

EL PAPEL DE LAS CUOTAS DE MERCADO EN LA EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

JOSÉ MANUEL ORDÓÑEZ DE HARO
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

La evaluación de la posición de dominio de una empresa es un requisito previo en la aplicación del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea. Esto significa que un potencial comportamiento anticompetitivo, llevado a cabo por una empresa que no ostentara una posición dominante en el mercado relevante, no podría ser catalogado como una violación del artículo 82. En otras palabras, la evaluación de la dominancia individual representa una salvaguardia para cualquier comportamiento unilateral, excluyente y abusivo. Por tanto, resulta fundamental disponer de suficientes garantías o pruebas que avalen la existencia o no de la posición de dominio de una empresa.

El concepto de dominancia ha experimentado una evolución desde las primeras definiciones recogidas en la jurisprudencia de los Tribunales Europeos de Justicia hasta su actual interpretación como el disfrute duradero de un poder de mercado significativo. Esta caracterización permite la aplicación de un planteamiento más económico, con objeto de juzgar si se alcanza el suficiente poder de mercado para declarar dominante a una empresa. En este sentido, la medida habitualmente utilizada en economía, conocida como índice de Lerner, ofrecería la posibilidad de llevar a cabo una evaluación directa del nivel de poder de mercado.

No obstante, la información sobre las variables implicadas, necesaria para el cálculo o estimación del poder de mercado a través de modernas técnicas económicas, no siempre se encuentra disponible. Esto hace que, generalmente, se

opte por una medición indirecta basada en el examen de una serie de indicadores cuya trascendencia se ve corroborada por el papel que desempeñan en las expresiones alternativas del índice de Lerner. Como demostraremos posteriormente, las distintas formulaciones que propone la literatura económica aportan información muy valiosa sobre cómo deben interpretarse dichos indicadores.

El enfoque económico tradicional aboga por una evaluación indirecta del poder de mercado a través de un conjunto de factores entre los que se encuentran las cuotas de mercado de las empresas que operan en el mercado de referencia. Así, una mayor cuota de mercado de una empresa se asocia con una mayor capacidad para que pueda fijar precios por encima del nivel competitivo. Por el contrario, cuanto más importantes sean las cuotas de los rivales, más difícil será que esa empresa pueda ejercer su poder de mercado.

En la práctica legal, la mayoría de jurisdicciones emplean umbrales críticos, en términos de los valores alcanzados por la cuota de mercado de la empresa líder, bien como indicadores para obtener una presunción de un poder de mercado sustancial o como referencia para delimitar una zona de salvaguardia. Sin embargo, desde una perspectiva económica, la elevada o reducida cuota de mercado de una empresa no debe considerarse una condición suficiente para concluir o no, respectivamente, su dominancia individual. Precisamente, esta cuestión ha constituido uno de los principales motivos de controversia en el debate sobre el papel de la cuota de la empresa líder en la determinación de su posición de dominio.

En este contexto, el excesivo peso asignado a los valores de las cuotas de mercado, para inferir o desestimar dominancia en los casos legales, se ha manifestado igualmente en que se recurra principalmente a la importancia relativa de las cuotas de los rivales, como medida de la presión competitiva que efectivamente tiene lugar en el mercado, para confirmar o refutar las conclusiones que se derivarían del análisis inicial de la cuota de la empresa supuestamente dominante.

Las cuotas de mercado deberían interpretarse como indicadores previos de la posición que ocupa la empresa investigada frente a sus competidores. La información que proporcionan las cuotas, frente a la que se obtendrían por otros métodos más complejos, representa un ahorro en los recursos asignados por las autoridades de la competencia. A pesar de ello, la utilidad y validez de esa información está supeditada a los resultados de una investigación más amplia que contemple otros factores que también inciden en el grado de poder de mercado que puede disfrutar una empresa. Entre dichos factores, cabe mencionar la capacidad productiva de los competidores, las condiciones de entrada para potenciales rivales, así como el poder de negociación de los compradores o clientes de la empresa.

El presente trabajo realiza un estudio de las recientes contribuciones teóricas al análisis económico de la dominancia individual, así como una exposición del enfoque más actual aplicado en la Unión Europea para evaluar el grado de poder de mercado de una empresa, centrándose en la utilización de las cuotas de mercado como indicios, a los efectos de concluir o no una posición dominante, e incluyendo una serie de reflexiones sobre lo establecido en otras jurisdicciones.

