por tanto, para determinar si el precio de un producto o grupo de productos puede incrementarse de forma rentable, dependerá ampliamente de cómo reaccionará la demanda a tal incremento de precios. Cuando los clientes del oferente del producto que incrementa los precios pueden fácilmente cambiar a productos sustitutos disponibles de otros oferentes, el incremento de precios resultará probablemente en una reducción de ventas suficientemente importante para hacer no rentable dicho incremento¹⁶. Lo mismo sucede si ante el incremento de precios, los fabricantes de otros productos o servicios localizados en otras áreas geográficas pueden ingresar fácilmente al mercado, hecho que revela que las barreras a la entrada a ese mercado son bajas¹⁷.

Para evaluar acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión Europea señala precisamente la necesidad de iniciar el análisis con la delimitación

¹⁵ La aproximación conceptual para la definición del mercado relevante se basa en el test del monopolista hipotético, particularmente el SSNIP test (*Small but Significant and non transitory increase in Price test*). En concreto, la cuestión subyacente que pretende resolverse bajo este test es si los clientes de los productos bajo análisis estarían dispuestos a consumir productos sustitutos fácilmente disponibles, en respuesta a un incremento hipotético pequeño (generalmente 5 a 10 por 100) y permanente de los precios relativos para los productos 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 de los productos en cuestión, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutos hasta que el conjunto de productos sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. De esta forma, el test del monopolista hipotético provee un marco conceptual dentro del cual se realiza una completa evaluación analítica para la delimitación del mercado relevante, destacando los elementos importantes relacionados con las restricciones competitivas que enfrentan los productos o compañías bajo análisis. Para un mayor detalle véase Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997), BISHOP y WALKER (2010) y WERDEN (2014).

¹⁶ M. OINONEN (2010), p. 239.

¹⁷ La Comisión ha señalado que, por lo general, cuando la entrada en un mercado sea bastante fácil se entenderá que un acuerdo de cooperación horizontal no produce efectos restrictivos de la competencia. Véase COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, § 47.

del mercado de referencia. En particular, la Comisión indica que la creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una disminución de la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de las partes y terceros. Para efectuar este análisis, el punto de partida lo constituye determinar la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación, siendo para ello necesario definir los mercados de referencia, utilizando el método descrito en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia¹⁸.

Por tanto, la definición adecuada del mercado relevante debería ser uno de los primeros elementos y, además con carácter fundamental, a tener en cuenta dentro del análisis, sea cualquiera el caso de competencia considerado, inclusive en el caso de las conductas colusorias. Acudir a nociones imprecisas acerca del mercado relevante, conduciría a realizar una evaluación informal y poco confiable acerca del poder de mercado y del proceso competitivo que enfrentan las empresas investigadas en el mercado¹⁹.

Es preciso destacar que la definición del mercado de referencia no se ha entendido nunca como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que facilita la posterior valoración de la situación de competencia, al ayudar a determinar el contexto y el marco económico sobre el cual entender precisamente el eventual problema de competencia planteado²⁰.

Además, la definición de mercado relevante debe partir de un buen conocimiento del caso de competencia u operación concreta en la que se integra, por cuanto no necesariamente tiene que coincidir en todos los potenciales casos, aunque el punto de partida sea el mismo. Es decir, la preocupación *antitrust* en una operación de concentración no es la misma que en los distintos casos de análisis de comportamientos anticompetitivos, como por ejemplo en un contexto de abuso de posición de dominio o acuerdos de tipo horizontal o vertical²¹. Del mismo modo, hay que tener en cuenta que las definiciones de mercado no son estáticas sino que pueden variar a lo largo del tiempo y tampoco tienen necesariamente el mismo resultado aunque se esté partiendo de los mismos productos, aspecto que dependerá del caso particular y del tipo de conducta bajo investigación²².

¹⁸ *Ibid.*, §§ 41 y 43.

¹⁹ WERDEN (2014), p. 3.

²⁰ MONTI (2001), p. 2; WHISH y BAILEY (2015), p. 28.

²¹ El precio de referencia para la definición del mercado en los asuntos de concentraciones económicas suele corresponder al nivel de precios actual. Por su parte, en el caso de acuerdos o de posición de dominio, el precio actual podría estar reflejando el ejercicio de poder de mercado y por tanto, el precio de referencia en estos casos correspondería al precio existente antes del inicio de la conducta o al nivel de precios competitivo, con el fin de evitar incurrir así en la «falacia del celofán» en la delimitación del mercado. Véase BISHOP y WALKER (2010), capítulo 4.

²² Esta situación es señalada en la Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997, § 12), en la cual indica que «[l]os criterios para definir el mercado de referencia se aplican generalmente en el análisis de ciertos comportamientos en el mercado y de cambios estructurales en la oferta de productos. Sin embargo, esta metodología puede llevar a resultados diferentes en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada. Por ejemplo, la extensión del mercado geográfico puede ser diferente según se analice una concentración, en cuyo caso el análisis es fundamentalmente prospectivo, o un comportamiento pasado. La diferente perspectiva temporal conside-

Aunque un análisis detallado de las metodologías utilizadas para la delimitación del mercado relevante escapa del ámbito del presente artículo, cabe señalar la existencia de múltiples técnicas analíticas y cuantitativas, en constante evolución y desarrollo, que permiten identificar el grado hasta el cual los productos enfrentan restricciones competitivas efectivas, particularmente desde el punto de vista de la demanda, aspecto central en la definición del mercado relevante. Estos métodos incluyen: análisis de los movimientos de precios de los productos bajo investigación para determinar hasta qué punto los mismos varían conjuntamente a lo largo del tiempo; estimación de elasticidades de precio de la demanda; cálculo de pérdida y elasticidad crítica; análisis de eventos; análisis de subastas o análisis de simulación del mercado, entre otros²³.

No siempre es necesario acudir a tales técnicas cuantitativas, lo cual dependerá de la complejidad del caso y de la disponibilidad de información²⁴. Por el contrario, la situación general para la delimitación del mercado de referencia consiste en realizar un análisis cualitativo en torno a los criterios que determinan las posibilidades efectivas y disposición del consumidor a cambiar de un producto a otro: características, uso pretendido y precios²⁵. Por tanto, la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida en cualquier ejercicio de definición de mercado²⁶ y suele considerarse como suficiente para cumplir satisfactoriamente dicha tarea, lo cual tiene su reflejo en las múltiples decisiones de concentración económica resueltas por las autoridades de competencia. Un análisis cuantitativo explícito de los datos y de la evidencia económica permite añadir sustento y complementar la robustez a los argumentos sobre la delimitación del mercado alcanzada a partir del análisis cualitativo.

En este sentido, es preciso indicar que los procedimientos sancionadores en relación con conductas colusorias deberían sustentar sus conclusiones bajo una argumentación clara, enmarcándolas en un contexto económico adecuado y explicando de forma contundente las conductas y sus

rada en cada caso podría llevar al resultado de que se definan distintos mercados geográficos para los mismos productos según que la Comisión examine un cambio en la estructura de la oferta, como, por ejemplo, la creación de una concentración o de una empresa en participación de carácter cooperativo, o cuestiones relativas a determinados comportamientos pasados».

²³ Para consultar la definición y elementos a tener en cuenta en la aplicación de las distintas metodologías, puede verse, entre otros: OFT (1999), capítulos 2 y 3; MOTTA (2004), capítulo 3; BISHOP y WALKER (2010), capítulo 4; DAVIS y GARCÉS (2010), capítulo 4.

²⁴ La elección de la técnica de análisis cuantitativo a aplicar en la delimitación del mercado relevante dependerá, de forma casi exclusiva, de la disponibilidad de datos a la que se pueda acceder. Los análisis de precios requieren una disponibilidad de datos relativamente baja (por ejemplo, datos relativos a los precios de los productos en un periodo suficientemente largo y que correspondan a la misma zona geográfica y con la misma frecuencia) con respecto a técnicas de simulación del mercado, las cuales requieren una amplia cantidad de datos históricos referentes a variables de oferta, demanda y costes para la realización de estimaciones y análisis econométricos.

²⁵ Estos criterios provienen de la definición del mercado relevante producto incluida en la Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997, § 7): «El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran como intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos».

²⁶ DAVIS y GARCÉS (2010), p. 166.

efectos. Para ello, se sugiere acudir desde un primer momento al concepto del mercado relevante, lo cual permitiría dotar de mayor calidad y objetividad al razonamiento económico empleado en las decisiones por parte de la autoridad de competencia, reduciendo así la utilización de hipótesis y razonamientos subjetivos. No se pretende que en todos los casos se realice una definición exhaustiva del mercado relevante sino, como sucede en los casos de concentraciones económicas, se realice al menos una aproximación cualitativa del alcance del mercado producto y geográfico, dejando abierta inclusive en algunos casos la definición precisa del mercado.

En ausencia de este contexto económico, los agentes administrados carecen de los factores para discernir y debatir los argumentos empleados por el Órgano decisorio, particularmente si los mismos se basan en afirmaciones generales sin respaldo económico, incrementando la discrecionalidad de las autoridades de competencia²⁷. Por tanto, se sugiere que en la generalidad de los casos sería necesario pronunciarse sobre el contexto económico trazado fundamentalmente por una adecuada definición del mercado de referencia, en lugar de automáticamente eludirlo o formularlo de forma amplia y desacertada.