2. DOMINANCIA Y PODER DE MERCADO

El concepto legal de dominancia, aunque no se encuentra definido en el artículo 82, se ha desarrollado en las decisiones adoptadas por la Comisión Europea y la jurisprudencia que emana de las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo. Concretamente, en el caso “United Brands vs. Commission” (1978) el Tribunal de Justicia proporciona una primera definición de dominancia al establecer que la posición dominante se refiere al disfrute por parte de una empresa de una posición de fuerza económica que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, concediéndole el poder para comportarse, de una manera amplia, independientemente de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores.¹ Esta noción se sostuvo después en otros casos como “Hoffmann-La Roche & Co. vs. Commission” (1979) o “NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin vs. Commission” (1983).²

La necesidad de aclarar determinadas expresiones incluidas en esta primera definición, así como de ofrecer una postura inicial sobre los criterios generales que deberían seguirse en el proceso de aplicación del artículo 82, se concretó en la publicación por la Comisión Europea del “*Discussion Paper sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas*” (European Commission, 2005). Durante el periodo de reflexión y debate público que siguió a la publicación de este documento de trabajo, se recibieron numerosas críticas y sugerencias generalmente encaminadas a mejorar el contenido de dicho documento, motivando una profunda revisión del texto por parte de la Comisión. El resultado de dicha revisión ha sido la publicación en 2009 de las “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (European Commission, 2009).³

Estas directrices determinan que la dominancia conlleva que las restricciones competitivas sobre la empresa en cuestión no son suficientemente efectivas y, por tanto, esta empresa disfruta de un poder de mercado sustancial durante un cierto periodo de tiempo. Asimismo, la Comisión agrega que una empresa que es capaz de aumentar los precios rentablemente por encima del nivel competitivo durante un periodo importante de tiempo (en condiciones normales, con dos años se considera suficiente), no se enfrenta a unas restricciones competitivas suficientemente efectivas y, consecuentemente, puede ser considerada como dominante. Por tanto, la dominancia supone el disfrute de un poder de mercado significativo y duradero.

¹ Caso 27/76 United Brands Co and United Brands Continental vs. Commission (1978) ECR 207.

² Caso 85/76 Hoffman-La Roche & Co. vs. Commission (1979) ECR 461, Caso 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin vs. Commission (1983) ECR 3461.

³ La discusión sobre lo que debe entenderse como dominancia ha sido objeto de numerosos estudios en los que se ha pretendido destacar las posibles inconsistencias o problemas a la hora de interpretar este concepto en la legislación comunitaria de la competencia. Entre dichos trabajos cabe destacar Pearce-Azevedo y Walker (2002), Geradin et al. (2005), Eilmansberger (2006) y Monti (2006).

La equivalencia entre el término de poder de mercado significativo y dominancia ya fue reconocida con anterioridad en la “Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas” (Comunidad Europea, 2002). En dicha Directiva se establece que, en el nuevo marco regulatorio, la definición de poder de mercado significativo es equivalente al concepto de posición dominante que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. De igual forma, en las directrices elaboradas por la Comisión Europea para analizar el mercado y evaluar el poder de mercado significativo en esta nueva etapa de regulación, se destaca la alineación entre la definición de poder de mercado significativo y la definición de dominancia que se desprende de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia Europeos. No obstante, también se señala que si dedujese la existencia de poder de mercado significativo por parte de una empresa, este hecho no implicaría que esta empresa automáticamente fuese declarada dominante al efecto del artículo 82 del Tratado (European Commission, 2002).

Esta última afirmación parece contraria a lo contenido en otros párrafos de dichas directrices y de la propia Directiva Comunitaria, aunque es muy probable que su intención sea sencillamente instar a las autoridades, encargadas de aplicar las normas regulatorias, a la realización de un análisis riguroso, tanto en la definición de mercado relevante como en el proceso de evaluación del nivel y duración del poder de mercado ejercido por la empresa, antes de concluir una posición dominante.