3. ANTECEDENTES COMUNITARIOS SOBRE LA AUSENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA

Resulta necesario comprender bien bajo qué circunstancias no sería necesario, según la jurisprudencia, delimitar el mercado. Esto nos permitiría juzgar si el recurso a este automatismo, en términos de ahorro en el análisis, es, o no, apropiado.

Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, la definición del mercado de referencia no desempeñaría el mismo papel según se trate del análisis de acuerdos entre empresas, abusos de posición dominante o el análisis de concentraciones económicas.

Como regla general, la definición del mercado resultaría esencial o intrínsecamente asociada a la mecánica de examen cuando el análisis es prospectivo (p. ej., concentraciones económicas), pero también cuando la con-

²⁷ BISHOP (2013) señala que en términos prácticos, no existe a menudo un escrutinio efectivo externo del análisis substantivo llevado a cabo por las autoridades de competencia europeas. Lo anterior está agravado en el caso español, según lo señalado por PETITBÒ (2014), por la falta de análisis económico de las Resoluciones de la autoridad de defensa de la competencia y que con argumentos basados en una «posible» capacidad para afectar la competencia, las autoridades prescinden del análisis detallado de los mercados y evitan estudiar los efectos reales de la conducta sobre el mercado. Sobre el particular señala: «La pereza administrativa apoyada en considerar que el expediente se resuelve declarando que una conducta está prohibida *per se* supone no resolver totalmente el expediente. Dada la gravedad de la conducta resulta obligado estudiarla a fondo. Y el perjudicado por la conducta de los cárteles tiene derecho a conocer sus efectos, no solamente sobre el mercado relevante sino para él mismo o para su empresa. La falta de estudio o el estudio inadecuado perjudica no solo el interés privado sino, también, el interés general». Véase también STJ *Cartes Bancaires* (2014), apartados 81 a 87.

ducta anti-competitiva está relacionada con situaciones *ex post* de abuso de posición de dominio; dado que en cualquiera de estos asuntos se requiere identificar la existencia, creación o fortalecimiento del poder de mercado²⁸.

En relación con la consideración de un abuso de posición de dominio, es imprescindible la adecuada delimitación del mercado relevante como «requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento supestandamente contrario a la competencia»²⁹. «En efecto, antes de acreditar la existencia de un abuso de posición dominante hay que acreditar la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado»³⁰. Por tanto, para asuntos relativos al abuso de posición de dominio, solamente después de que estos mercados hayan sido correctamente identificados, se puede acreditar la posición de dominio de la empresa en uno o la totalidad de los mismos y, en consecuencia, proceder a evaluar si las conductas de la empresa son de tal entidad que pueden considerarse abusivas.

La aplicación del art. 101.1 TFUE también precisaría definir o considerar el mercado relevante por parte de la Comisión, pero con un alcance distinto al caso anterior. En principio, la Comisión, o cualquier otra autoridad en el ejercicio de sus competencias paralelas, tendría la necesidad de definir el mercado de referencia para cumplir con certeza un doble propósito consistente en determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate:

- i) puede afectar al comercio entre Estados miembros; y,
- ii) tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común³¹.

No obstante, la inferencia económica del perjuicio de los cárteles sobre las variables de competencia³², además de su naturaleza compleja, unida al secretismo y la voluntad de las partes de evitar su detección, ha servido a la jurisprudencia para justificar el uso de presunciones en la investigación de este tipo de infracciones, rebajando la carga de la prueba que recae sobre las autoridades de defensa de la competencia³³, y entre las cuales se encuentra

²⁸ FAULL y NIKPAY, punto 1.130.

²⁹ Sentencia TPI *SIV y otros* (1992), apartado 159.

³⁰ Sentencia TPI *SPO* (1995), apartado 74; Sentencia TPI *Cementos* (2000), apartado 1093; Sentencia TPI *Volkswagen* (2000), apartado 230.

³¹ Así lo ha expresado la doctrina comunitaria en diversos asuntos: Sentencia TPI *SPO* (1995), apartado 74; Sentencia TPI *Cementos* (2000), apartado 1093; Sentencia TPI *Volkswagen* (2000), apartado 230.

³² Los cárteles causan un daño económico considerable y van en contra de los principios más fundamentales de la economía del libre mercado. Mediante la reducción artificial de la producción o la fijación de precios, los cárteles pueden imitar la situación de monopolio, repartiendo los beneficios adicionales obtenidos entre sus miembros. Además, los consumidores pagarían un mayor precio y/o accederían a bienes de menor calidad, existiendo una transferencia injustificada de riqueza para el disfrute exclusivo de los participantes del cártel y desviando los recursos de su uso óptimo en cualquier otro sector económico. Véase FAULL y NIKPAY, punto 8.05-8.06.

³³ LAMADRID (2015), pp. 8 y 36. En particular, señala: «Debido a la dificultad de recabar pruebas en materia de cárteles, los Tribunales de la Unión, seguidos en este punto por los españoles, han rebajado —con una lógica en su mayor parte comprensible— la carga de la prueba que recae sobre

la relativa a que en sus decisiones no siempre tiene la obligación de definir el mercado relevante.

Como resultado de lo anterior, en diversos antecedentes comunitarios se ha brindado una interpretación alternativa a la exigencia de la Comisión de delimitar el mercado relevante en Decisiones adoptadas con arreglo al art. 101.1 TFUE, en los siguientes términos: «La obligación de delimitar el mercado [...] se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trata pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»³⁴.

Es decir, parece que solo se puede prescindir de la definición del mercado cuando no quepa duda alguna sobre la doble afectación. Para ello, resulta apropiado revisar cuáles son los fundamentos de ambos exámenes y la justificación de los eventuales atajos en cada uno de ellos, según se expone en los siguientes apartados.

A. EFECTOS SOBRE EL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS

Se trata de determinar en qué medida en aplicación del art. 101.1 TFUE la Comisión requiere definir el mercado relevante con el propósito de determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate «puede afectar al comercio entre Estados miembros».

Para limitar la utilización de criterios subjetivos en la interpretación de dicho concepto, la Comisión ha establecido elementos cuantitativos, vinculados en particular a la definición del mercado de referencia. En efecto, para centrarse en aquellos acuerdos que afectan al mercado de manera apreciable, la Comisión tiene en cuenta la posición de las empresas interesadas en el mercado de los productos en cuestión, determinando ciertos límites tanto en términos de cuota de mercado como de volumen de negocios³⁵.

las autoridades de competencia [...]». Esto ha llevado a que «la realidad práctica que venimos observando en España es que desde el mismo momento en el que la autoridad de competencia inicia una investigación —sobre la base de cualquier indicio, independientemente de su fiabilidad o solidez— corresponde a la empresa acusada explicarse ofreciendo pruebas sólidas de descargo. En la práctica esto implica un muy rápido desplazamiento la carga de la prueba desde la autoridad a la empresa».

³⁴ Este argumento ha sido utilizado en diversos asuntos comunitarios, en particular los siguientes: Sentencia TPI *European Night Services y otros* (1998), apartados 93 a 95 y 105; Sentencia TPI *Volkswagen* (2000), apartado 230; Sentencia TPI *Groupe Danone* (2005), apartado 99; Sentencia TPI *Brouwerij Haacht NV* (2005), apartados 57 y 58; asunto COMP/39181, *Ceras para velas* (2008), apartado 263; Sentencia TG *Ziegler, S. A.* (2011), apartados 41-43 y Sentencia TJ *Ziegler, S. A.* (2013), apartados 63 y 71; Sentencia TPI *Adriatica di Navigazione* (2003), apartado 29.

³⁵ La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones: a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 por 100, y b) en el caso de acuerdos horizontales, el

Las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio señalan que para aplicar el límite de cuota de mercado, es necesario determinar el mercado relevante, compuesto tanto por el mercado de producto como por el mercado geográfico de referencia, siguiendo lo establecido en la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia³⁶.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia comunitaria parece exigir la necesidad de definición del mercado de referencia siempre que se cuestione que el acuerdo pueda afectar al comercio entre Estados miembros. Así quedó expuesto en la Sentencia *TJ Ziegler S. A.* (2013), en el cual el Tribunal de Justicia señaló que «*la comprobación de la superación de un umbral de cuota de mercado no puede por definición realizarse a falta de definición alguna de ese mercado*. Acerca de ello, el apartado 55 de las Directrices relativas al efecto sobre el comercio prevé lógicamente que “para aplicar el umbral de cuota de mercado, es necesario determinar el mercado de referencia”»³⁷.

Por tanto, cualquier desacierto e imprecisión en relación a la delimitación del mercado que altere la dimensión del mismo y, en consecuencia, el cálculo de las cuotas, podría tergiversar la consideración de apreciabilidad que pueda tener el acuerdo de que se trate sobre el comercio entre Estados miembros. Por otra parte, en el caso español, para aquellos asuntos en los que se aplica simultáneamente el art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE, el órgano decisor debe tener en cuenta la normativa comunitaria en relación a este criterio.

B. DETERMINAR SI EL ACUERDO TIENE POR OBJETO O EFECTO IMPEDIR, RESTRINGIR O FALSEAR EL JUEGO DE LA COMPETENCIA DENTRO DEL MERCADO

El criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo entre empresas conlleva a una restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación efectiva de que esa coordinación tiene por sí misma un «grado suficiente de nocividad para la competencia»³⁸. Para

volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros. Véase Comisión Europea (2004), Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, § 52, así como §§ 44 y 47.

³⁶ Las cuotas de mercado se deben calcular sobre la base del valor de las ventas o, en su caso, del valor de las compras. Cuando estos datos no estén disponibles, podrán utilizarse otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, entre la que se incluyen los datos referentes al volumen. *Ibid.*, § 55.

³⁷ Sentencia *TJ Ziegler S. A.* (2013), apartado 63. En este caso, el Tribunal de Justicia confirmó la posición del Tribunal General que estimó que «la Comisión había delimitado de manera apropiada los servicios afectados, dado que había expuesto “una descripción suficientemente detallada del sector afectado, incluidos la oferta, la demanda y el alcance geográfico”», permitiéndoles verificar al Tribunal las afirmaciones en que se basaba la Comisión con respecto a que cuota de mercado acumulada superaba ampliamente el 5 por 100. El mercado de referencia correspondía al mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica. Véanse los siguientes apartados de la Sentencia: 67, 68 y 83.

³⁸ Véase Sentencia *TJ Cartes Bancaires* (2014), apartado 57.

verificar dicho grado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha señalado que «debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al *contexto económico* y jurídico en el que se inscribe»³⁹.

De esta forma, el Tribunal de Justicia deja claro que para aplicar el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» no es permisible una traslación indiscriminada de las situaciones de un caso a otro y tampoco es válido una apreciación automática del perjuicio⁴⁰, sino que es necesario analizar, entre otros aspectos, el contexto económico en el cual se produce la conducta, el cual está fundamentado particularmente en las condiciones del mercado relevante, motivo por el cual no puede desligarse este concepto del análisis para calificar una restricción por el objeto.

Cabe mencionar que las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura de los mercados relevantes son algunos de los factores fundamentales, pero no los únicos, al momento de determinar el contexto económico. También debe considerarse la naturaleza de los servicios afectados, así como cualquiera de otros factores que, aunque no correspondan necesariamente al mercado relevante, contribuyan de forma efectiva a delinear adecuadamente el contexto económico en el que la conducta colusoria tiene lugar⁴¹.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que determinados acuerdos horizontales entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, como perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, como es el caso de: «a) la fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas, o c) el reparto de mercados o de clientes»⁴².

³⁹ *Ibid.*, apartado 53. Al respecto se cita, entre otras, a la Sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros*, EU:C:2013:160, apartado 36.

⁴⁰ En la Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014), apartados 81 a 87, el TJ critica la posición del Tribunal General por considerar análogas las medidas investigadas con aquellas examinadas en el pasado en la Sentencia *BIDS* por el Tribunal de Justicia. Al respecto, el TJ señala que «el Tribunal General no constató en modo alguno [...] que las medidas consideradas, al igual que los acuerdos BIDS, pretendieran modificar de manera sensible la estructura del mercado afectado mediante un mecanismo destinado a fomentar la salida del mercado de empresas competidoras y que, por tanto, esas medidas tuvieran el mismo grado de nocividad que los acuerdos BIDS».

Adicionalmente, el TJ señaló que el Tribunal General había incumplido su obligación de ejercer el grado de control exigido por la jurisprudencia, al limitarse en numerosas ocasiones a reproducir el contenido de la Decisión de la Comisión controvertida sin controlar, aunque estaba obligado a hacerlo, si los factores apreciados por la Comisión en su Decisión le permitían concluir válidamente que las medidas consideradas, por sus términos, sus objetivos y su contexto, tenían un grado de nocividad para la competencia suficiente para considerar que su objeto era restringir la competencia.

Lo anterior valió para que el TJ considerará que el Tribunal General no podía calificar las medidas consideradas como restricciones de la competencia «por el objeto» y que al hacerlo cometió un error de Derecho, motivo por el cual anuló la Sentencia TG *Cartes Bancaires* (2012), del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, *CB/Comisión* (T-491/07).

⁴¹ Véase Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014), apartados 53 y 76 a 79.

⁴² COMISIÓN EUROPEA (2014), Comunicación *de minimis*, § 13. Por otra parte, también se encontrarían entre las restricciones por objeto, los intercambios de información que reducen la incertidumbre sobre el comportamiento futuro, la negociación colectiva exclusiva y pagar a los competidores para retrasar el lanzamiento de productos sustitutos [véase WHISH y BAILEY (2015), p. 132].

No obstante, aún en estos casos en los cuales la conducta puede ser considerada a priori como una restricción por el objeto (por ejemplo, fijación de precios), bajo ciertas circunstancias es preciso analizar el caso de forma individual, por ejemplo, cuando:

- No exista una prueba directa del cártel sino que esta se haya inferido a partir de evidencias circunstanciales.
- Sea una restricción necesaria para algunos acuerdos entre competidores, como los acuerdos de producción y compra conjunta bajo los cuales puedan alegarse y demostrarse eventuales mejoras de eficiencia.
- Exista un elemento facilitador de la colusión, pero no existan pruebas de que dicho elemento facilitador haya producido efectos en el mercado (por ejemplo, un intercambio de información no estratégica).

En cualquiera de los anteriores casos debe considerarse el contexto económico para analizar si el tipo de coordinación entre empresas revela un grado suficiente de nocividad para la competencia. Si ello no es así, es necesario proceder entonces a examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición de la práctica colusoria, deberán concurrir los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, impedido, restringido o falseado de manera sensible⁴³.

Ahora bien, este tipo de acuerdos que contienen restricciones «por efectos» pueden estar cubiertos por la exención *de minimis*⁴⁴, aunque tengan la capacidad de afectar al comercio entre los Estados miembros, y para la aplicación de esta exención también debe definirse en un primer momento el mercado de referencia. En particular, la Comisión establece que este tipo de acuerdos «no restringen la competencia de forma sensible» siempre y cuando no superen ciertos umbrales de cuota de mercado en los mercados de referencia afectados por el acuerdo, bien sea cuando se trate de acuerdos entre competidores como acuerdos entre no competidores.

Al respecto, la Comunicación *de minimis* establece en el caso de acuerdos entre competidores (reales o potenciales) que la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no debe exceder el 10 por 100 en ninguno de los mercados de referencia afectados. Por su parte, en el caso de acuerdos entre no competidores, la cuota de mercado de cada una de las partes no debe exceder el 15 por 100 en ninguno de los mercados de referencia afectados por dicho acuerdo⁴⁵.

⁴³ Véase Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014), apartado 52. Al respecto se cita a la Sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros*, EU:C:2013:160, apartado 34.

⁴⁴ Si el acuerdo tiene efectos sobre el comercio y contiene alguna restricción «por objeto», se considera que el mismo no está cubierto por la exención *de minimis*. Véase COMISIÓN EUROPEA (2014), Comunicación *de minimis*, § 13. Asimismo, en dicha Comunicación se establece que la Comisión no aplicará la salvaguardia regulatoria creada por los umbrales de cuotas de mercado a los acuerdos que contengan alguna de las restricciones que figuren como restricciones especialmente graves en cualquier Reglamento de exención por categorías actual o futuro de la Comisión, que la Comisión considera que generalmente constituyen restricciones por el objeto.

⁴⁵ *Ibid.*, §§ 8 y 12. De nuevo, a la hora de definir el mercado de referencia, la Comisión señala que deberá tenerse en cuenta la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia.

En el caso español, también se considera que no se aplicará la LDC a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (reglas *de minimis*), para lo cual también se tiene en cuenta, entre otros aspectos, la cuota de mercado en el mercado relevante⁴⁶. El Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) ha venido a establecer idénticos umbrales de cuota de mercado en los mercados relevantes afectados a los establecidos por la Comisión Europea para delimitar las conductas de menor importancia, tanto entre competidores como no competidores reales o potenciales⁴⁷. Del mismo modo, el RDC establece que los acuerdos que contengan alguna conducta «por objeto» de las categorizadas en el art. 2, están excluidos del concepto de menor importancia⁴⁸.

En suma, para considerar que cierto tipo de comportamiento colusorio corresponde a una restricción de la competencia «por el objeto», ya que revela un grado suficiente de nocividad para la competencia, debe considerarse adecuadamente el contexto económico, el cual estará ligado al concepto de mercado de referencia. Del mismo modo, en el caso de un acuerdo que contenga restricciones «por efecto», para evaluar si el mismo recae, o no, dentro de la regla de excepción automática de las conductas de menor importancia, es necesario emplear conceptos tales como cuota de mercado y competidor real o potencial, todos ellos indudablemente definidos con respecto a un mercado relevante. Por tanto, sea para calificar una restricción «por objeto» o para evaluar una restricción «por efecto» en los casos de comportamientos colusorios, es preciso acudir de una u otra forma al concepto de mercado de referencia.

4. MOTIVACIONES ADICIONALES PARA DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE EN LOS CASOS DE CONDUCTAS COLUSORIAS

A pesar de la aparente obligación de la autoridad de definir el mercado de referencia en aplicación del art. 101.1 del TFUE para evidenciar el

⁴⁶ Así se establece en el art. 5 de la LDC sobre las conductas de «menor importancia», en donde se señala que: «Las prohibiciones recogidas en los arts. 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado».

⁴⁷ Véase Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, art. 1, el cual establece, entre otras cosas: «A efectos de lo establecido en el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto: a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados. b) Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados [...]» (cursiva propia).