La introducción de esta nueva definición de dominancia, entendida como poder de mercado significativo, se puede interpretar como un resultado más del proceso de modernización y revisión que ha llevado a cabo la Comisión de sus procedimientos en los últimos años. Este proceso supone incorporar una evaluación económica solvente en la aplicación de la política a todos aquellos comportamientos que podrían perjudicar a la competencia y, por lo tanto, a los consumidores (Kroes, 2005, 2008).

Según Kovacic (2008), el tratamiento aplicado al comportamiento de las empresas dominantes constituye una de las áreas donde se pueden observar discrepancias entre la política de la competencia de la Unión Europea y la de Estados Unidos. Aun así, pueden encontrarse ciertas similitudes en el requisito básico exigible para juzgar conductas unilaterales anticompetitivas en los respectivos marcos legales. Concretamente, en Estados Unidos la consideración del delito de monopolización, en virtud de la Sección 2 de la Ley Sherman, está condicionada a la posesión de poder de monopolio en el mercado relevante y la adquisición o mantenimiento deliberado de ese poder a diferencia del crecimiento o desarrollo como consecuencia de un producto superior, la visión de negocios, o un fenómeno histórico.⁴ Así, el concepto clave, que se correspondería con la noción de dominancia en la legislación comunitaria, sería el de poder de monopolio.

⁴ Caso *United States vs. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, (1966).

Sin embargo, poder de monopolio y poder de mercado, aún estando relacionados, no son términos equivalentes. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso "United States vs. E. I. du Pont" define poder de monopolio como el poder para controlar los precios o excluir la competencia.⁵ Este mismo órgano judicial ha definido, en posteriores casos legales, el concepto de poder de mercado como la capacidad para aumentar los precios por encima de aquéllos que se fijarían en un mercado competitivo.⁶ La diferencia entre ambos conceptos constituye una cuestión de grado tal como se infiere del caso "Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services", donde se mantuvo que el poder de monopolio bajo la Sección 2 exige, por supuesto, algo mayor que el poder de mercado bajo la Sección 1.⁷

Más específicamente, el poder de monopolio se identifica, como mínimo, con un nivel de poder de mercado sustancial o importante.⁸ Esta diferencia también se pone de manifiesto en el caso "United States vs. Microsoft Corp." donde se define el poder de monopolio como la capacidad para aumentar sustancialmente los precios por encima del nivel competitivo de manera rentable.⁹ A este requisito de grado, se suma la condición de que ese poder de mercado no sea sólo temporal o provisional.¹⁰ En definitiva, el concepto de poder de monopolio supone el ejercicio continuado de un poder de mercado sustancial.

Como se puede apreciar, en ambas jurisdicciones se mantienen enfoques similares respecto al requisito previo para considerar ilegal la conducta unilateral de una empresa dominante: el ejercicio, por parte de esta empresa, de un poder de mercado significativo o sustancial de forma duradera. En este sentido, el concepto económico de poder de mercado constituye un elemento esencial en la determinación de la posición dominante o poder de monopolio. Por consiguiente, todas aquellas medidas que la literatura económica ha considerado para medir el poder de mercado, así como los factores que le afectan, pueden constituir referencias básicas que las autoridades de la competencia deberían contemplar a la hora de justificar la utilización de determinadas variables en su análisis de la posición de dominio individual.

2.1. CONCEPTO ECONÓMICO DE PODER DE MERCADO

Desde el punto de vista económico, el poder de mercado se define como la capacidad de una empresa o grupo de empresas para fijar precios por encima de su

⁵ Caso United States vs. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, (1956).

⁶ Casos NCAA vs. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468, U.S. 85, (1984) y Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

⁷ Caso Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, (1992).

⁸ Casos Bacchus Industries, Inc. vs. Arvin Industries, Inc., 939 F.2d 887 (1991), Deauville Corp. vs. Federated Department Stores, Inc., 756 F.2d 1183, (1985).

⁹ Caso United States vs. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, (2001).