⁴⁸ El apartado 1 relaciona las conductas entre competidores como la fijación de los precios de venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas y el reparto de mercados o clientes. Por su parte, el apartado 2 relaciona las conductas entre no competidores tales como: el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo a los compradores; la restricción de las ventas activas o pasivas por parte de los miembros de una red de distribución selectiva; la restricción de los suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva; entre otros.

cumplimiento de los dos criterios expuestos en la sección anterior, suele ser habitual acudir, a modo de atajo, al argumento alternativo: «La obligación de delimitar el mercado [...] se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trata pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común».

Sin embargo, entendemos que la delimitación del mercado relevante también resulta esencial, aún en los casos en los que la revisión de la jurisprudencia a modo de antecedentes permitiría concluir que no existe la obligación por parte de la autoridad de definir el mercado de referencia. Y esto es así porque el papel de la definición de mercado se extiende más allá de los criterios expuestos en la sección previa.

En la presente sección analizamos otros roles importantes, algunos no tan evidentes, de definir el mercado relevante en aplicación del art. 101 del TFUE y art. 1 de la LDC, tomando como referencia asuntos recientes de la autoridad nacional de defensa de competencia, en los que una adecuada caracterización del mercado podría haber dado lugar a un análisis más completo.

Con ello simplemente queremos resaltar que, aunque parezcan menos notorios, estos roles, son de capital importancia y la ausencia injustificada de la utilización del concepto de mercado de referencia puede alterar considerablemente el análisis económico de la decisión de la autoridad de competencia, afectando en particular a las empresas investigadas.

A. CALIFICACIÓN DEL TIPO DE ACUERDO

Uno de los roles adicionales de la delimitación del mercado de referencia es permitir calificar el tipo de acuerdo a examen. El mercado relevante permite determinar los productos sustitutos y, en consecuencia, las empresas que ejercen una presión competitiva efectiva o suficiente, lo cual no es otra cosa que identificar los competidores reales y potenciales de las empresas investigadas. La Comunicación del mercado de referencia, indica que «[e]l principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe *permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva*»⁴⁹.

Aunque lo anterior parece evidente, la importancia de ello radica en que su empleo evitaría caer en el error de calificar un acuerdo de tipo «horizon-

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA (1997), § 2.

tal» entre empresas que no son competidoras, lo cual iría en contra de la propia definición de acuerdos «horizontales». Al respecto, las Directrices de aplicación del art. 101 establecen que «[u]na cooperación tiene “naturaleza horizontal” cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales»⁵⁰, brindando asimismo la definición de lo que se entiende por competidor «real» y «potencial» en función del mercado relevante en los siguientes términos: «[s]e considera que dos empresas son *competidoras reales si operan en el mismo mercado de referencia*. Se considera que una empresa es *competidora potencial* de otra si, de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa *realice en un corto periodo de tiempo las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia* en el que opera la segunda empresa. Esta sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta se debe basar en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado»⁵¹ (cursiva propia).

Por tanto, para calificar un acuerdo como de naturaleza «horizontal» es necesario demostrar que las empresas pertenecen al mismo eslabón de la cadena de producción/distribución y son, por tanto, competidores, reales o potenciales, y para ello es imprescindible definir el mercado de referencia. En efecto, resulta imposible formar parte de un acuerdo horizontal cuándo este teóricamente afecta a mercados en los que una o varias de las empresas investigadas no participan o lo hacen en distintos momentos del tiempo.

Cabe señalar que la calificación de un acuerdo de naturaleza horizontal, cuando no lo es, también afectaría el reglamento de aplicación y, en consecuencia, el tipo de análisis económico y factores a tener en cuenta para evaluar la situación competitiva y la racionalidad de la conducta⁵².

Por otra parte, el alcance del mercado geográfico podría afectar la designación del organismo que tiene competencia sobre el asunto. Este argumento precisamente fue empleado por parte de algunos de los incoados según se señala en la Resolución CNMC *Concesionarios AUDI/SEAT/VW* (2015),

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Acuerdos de cooperación horizontal*, § 1.

⁵¹ *Ibid.*, § 10. Cabe señalar que las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas presiones más que ser utilizadas para la definición del mercado de referencia, generalmente se contemplan en una fase posterior de valoración del análisis de los asuntos de competencia [al respecto, véase COMISIÓN EUROPEA (1997), § 14].

⁵² Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir los acuerdos verticales, se rigen en principio por el Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas («el Reglamento de restricción de categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas») y por las Directrices sobre restricciones verticales (*Directrices relativas a las restricciones verticales*, DO C 130, de 19 de mayo de 2010, p. 1). Existen también algunos acuerdos verticales (p. ej., los de distribución) que pueden ser realizados entre competidores y cuyos efectos sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales. Este tipo de acuerdos verticales entre competidores son incluidos en el ámbito de aplicación de las Directrices de Comisión Europea (2011), *Acuerdos de cooperación*, véase § 12.

en el que alegaban que el mercado geográfico relevante para el expediente había sido incorrectamente delimitado por la Dirección de Competencia (DC), bajo el argumento de que algunos de los cárteles identificados incluían exclusivamente concesionarios ubicados en una única comunidad autónoma y, por tanto, debían ser analizados por la correspondiente autoridad de competencia autonómica⁵³.

Sin embargo, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC desestimó dicho argumento, sosteniendo que «el criterio para la asignación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la competencia para perseguir y sancionar las conductas restrictivas no es la naturaleza nacional, autonómica o local del mercado de producto relevante en cada caso, sino el ámbito geográfico *infra* autonómico o *supra* autonómico de los efectos restrictivos de la competencia que produce o puede producir una determinada conducta»⁵⁴.

B. DETERMINAR LA EXISTENCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONCLUIR LA FACTIBILIDAD DE UN ACUERDO COLUSORIO

Cuando el caso se construye sobre la base de presunciones basadas en indicios, sin la existencia de una prueba directa del funcionamiento del cártel, el análisis de la autoridad de competencia no debería obviar el «contexto económico» para deducir que se presentan los elementos suficientes para concluir que el acuerdo colusorio es factible. En caso de llegar a dicha conclusión, la autoridad debe proceder a construir los argumentos económicos robustos basados en la evidencia del mercado que expliquen, con suficiente grado de certeza, los efectos restrictivos sobre la competencia derivada del acuerdo.

La teoría económica ha identificado ciertos factores que ayudan a identificar mercados con tendencia a cartelizarse o donde la colusión es factible y sostenible. Al respecto, IVALDI *et al.* (2003) señala que existen, primero, algunas variables estructurales básicas, tales como el número de competidores, las barreras a la entrada, la frecuencia de la interacción de las empresas en el mercado y la transparencia del mercado. Segundo, características desde el lado de la demanda: evolución de la demanda del mercado (creciente, estancada o descendiente), presencia de ciclos o fluctuaciones económicas significativas. Tercero, características desde el lado de la oferta, tales como si el mercado está influido por la tecnología e innovación, la simetría de las empresas en términos de capacidad, ventas, costes y alcance geográfico de los mercados en los que participa, así como si estas ofrecen productos homogéneos o si existe una diferenciación horizontal o vertical

⁵³ Resolución CNMC *Concesionarios AUDI/SEAT/VW* (2015), pp. 93 y 94.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 95. Al respecto cita como ejemplo la Resolución CNC de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09, *Asfaltos*, precisando además que dicho extremo ha sido avalado por la Audiencia Nacional (SAN de 7 de mayo de 2014: «La Sala comparte estos planteamientos, porque resulta del expediente que la conducta afectó o pudo afectar a diversas CCAA»).

suficiente, entre otros aspectos. Sin embargo, todos estos factores no podrían analizarse sin hacer alusión a un mercado relevante específico. Por ejemplo, para identificar el número de competidores reales o potenciales es imprescindible definir el alcance del mercado en términos de productos y zonas geográficas.

Aunque siempre resulta preciso realizar un análisis caso por caso, los estudios teóricos y empíricos señalan algunos de los factores que facilitarían la colusión en un mercado. De forma muy sencilla, cuanto menor sea el número de competidores, más simétricos sean estos en cuanto a tamaño, alcance geográfico e intereses, exista una mayor homogeneidad de los productos, así como una mayor estabilidad en la demanda y en las condiciones de oferta tales como costes y capacidades, y entre más transparente sea el mercado, tanto más probable será la colusión y, sobre todo, más fácil será su mantenimiento a lo largo del tiempo.

A manera de ejemplo, cabe traer a colación la Resolución CNMC *Residuos* (2015) en la que la CNMC señala la existencia de «una práctica concertada global o general» de «reparto de mercado y mantenimiento del *statu quo*», la cual se manifiesta, según la CNMC, a través de «todos los contactos bilaterales acreditados en el expediente» y que tendría un «objeto y efecto restrictivo de esta actuación concertada global de reparto de mercado unitario para todas las empresas, sectores de actividad y ámbitos geográficos» siendo el principal efecto de naturaleza dinámica al «compartimentar los mercados, mantener el *statu quo*, la contracción de la oferta de nuevas plantas y peores condiciones para los clientes».

No obstante y con independencia de la calificación de determinadas conductas particulares en el caso, a nivel general podría existir una desconexión entre el problema de competencia inferido por la CNMC —acuerdo de reparto global— y los rasgos del sector y de los mercados relevantes que deberían soportar dicha inferencia. Y esto sería así porque se observa de manera general que las características y rasgos propios de los sectores de gestión de residuos y de saneamiento urbano en España, difícilmente permitirían definir unas pautas de entendimiento globales capaces de sostener un acuerdo global de reparto de todos los mercados afectados y abierto a todas las empresas a lo largo del tiempo.

A manera de ejemplo, uno de los factores característicos en los sectores de gestión de residuos y de saneamiento urbano sería la existencia de actividades heterogéneas, que incluyen productos y servicios diferenciados y que implicaría la diversidad de mercados relevantes. En efecto, las múltiples actividades y servicios incluidos en estos sectores exhibirían, entre otros, usos, características, precios, tipos de clientes, condiciones de negociación o contratos diferentes entre sí, además de poseer una diversidad en la presencia geográfica⁵⁵. Por tanto, buena parte de dichas actividades

⁵⁵ En particular, en estos sectores participarían múltiples agentes con diverso alcance de productos, zonas geográficas, servicios y tamaño en términos de ventas y capacidades (asimetría en la oferta); la demanda se caracterizaría por ser altamente inestable y con tendencia decreciente durante el

configurarían mercados relevantes separados, como así lo señalan algunos precedentes de las autoridades de competencia nacional y comunitaria⁵⁶, con operadores de distinto perfil y alcance geográfico y de servicios muy dispersos, que implicarían condiciones competitivas muy diversas, que harían difícil, si no imposible, la existencia de mecanismos de control y vigilancia sobre el cumplimiento de los términos de una eventual práctica colusoria entre alrededor de las 50 empresas investigadas.

C. APRECIABILIDAD DE LOS EFECTOS

Cuando se excedan los umbrales de la Comunicación *de minimis* y se considere que el acuerdo puede tener el efecto de restringir la competencia, es necesario examinar si dicho efecto es «apreciable». Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud de las normas de competencia⁵⁷.

Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del art. 101.1, este debe tener un impacto negativo «apreciable», real o probable, por lo menos en alguno de los parámetros que revelan la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos o la innovación⁵⁸. Para evidenciar lo anterior, es necesario recurrir al análisis del «contexto económico» en el que se desarrolla la conducta con el fin de evaluar la «significatividad» de sus efectos, aspecto dentro del cual la delimitación mercado relevante juega un papel fundamental.

De esta forma, ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, la identificación de los competidores reales y potenciales, las barreras a la entrada, el comportamiento estratégico de los agentes y el poder compensatorio de la demanda, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados; son todos ellos aspectos relacionados con

periodo investigado derivado de la crisis económica; los precios, al ser productos y servicios diferenciados, estarían influidos por diversos factores no comunes entre sí; existiría poder compensatorio de la demanda por parte de los entes públicos o grandes clientes industriales que definen explícitamente los requisitos y alcance de las licitaciones o concursos para la prestación de servicios, lo cual derivaría a su vez en la presencia de información asimétrica entre los agentes que participan en el mercado.

⁵⁶ Véanse por ejemplo: asuntos *M.283 Waste Management International/S.A.E.* (1992), *M.868, GNK/Brambles/Mabeg* (1996), *M.916 Lyonnaise des Eaux/Suez* (1997), *M.1059 Suez Lyonnaise-BFI* (1997), *M.1365 FCC/Vivendi* (1999), *M.2897 Sita SverigeAB/Sydskraft Ecoplus* (2002), *M.4576 AVR/Van-Ganewinkel* (2007) y Expte. N-06030 *Acciona/Pridesa* (2006).

⁵⁷ Comunicación *de minimis*, § 3. Véase, por ejemplo, la Sentencia *TJ Bagnasco y otros* (1999), §§ 34 y 35: «Un acuerdo no está comprendido en la prohibición del art. 85 cuando solo afecta al mercado de forma insignificante (Sentencias *Deere/Comisión*, § 77, y *New Holland Ford/Comisión*, § 91)».

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, § 27. En este mismo sentido, las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del art. 81, apartado 3 del Tratado señalan en el § 24 que «[p]ara que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda verse afectada y tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad».

la delimitación del mercado relevante y constituyen un elemento clave para precisar el contexto económico y, en consecuencia, para la evaluación de los efectos que un acuerdo puede producir en los mercados a la luz de los procedimientos de infracción en materia de conductas colusorias⁵⁹.

Al respecto, la STPI *European Night Services y otros* (1998) señaló que «la Decisión impugnada no contiene referencia alguna a las cuotas de mercado de ENS ni a las cuotas de mercado de otros operadores, competidores de ENS, que están también presentes en los diferentes mercados intermodales que la Comisión ha considerado mercados pertinentes a efectos de aplicar el apartado 1 del art. 85 del Tratado. De ello se deduce que, aun suponiendo que, en contra de lo que alegan las partes demandantes, los acuerdos ENS restrinjan la competencia, no es menos cierto que, *al no existir en la Decisión impugnada tales criterios de análisis del mercado pertinente, este Tribunal no está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión de si las supuestas restricciones de competencia tienen un efecto sensible sobre el comercio entre Estados miembros y se hallan comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 85 del Tratado, en especial habida cuenta de la competencia intermodal que caracteriza, según la propia Decisión, los dos mercados de servicios afectados*»⁶⁰ (cursiva propia).

Así también lo ha expresado el Tribunal Supremo en la STS *Kutxa* (2013) en los siguientes términos: «Para el caso de que lleguemos a la conclusión de que el acuerdo de que se trate no tiene por objeto, por su propia naturaleza, restringir la competencia, entonces hemos de acudir al examen de sus efectos, reales y potenciales, lo que *exige precisar el marco económico en el que se producen los acuerdos, esto es, definir el mercado afectado, los productos, los competidores y demás circunstancias concurrentes, [...] como señalan también las Directrices de 2004: para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia. También debe en principio examinarse y evaluarse, entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada*»⁶¹ (cursiva propia).

Por tanto, la apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo no puede realizarse en abstracto, sino que exige tomar en consideración el marco concreto en el que se producen los acuerdos, y en particular, el contexto económico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado relevante.

Por otra parte, existen antecedentes de la autoridad nacional de competencia, en los cuales se aplica el criterio de conductas de menor importancia a prácticas restrictivas de la competencia, aun cuando por su carácter estuvieran excluidas de la aplicación automática de la regla de cuota de

⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Acuerdos de cooperación*, § 5.

⁶⁰ Sentencia TPI *European Night Services y otros* (1998), apartado 93.

⁶¹ STS *Kutxa* (2013), Fundamentos de Derecho, punto 1.º

mercado⁶². En particular, en la Resolución CNC *El Corral de las Flamencas* (2009) se señaló que la fijación de precios de carácter vertical es una de las tipologías de conductas excluidas del concepto de menor importancia por cuota según la normativa nacional, impidiendo su exención automática. No obstante, la CNC determinó que «dada la naturaleza vertical de esta conducta, su exclusión de la regla *de minimis* [...] no impide su análisis individual para verificar la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia y, en su caso, para que las empresas puedan aportar sus alegaciones de eficiencia»⁶³. Al respecto, la autoridad de competencia consideró el contexto económico de la conducta para determinar que no procedía declarar la existencia de infracción a la LDC al encontrar que la conducta no había tenido efecto significativo sobre la competencia en el mercado ni era apta para tenerlo, teniendo en cuenta entre otros aspectos, la cuota del mercado y las características de competencia en el mercado relevante^{64, 65}.

En consecuencia, para determinar si una conducta colusoria tiene un efecto apreciable sobre la competencia, aun cuando incluya una restricción por objeto, debe considerarse por el órgano decisor el «contexto económico» en el que se desarrollan las conductas, el cual debería estar sustentado en el criterio del mercado de referencia.

D. EVENTUALES EFICIENCIAS DEL ACUERDO

La existencia de un acuerdo que conlleve una restricción por objeto o una restricción por efecto que supere los umbrales de la regla de excepción *de minimis*, no evita que pueda considerarse la alegación de eventuales mejoras de eficiencia generadas por el mismo (art. 101.3 del TFUE y art. 1.3 de la LDC). La Comisión Europea ha establecido que la aplicación de la excepción se supedita al cumplimiento de cuatro condiciones acumulativas⁶⁶:

⁶² Véase Resolución CNC *El Corral de las Flamencas* (2009); Resolución CNC *Natura Bisse* (2010); Resolución CNC *Mantra* (2013).

⁶³ Véase punto 3.º en Fundamentos de Derecho de la Resolución CNC *El Corral de las Flamencas* (2009).

⁶⁴ *Ibid.*, punto 4.º en Fundamentos de Derecho, en el cual se concluye que «[s]e trata de una empresa con una cuota de mercado poco significativa, inferior al 1 por 100, en un mercado relativamente atomizado donde no se aprecia la existencia de redes paralelas de acuerdos. La empresa distribuye a través de una red de venta diseminada, sujeta a la competencia intermarca y frente a la que tiene escaso poder negociador, lo que resta efectividad a la conducta. En estas condiciones la conducta no es apta para afectar de manera significativa a la competencia».

⁶⁵ Del mismo modo, en la Resolución CNC *Mantra* (2013), la Dirección de Investigación encontró que la investigada habría incurrido en una infracción del art. 1 de la LDC por conductas de carácter vertical consistentes en fijar unos precios mínimos de reventa al público y restringir el territorio en el que se pueden realizar las ventas por sus distribuidores, conductas exceptuadas de la aplicación automática de la regla de la cuota de mercado de la exención *de minimis*. No obstante, teniendo en cuenta el contexto económico en el que se habrían llevado a cabo las conductas, el Consejo de la CNC concluyó que no parecía que las mismas fuesen aptas para afectar de manera significativa la competencia debido a que en el mercado analizado «no existen barreras de entrada, hay una multitud de operadores y no consta que el denunciante disponga de una cuota de mercado relevante».