¹⁰ Caso Colorado Interstate Gas Co. vs. Natural Gas Pipeline Co. of America, 885 F.2d 683, (1989).

coste marginal (que se corresponde con el precio competitivo) o para restringir la producción por debajo de los niveles competitivos, durante un periodo continuado de tiempo. Una medida teórica habitual del poder de mercado de una empresa i viene dada por el índice de Lerner,¹¹ definido como la proporción o ratio de la diferencia entre el precio p_i y el coste marginal CMa_i sobre el precio de dicha empresa, es decir, $(p_i - CMa_i)/p_i$. Como se puede observar, en condiciones de competencia perfecta, donde el precio es igual al coste marginal, el índice sería igual a cero, alcanzando valores más elevados en la medida que esta empresa i aumente el margen entre los precios que fija y su coste marginal.

Esta medida constituye un indicador de la pérdida irrecuperable de bienestar que está vinculada con la ineficiencia asignativa que conllevan precios por encima del coste marginal. Por tanto, una estimación lo más acertada posible de su cuantía puede ser decisiva para evaluar el daño a la competencia y la compensación exigible en cada caso.

La aplicación a situaciones reales de esta formulación inicial del índice de Lerner presenta una serie de inconvenientes: (i) la estimación del coste marginal suele ser difícil, ya que exige identificar los costes variables que corresponden al producto en cuestión, así como el periodo durante el cual tienen lugar, en unas circunstancias donde existe escasa información y, generalmente, falta de colaboración por parte de la empresa objeto de investigación; (ii) en muchas ocasiones, la magnitud del margen entre precio y coste marginal obedece a razones muy dispares, tales como el efecto sobre los costes de diferentes niveles de eficiencia en el proceso productivo o las consecuencias de prácticas anticompetitivas como la fijación de precios predatorios, que pueden conducir a conclusiones erróneas acerca del grado de poder de mercado que disfruta la empresa; (iii) esta medida tendería a sobrevalorar la desviación proporcional del precio fijado por la empresa respecto al precio competitivo, puesto que el coste marginal evaluado a un nivel de producción inferior al competitivo (como ocurre en cualquier situación de competencia imperfecta) probablemente generará también un valor menor; (iv) por último, si la empresa opera en una amplia línea de productos o aplica una política de discriminación de precios sería necesario calcular una expresión alternativa que tuviera en cuenta estas circunstancias.

Un primer paso para superar alguno de los problemas citados sería utilizar una definición alternativa del índice de Lerner. Así, a partir del problema de maximización de la empresa, se obtiene que el índice de Lerner también se puede expresar como el inverso de la elasticidad de la demanda residual o demanda a la que se enfrenta la empresa que se está investigando, $L_i = 1/\epsilon_i$, donde L_i es el índice de Lerner y ϵ_i es la elasticidad de la demanda residual de la empresa.¹² La

¹¹ Lerner (1934).

¹² La consideración de esta formulación supone una clara ventaja en la evaluación directa del poder de mercado. Así, la aplicación de modernas técnicas econométricas permiten estimar la elasticidad de la demanda residual, sin necesidad de calcular los costes marginales de la empresa (Baker y Bresnahan, 1992, 2008, Werden, 1998).

elasticidad de la demanda es una medida de la sensibilidad de los consumidores, en términos de la variación en la cantidad que demandarán, ante una variación en el precio de la empresa. De acuerdo con esta definición, el índice de Lerner será mayor cuanto más insensible (inelástica, tomará valores bajos menores que la unidad) sea la demanda de la empresa a variaciones en su precio, tendiendo a cero cuando la demanda es horizontal (elasticidad infinita) que se corresponde con la situación de competencia perfecta.

La ausencia total de poder de mercado tiene lugar sólo en ciertos modelos teóricos, como el de competencia perfecta, en los que se parte de supuestos muy restrictivos que no se ajustan a la realidad. En la práctica, casi cualquier empresa es capaz de ejercer cierto poder de mercado. Esto no significa que una empresa con poder de mercado pueda comportarse independientemente de sus rivales, clientes y, en última instancia, consumidores, tal como establece la definición legal de dominancia. De hecho, la disciplina impuesta por la pendiente negativa de la curva de demanda imposibilita que una empresa pueda actuar sin verse sometida a las consecuencias de las reacciones de sus compradores y/o competidores (O'Donoghue y Padilla, 2006, Calvani y Fingleton, 2008).