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, § 49. La Comisión indica que «cuando se reúnen estas cuatro condiciones, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos

- Los acuerdos deben contribuir a generar mejoras de eficiencia⁶⁷.
- Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar las mejoras de eficiencia.
- Las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo.
- El acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Al respecto, vale la pena resaltar que el criterio de mercado de referencia se encuentra de forma explícita e implícita a lo largo del cumplimiento de las condiciones previamente relacionadas.

En primer lugar, al relacionar los principios generales que rigen la aplicación de la exención de eficiencias, la Comisión señala que «la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos a la luz del apartado 3 del art. 81 *se lleva a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia al que se refiera el acuerdo*. Las normas comunitarias de competencia tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado, y no pueden disociarse del mismo»⁶⁸ (cursiva propia).

Por otra parte, los consumidores⁶⁹ a los que se hace mención en la tercera condición son aquellos que operan dentro del mercado relevante, siendo el objetivo fundamental de la evaluación determinar la incidencia global del acuerdo sobre los mismos⁷⁰. Al respecto, la Comisión señala que «*las eficiencias generadas por el acuerdo restrictivo en un mercado de referencia deben ser suficientes para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia*»⁷¹ (cursiva propia). Además, la Comisión aclara que el factor decisivo reside en la incidencia global sobre los consumidores de productos incluidos en el mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores⁷².

más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia» (cursiva propia). Véase COMISIÓN EUROPEA (2004), *Directrices de la Comisión sobre la aplicación del art. 81, apartado 3 del Tratado*, § 34.

⁶⁷ Las eficiencias son entendidas, de forma general, como el resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que esta podrá llevar a cabo con mayor eficacia. Estas eficiencias deben cuantificarse en términos monetarios. Sin embargo, al considerarse el traslado de eficiencias a los consumidores también pueden incluirse eficiencias cualitativas, tales como productos nuevos o mejorados, que aporten a los consumidores un valor suficiente para compensar los efectos anticompetitivos del acuerdo, incluidas las subidas de precios. Véase COMISIÓN EUROPEA (2004), *Directrices de la Comisión sobre la aplicación del art. 81, apartado 3 del Tratado*, §§ 48 a 72 y 102.

⁶⁸ *Ibid.*, § 43.

⁶⁹ El concepto de «consumidores» engloba a todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como *input*, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales. *Ibid.*, § 84.

⁷⁰ *Ibid.*, § 103.

⁷¹ *Ibid.*, § 43. En principio, los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de productos no pueden compararse ni compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado geográfico o mercado de productos ajeno a aquel.

⁷² *Ibid.*, § 86.

Por último, para la aplicación de la última condición, la Comisión indica que se requiere un análisis realista de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen sobre las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión, atendiendo tanto a la competencia actual como a la potencial⁷³; todos ellos conceptos que hacen de nuevo alusión al criterio de mercado de referencia.

En principio, todos los acuerdos restrictivos que reúnan las cuatro condiciones pueden acogerse a la excepción, aun cuando se trate de restricciones por objeto, motivo por el cual hay que tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso⁷⁴.

Todo lo anterior refuerza el argumento de la necesidad de utilizar el criterio de mercado relevante en los asuntos de aplicación del art. 101 del TFUE o art. 1 de la LDC. Justamente, si estamos en un análisis con sede en el art. 101.3, uno de los primeros aspectos por los que se debe empezar corresponde a la determinación del mercado de referencia, por cuanto es indispensable para evaluar el alcance del cumplimiento de las distintas condiciones.

No obstante, si el análisis del acuerdo se inicia a partir del art. 101.1 puede darse un escenario en el que el órgano decisor argumente que no es necesaria la definición del mercado relevante, más aún si el acuerdo que se está investigando contiene alguna restricción por objeto. En este último caso, si las empresas investigadas solicitan la exención por mejoras de eficiencia, su análisis estará condicionado al contexto económico que haya sido definido por la autoridad de competencia⁷⁵. Adicionalmente, las empresas deben probar adecuadamente el cumplimiento de cada una de las cuatro condiciones sobre dicho contexto económico definido por el órgano decisor, teniendo en cuenta que la carga de la prueba recae en las empresas que invoquen dichas eficiencias⁷⁶.

En consecuencia, si no se realiza por parte de la autoridad de competencia un adecuado marco de análisis económico en los procedimientos

⁷³ *Ibid.*, § 108.

⁷⁴ Por ejemplo, en el caso de los acuerdos de producción está permitido hasta cierto punto, que las partes se pongan de acuerdo en la producción directamente afectada por el acuerdo, a condición de que no se eliminen los otros parámetros de competencia. Del mismo modo, en aquellos acuerdos de producción que también contemplen la distribución conjunta de los productos se permitiría, en principio, la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, y solo de estos, siempre que esta restricción sea necesaria para la producción conjunta.

Lo anterior igualmente aplicaría para los acuerdos de compra conjunta que entrañan la fijación de precios de compra y que podría concluirse inicialmente que tendrían por objeto restringir la competencia a tenor del art. 101.1; sin embargo, esto no es así cuando las partes del arreglo de compra conjunta acuerdan los precios de compra que dicho acuerdo puede pagar a sus proveedores por los productos objeto del contrato de suministro. En este caso se debe evaluar si el acuerdo produce probablemente efectos restrictivos de la competencia a tenor del art. 101.1. Véase COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, §§ 160, 161 y 206.

⁷⁵ En efecto, en el asunto del TPI *Shaw* (2002), § 163, el Tribunal de Primera Instancia determinó que «la evaluación al apartado 3 del art. 81 debía efectuarse en el mismo marco analítico empleado para evaluar los efectos restrictivos».

⁷⁶ Véase art. 2 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

del art. 101.1, las empresas investigadas difícilmente podrían probar que cumplen el art. 101.3, ya que tendrían que demostrar que se cumplen todas las condiciones para aplicar la exención sobre un mercado de referencia diferente, particularmente si el mismo es considerado menor por las empresas investigadas con respecto al inferido por la autoridad de competencia⁷⁷. Por tanto, al evaluar el traslado de las eficiencias a los consumidores se encuentra que, cuanto más amplio sea el mercado relevante, mayor es el número de consumidores a los cuales hay que reservar una participación equitativa de las eficiencias resultantes y, por tanto, mayores deben ser las eficiencias a ser alcanzadas por el acuerdo para considerar que cumplen dicha condición⁷⁸.

Lo anterior evidencia una incongruencia en el sentido de que el criterio de mercado de referencia considerado como imprescindible para el análisis económico bajo el art. 101.3 del TFUE o art. 1.3 de la LDC, podría aparecer desestimado en sede del art. 101.1 del TFUE o art. 1.1 de la LDC por la autoridad de defensa de la competencia⁷⁹. Además, teniendo en cuenta que la carga de la prueba sobre la cláusula de exención por mejoras de eficiencia recae sobre las empresas investigadas, la información económica que presenten las partes para demostrar el cumplimiento de cada una de las cuatro condiciones estará seguramente sujeta a un «escrutinio efectivo» por parte de la autoridad de competencia, situación muy distinta a si el análisis solamente se enmarca dentro del art. 101.1, en donde los argumentos de la autoridad de competencia difícilmente estarán sujetos a algún tipo de escrutinio similar o con el mismo alcance⁸⁰.

⁷⁷ A manera de ejemplo, en la Sentencia del TJ *Publishers Association* (1995), § 29, se determinó que, a la hora de aplicar el apartado 3 del art. 81 no era correcto atender únicamente a los efectos en el territorio nacional dado que el análisis previo bajo el art. 81.1 había considerado que el mercado de referencia era más amplio que el nacional.

⁷⁸ Contrariamente a lo que sucede en los casos de concentración económica donde la autoridad de defensa de la competencia busca identificar los mercados relevantes más estrechos posibles, en los casos de conductas colusorias la tendencia del órgano decisor consiste en ampliar los mercados, particularmente en aquellos casos considerados como infracción única y continuada. Sobre ello, LAMADRID (2015, p. 43) señala: «Lejos de ser baladí, la aplicación de la doctrina de la infracción única y continuada puede tener serias consecuencias; entre ellas, y principalmente, permite ampliar el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción (lo que, a su vez, tiene relevancia capital en el cálculo del importe de la sanción) y evitar la prescripción de conductas antiguas mediante su unión y evaluación conjunta con infracciones aún no prescritas».

⁷⁹ En un contexto de autoevaluación de un acuerdo entre empresas, estas solamente tendrían la posibilidad de defender que el acuerdo cumple con las condiciones del art. 101.3 en el caso de que la autoridad de competencia, de oficio o por denuncia, inicie un procedimiento de investigación, por lo que las empresas dependerían de que bajo dicho proceso se defina adecuadamente el mercado, entendiéndose que el mismo coincidiría con aquel incluido en la evaluación *ex ante*.

⁸⁰ En particular BISHOP (2013) indica «un problema que enfrenta la aplicación práctica económica en la política de competencia europea está relacionado con una diferencia fundamental en el análisis económico de las partes y aquel realizado por la autoridad de competencia, denominado “escrutinio efectivo”. Mientras que los argumentos económicos remitidos por las partes están sujetos a un escrutinio completo, aquellos planteados por la autoridad de competencia no están sujetos a ninguno, dado que el recurso ante los Tribunales no involucra generalmente una evaluación substantiva detallada del análisis económico realizado por las autoridades de competencia».

E. CÁLCULO DE LA MULTA

A la hora de realizar el cálculo de la multa por parte de las autoridades de competencia, resulta necesaria la definición del mercado relevante. Así, en el caso español, el art. 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros⁸¹, a los siguientes criterios: *a)* la dimensión y características del mercado afectado por la infracción⁸², y *b)* la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.

Al respecto, el Tribunal Supremo señala que la definición del mercado relevante o de referencia «también constituye un elemento o factor pertinente para evaluar la entidad y alcance real de una conducta restrictiva de la competencia, a los efectos de poder fijar la sanción que procede imponer, de acuerdo a lo establecido en el art. 10.2 del referido cuerpo legal, en cuanto permite identificar a los competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar de forma independiente»⁸³.

A nivel comunitario, el importe básico de las multas se calculará a partir del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente⁸⁴. Además, la Comisión aclara que el cálculo de la multa no puede realizarse en relación con productos que no sean los que hayan sido objeto de la práctica colusoria⁸⁵.

Por tanto, la definición del mercado relevante afectado por la conducta, tanto a nivel de producto como geográfico, también sería un elemento útil en el método empleado para el cálculo de las multas por procedimientos de infracción por conductas colusorias. La ampliación injustificada del merca-

⁸¹ Otros criterios son: *c)* el alcance de la infracción; *d)* la duración de la infracción; *e)* el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores; *f)* los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción, y *g)* las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

⁸² El concepto mercado afectado por la conducta infractora puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante. El mercado afectado no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. No obstante, para considerar los efectos sobre la competencia efectiva deben considerarse conceptos relacionados con el criterio de mercado de referencia.

⁸³ STS *Kutxa* (2013), Fundamentos de Derecho, punto 2.º

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA (2006), *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003. Apartado 13*. Por ejemplo, en el asunto COMP/ 39181, *Ceras para velas* (2008), la Comisión señala en el apartado 629 que: «Con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión empieza a partir del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación con la infracción, en el mercado geográfico de referencia dentro del EEE. La Comisión utilizará normalmente las ventas de la empresa durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción».

⁸⁵ En el apartado 59 de la Sentencia TPI *Brouwerij Haacht NV* (2005), el Tribunal advierte que: «Dado que la determinación del importe de la multa debe basarse en la gravedad y la duración de la infracción comprobadas por la Comisión, la apreciación de la capacidad económica efectiva de los autores para causar un perjuicio a los demás operadores, en particular a los consumidores, con el fin de calcular la multa impuesta por motivo de la infracción cometida, no puede realizarse en relación con productos que no sean los que hayan sido objeto de la práctica colusoria».

do de referencia afectado por la infracción podría llevar al establecimiento de una multa que implique un tipo sancionador alto, lo cual podría afectar al principio de proporcionalidad de la misma.

F. APLICACIÓN PRIVADA: COMPENSACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

En 2014 se aprobó la Directiva de daños⁸⁶ con el propósito de garantizar la plena recuperación del daño sufrido a cualquier víctima de alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o conjunto de empresas, fijando un estándar mínimo que facilite la interposición de demandas de daños y perjuicios en el conjunto de la UE.

La Directiva otorga una presunción a la infracción constatada en una decisión firme de una autoridad nacional de la competencia o del órgano jurisdiccional competente, la cual comprendería la naturaleza de la infracción y su alcance (material, personal, temporal y territorial), aspectos que no son objeto de discusión en las acciones posteriores por daños, considerando que esa constatación ha sido establecida de modo irrefutable⁸⁷.

Por lo anterior, resulta fundamental que el criterio del mercado relevante se encuentre desde un principio en la decisión del organismo competente por cuanto el mismo no solamente tiene influencia durante todo el procedimiento hasta que la resolución de infracción sea firme, sino que trasciende de este ámbito y formaría parte fundamental dentro de una eventual demanda de daños y perjuicios que se presente de forma *ex post* a la terminación del procedimiento ante los órganos correspondientes. La delimitación del mercado relevante permitiría, entre otras cosas, identificar claramente a los compradores directos e indirectos de las empresas sancionadas, lo cual se alinea con el espíritu de la norma por cuanto pretende que cualquier víctima de una infracción de competencia obtenga un «pleno resarcimiento» del perjuicio sufrido⁸⁸ y evite su sobrecompensación.

Adicional a la identificación efectiva de las víctimas de la infracción, el concepto de mercado relevante suele jugar un papel fundamental en la cuantificación del daño de tales víctimas, tarea que puede resultar bastante compleja⁸⁹. En efecto, cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de no haber sido por la infracción. La Directiva de

⁸⁶ Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. *DO UE* L 349, de 5 de diciembre [Directiva de daños (2014)].

⁸⁷ Directiva de daños (2014), considerando 34 y art. 9.

⁸⁸ El pleno resarcimiento pretende devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación previa en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Dicho resarcimiento abarca el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. Véase *ibid.*, art. 3.

⁸⁹ Piénsese por ejemplo en el caso del cártel del azúcar donde estaba identificado claramente un solo producto relevante (azúcar para usos industriales), los compradores directos (productores que emplean el azúcar como insumo en el proceso productivo), con un alcance geográfico concreto (territorio nacional) y un periodo temporal específico de la infracción (febrero de 1995 a julio de

daños (2014) presupone, dependiendo de las circunstancias del asunto, que las infracciones de cártel provocan un perjuicio reflejado particularmente a través de un efecto sobre los precios, bien sea a través de un incremento o que los mismos no lograron una reducción que se habría producido, de no ser por el cártel. Bajo este escenario, se busca resolver cuál hubiese sido el precio del producto para los compradores (directos o indirectos) de no haber existido el cártel durante el periodo de infracción.

Lo anterior implica realizar la reconstrucción de un escenario de mercado que, por definición, es hipotético, por lo que nunca puede hacerse con total precisión. Una vez se construya el escenario de referencia («escenario sin infracción»), se utilizará el mismo para comparar con la situación real para estimar la cuantificación del daño. Sin embargo, esta tarea será más compleja cuanto mayor sea el espacio temporal de la infracción y la amplitud de los mercados relevantes, tanto en términos de producto como geográfico, considerados en la decisión firme del órgano competente, por cuanto se multiplica el número de factores específicos a considerar.

Por tanto, si el mercado relevante está correctamente definido en la decisión de infracción, se facilitaría el proceso de cuantificación de los daños y perjuicios al permitir circunscribir la información necesaria para el análisis exclusivamente a ese mercado. En este sentido, es posible tener como punto de referencia el precio de ese mercado justo antes del inicio de la infracción.

Para desvelar cuál hubiese sido el precio que razonablemente se habría presentado en el mercado de no ser por la conducta restrictiva de la competencia, se puede acudir a determinar la dinámica del mercado relevante a través de modelos de organización industrial que reflejen el comportamiento estratégico exclusivamente de los agentes de ese mercado. La elección del modelo apropiado es importante por cuanto el resultado de los mismos varía significativamente dependiendo de las hipótesis y supuestos que se adopten, los cuales deben expresar las características reales del mercado analizado⁹⁰. Alternativamente, puede recurrirse a otro método comparativo consistente en examinar datos obtenidos en los mismos mercados producto relevantes pero para un grupo de consumidores o mercados geográficos no afectados por la infracción, con la finalidad de estimar el comportamiento de las variables de competencia (precio, ventas, etc.) en un escenario sin infracción.

Bajo esta situación, la exigencia del Tribunal Supremo con respecto a que el informe pericial debe formular «una hipótesis razonable y técnica-

1996). Aun así, la estimación de la cuantía del daño causado por la infracción fue compleja al tener que basarse en hipótesis de comportamiento del precio a partir de costes. Véase STS *Azúcar* (2013).

⁹⁰ A manera de ejemplo, si las empresas del mercado compiten en precios, el modelo base de competencia a utilizar para construir el escenario alternativo de referencia sería preferiblemente uno de competencia perfecta u oligopolio de Bertrand con bienes homogéneos o bienes diferenciados o competencia monopolística, por ser estos los modelos teóricos en los que los agentes compiten en precios. Véase OXERA (2009), p. 80.

mente fundada sobre datos contrastables y no erróneos»⁹¹, es más difícil de cumplir cuanto más difusa o amplia sea la delimitación del mercado de referencia que se encuentre en la decisión de infracción en firme. Este efecto se agrava si dicha conclusión sobre el mercado es el resultado de acudir a presunciones y apelando a precedentes para evitar la obligación de definir el mercado relevante, prescindiendo al mismo tiempo de realizar un análisis económico exhaustivo del mercado durante el procedimiento de investigación. En este escenario, mayor será el número de factores y la información necesaria a considerar en el análisis y, por ende, mayor será la complejidad de la cuantificación de los daños y perjuicios, así como la carga para las empresas investigadas. Por ejemplo, las empresas se verían obligadas a defenderse de denuncias en mercados en los cuales la conducta no tuvo lugar, bien sea porque era un mercado relevante distinto o porque la conducta no tuvo efecto. También la empresa tendría que defenderse de denuncias en mercados en los que apenas participa de manera residual o simplemente no compete.

5. CONCLUSIONES

Los órganos decisores han prescindido de manera ocasional de la delimitación del mercado relevante o de referencia en los procedimientos sancionadores por infracciones en materia de conductas colusorias, particularmente en aquellas prácticas que se consideran como restricciones por objeto.

Si bien los cárteles son de las conductas más perjudiciales para la competencia y los consumidores, también es necesario que las decisiones relativas al art. 101 del TFUE y art. 1 de la LDC/2007 se encuentren sustentadas adecuadamente desde el punto de vista económico. Por ello sugerimos, al igual que sucede para el caso de concentraciones y abuso de posición de dominio, incorporar la delimitación del mercado relevante como parte del estándar mínimo del análisis económico de las conductas colusorias, particularmente cuando el caso se construye sobre la base de presunciones basadas en indicios y sin la existencia de una prueba directa del funcionamiento del cártel.

De esta forma, el análisis económico de los procedimientos de infracción en materia de acuerdos se vería enriquecido al dotar de mayor grado de objetividad y coherencia la evaluación realizada por el órgano decisor sobre la situación de competencia y el análisis de los efectos de las conductas en el mercado. Ello es así por cuanto el concepto de mercado relevante ayuda decisivamente a determinar el contexto económico apropiado de análisis, identificando a los competidores reales y potenciales, y definiendo el alcance de las restricciones competitivas efectivas que enfrentan las empresas investigadas, tanto en términos de productos como de áreas geográficas.

⁹¹ Véase STS *Azúcar* (2013), punto 7.º, numeral 3.

Además, las consecuencias para las empresas investigadas por dichas infracciones no serían las mismas en un escenario en el que se defina el mercado relevante frente a otro en el que se prescindiera del mismo. A manera de ejemplo, su adecuada delimitación permitiría establecer con más certeza:

- Los argumentos de defensa y prueba por las empresas a lo largo del proceso de investigación ante la autoridad de competencia y eventuales interposiciones de recursos posteriores.
- Si se presentan los elementos suficientes para determinar si es factible la existencia de una conducta colusoria y si la misma restringe o distorsiona de forma apreciable la competencia.
- Los elementos a tener en cuenta en los procesos de autoevaluación de acuerdos por parte de las empresas, particularmente aquellos que apelan a la existencia de eventuales eficiencias.
- Los elementos de contra-argumentación y cuantificación del daño en situaciones *ex post* relativos a los procesos de reclamaciones de daños.

Por tanto, de igual modo que se espera que la información económica presentada por las empresas ante la autoridad de competencia esté sustentada en hipótesis razonables y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos, debería aplicarse lo mismo al análisis económico incorporado por el órgano decisor en materia de infracciones por conductas colusorias, evitando acudir a precedentes —que son de por sí diferentes y aplicados según un contexto particular—, así como a presunciones y razonamientos subjetivos los cuales, de forma general, pueden no corresponderse de manera automática con el asunto de competencia analizado y la evidencia económica presente en los mercados investigados.

Bajo este escenario, un análisis erróneo del mercado relevante puede llevar a consecuencias perjudiciales no solamente para los consumidores sino también para los agentes administrados si ello deriva, por ejemplo, en un incremento de las sanciones aplicadas o de los daños económicos asociados a la conducta colusoria de lo que realmente hubiesen sido si el mercado relevante se hubiese definido de forma apropiada.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BISHOP, S. (2013): «Snake-Oil with mathematics is still snake oil: Why recent trends in the application of so-called “sophisticated” economics is hindering good competition policy enforcement», *European Competition Journal*, abril.
- BISHOP, S., y WALKER, M. (2010): *The Economics of Competition Law: Concepts, Application and Measurement*.
- COLOMA, G. (2002): *Apuntes de organización industrial*, Universidad del CEMA.
- COMISIÓN EUROPEA (1997): *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, DO C 372/03, de 9 de diciembre de 1997.
- (2004): *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado*, DO C 101/07, de 27 de abril de 2004.

- (2006): *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003, DO C 210*, de 1 de septiembre de 2006.
- (2008): Asunto COMP/ 39181, *Ceras para velas*, Decisión de la Comisión de 1 de octubre [asunto COMP/ 39181, *Ceras para velas* (2008)].
- (2011): *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 11/01*, de 14 de enero de 2011.
- (2014a): *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis), DOUE C 291/01*, de 30 de agosto de 2014.
- (2014b): *Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Staff Working Document accompanying the «Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)», C (2014) 4136 final*, 25 de junio.
- CNC (2009): Resolución CNC de 3 de diciembre de 2009, S/0105/08, *El Corral de las Flamencas* [Resolución CNC *El Corral de las Flamencas* (2009)].
- (2010): Resolución CNC de 7 de diciembre de 2010, S/0257/10, *Natura Bisse Internacional* [Resolución CNC *Natura Bisse* (2010)].
- (2013): Resolución CNC de 17 de julio de 2013, S/0417/12, *Mantra* [Resolución CNC *Mantra* (2013)].
- CNMC (2015a): Resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015, Expediente S/0429/12 *Residuos* [Resolución CNMC *Residuos* (2015)].
- (2015b): Resolución del Consejo de la CNMC de 15 de enero de 2015, Expediente S/0473/13 *Postes de Hormigón* [Resolución CNMC *Postes de Hormigón* (2015)].
- (2015c): Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de mayo de 2015, Expediente S/0471/13 *Concesionarios Audi/Seat/VW* [Resolución CNMC *Concesionarios Audi/Seat/VW* (2015)].
- (2015d): Resolución del Consejo de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expediente S/0482/13 *Fabricantes de Automóviles* [Resolución CNMC *Fabricantes de Automóviles* (2015)].
- Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, *DO UE L 349*, de 5 de diciembre [Directiva de daños (2014)].
- DAVIS, P., y GARCÉS, E. (2010): *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press.
- EVANS, D. (2009): *Two-Sided Market Definition*, ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies, November.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P., y TIROLE, J. (2003): *The economics of tacit collusion*, Toulouse, Institut d'Économie Industrielle (IDEI). Final report prepared for DG Competition European Commission, March.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- MARCOS, F. (2014): «Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar», en *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.

- NAVAJAS, F., *et al.* (2006): *Progresos en organización industrial*. Compilado por Germán Coloma, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial.
- OCDE (2012): *Market Definition*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Policy Roundtables, 11 de octubre.
- OFT (1999): *Quantitative techniques in competition analysis*, Research paper 17. Prepared by LECG Ltd, October.
- OINONEN, M. (2010): *Does EU Merger Control discriminate against Small Market Companies*, Kluwer Law International BV.
- OXERA (2009): *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission for Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos, December.
- PETITBÒ, A. (2014): «Cárteles: Obsesión sin análisis», en *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- Sentencia del Tribunal General UE (Sala 8.^a) de 16 de junio de 2011, asunto T-199/08 *Ziegler SA/Comisión* rec. p. II-3507 [Sentencia TG *Ziegler S. A.* (2011)].
- Sentencia del Tribunal General UE de 29 de noviembre de 2012, asunto T-491/07 *Cartes Bancaires/Comisión* [Sentencia TG *Cartes Bancaires* (2012)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 1995, asunto C-360/92 P, *Publishers Association*, rec. 1995, p. I-23 [Sentencia del TJ *Publishers Association* (1995)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 1999, *Bagnasco y otros*, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, rec. p. I-135 [Sentencia TJ *Bagnasco y otros* (1999)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.^a) de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11 *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros* [Sentencia TJ *Expedia* (2012)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de julio de 2013, asunto C-349/11P *Ziegler S. A./Comisión*, 5 CMLR 36 [Sentencia TJ *Ziegler S. A.* (2013)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires/Comisión* [Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *SIV y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, rec. p. II-1403 [Sentencia TPI *SIV y otros* (1992)].
- Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, *SPO y otros/Comisión*, T-29/92, rec. p. II-289 [Sentencia TPI *SPO* (1995)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, rec. p. II-3141 [Sentencia TPI *European Night Services y otros* (1998)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries CBR y otros/Comisión*, denominada «Cemento», asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, rec. p. II-491 [Sentencia TPI *Cementos* (2000)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 4.^a) de 6 de julio de 2000, asunto T-62/98 *Volkswagen/Comisión*, rec. p. II-2707 [Sentencia TPI *Volkswagen* (2000)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2002, asunto T-131/99, *Shaw*, rec. p. II-2023 [Sentencia TPI *Shaw* (2002)].

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 5.^a) de 11 de diciembre de 2003, asunto T-61/99, *Adriatica di Navigazione SpA/Comisión* [Sentencia TPI *Adriatica di Navigazione* (2003)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005, asunto T-38/02, *Groupe Danone/Comisión*, rec. p. II-4407 [Sentencia TPI *Groupe Danone* (2005)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 5.^a) de 6 de diciembre de 2005, asunto T-48/02, *Brouwerij Haacht NV/Comisión*, rec. 2005 II-5259 [Sentencia TPI *Brouwerij Haacht NV* (2005)].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación núm. 2736/2010 interpuesto por Kutxa [Sentencia TS *Kutxa* (2013)].
- Sentencia del Tribunal Supremo *Ebro* de 7 de noviembre de 2013, caso *cártel del Azúcar* [Sentencia TS *Azúcar* (2013)].
- WERDEN, G. (2012): *Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow*, US Department of Justice - Antitrust Division, February.
- (2014): «The Relevant Market: Possible and Productive», *Antitrust Journal Online*, American Bar Association, April.
- WHISH, R., y BAILEY, D. (2015): *Competition Law*, Oxford University Press, 8.^a ed.