En cualquier caso, la cuestión fundamental no es si una empresa posee poder de mercado, sino si el grado y el tiempo durante el que se disfruta dicho poder de mercado es suficientemente importante como para que merezca la atención de las autoridades de la competencia. En este sentido, el poder de mercado no es exclusivamente una característica de la empresa o empresas que lo poseen, sino que depende también de las reacciones tanto de sus competidores actuales o potenciales, como de sus clientes. Por lo tanto, a la hora de evaluar el poder de mercado deben considerarse una serie de factores que contemplados conjuntamente permitan estimar el alcance del mismo.

2.2. RELACIÓN ENTRE PODER DE MERCADO Y CUOTAS DE MERCADO

Una vez establecido el concepto económico de poder de mercado, una revisión de algunas de las aportaciones más relevantes en la literatura económica nos proporcionará información sobre qué factores y de qué forma influyen en la capacidad de una empresa para fijar precios por encima del coste marginal. En particular, estamos interesados en conocer la relación teórica que existe entre este concepto y las cuotas de mercado de las empresas que compiten en el mercado de referencia.

Una primera aproximación a esta relación la constituye la formulación del índice de Lerner propuesta por Landes y Posner (1981). Estos autores suponen un modelo de empresa dominante, también conocido como modelo de liderazgo en precios, que parte de un mercado para un producto homogéneo integrado por una empresa que posee una gran parte del mercado denominada "dominante", así

como por un gran número de empresas más pequeñas que colectivamente reciben el nombre de "franja competitiva".¹³ Cada empresa perteneciente a la franja se comporta como precio-aceptante, es decir, toma el precio de mercado como dado porque cualquier alteración en su nivel de producción no supone ningún efecto en la determinación del precio. La empresa dominante posee una ventaja en términos de costes (costes más bajos) e información (conoce tanto la demanda de mercado como la curva de oferta de la franja competitiva) respecto a las empresas de la franja. Así, la empresa dominante deriva su demanda residual a partir de la diferencia entre la demanda de mercado y la oferta de la franja competitiva. En este ámbito, la elasticidad de la demanda residual de la empresa dominante se puede expresar como:

$$\epsilon_i = (\epsilon / s_i) + (s_f \cdot \eta_f / s_i)$$

donde s_i es la cuota de mercado de la empresa dominante, s_f la cuota de mercado de las empresas pertenecientes a la franja,¹⁴ ϵ la elasticidad de la demanda de mercado y η_f la elasticidad de la oferta de la franja competitiva. Sustituyendo la expresión de la elasticidad de la demanda residual en la definición del índice de Lerner se obtiene:

$$L_i = s_i / (\epsilon + s_f \cdot \eta_f)$$

Esta ecuación, tal como expone Utton (1995), pone de manifiesto una serie de hechos importantes para la política de la competencia. En primer lugar, señala una relación directa entre poder de mercado y cuota de mercado de la empresa dominante. Así, cuanto mayor sea la cuota de mercado de la empresa dominante, manteniendo el resto de variables constantes, mayor será el poder de mercado que podrá ejercer esta empresa. En segundo lugar, establece que cuanto más elástica o sensible sea la demanda de mercado a variaciones en el precio, tanto más sensible será también la demanda a la que se enfrenta la empresa dominante a esas variaciones y, por tanto, menor el poder de mercado del que podrá disfrutar esta empresa. Así, cuanto más fácil resulte disponer de sustitutos cercanos para el producto que ofrece la empresa dominante, más difícil será que resulte rentable subir su precio por encima del nivel competitivo, ya que en ese caso sus clientes reaccionarán rápida y ampliamente comprando sustitutos del producto. Por último, los rivales actuales o potenciales de la empresa dominante representan también una restricción al ejercicio del poder de mercado. Las empresas rivales al no cooperar con la empresa dominante, responderán a un aumento en el precio de mercado con un incremento en la cantidad ofrecida, lo que reduce la rentabilidad de realizar dicha subida del precio. De esta forma, dado un determinado valor de la cuota de la

¹³ Este modelo fue originalmente desarrollado por Stigler (1965).

¹⁴ Igual en este caso a $(1 - s)$.

empresa dominante y de la elasticidad de la demanda de mercado, cuanto más alta sea la elasticidad de la oferta, correspondiente a las empresas que ya pertenecen a la franja o nuevos entrantes en el mercado, más limitado será el poder de mercado que posea la empresa dominante.

Una de las críticas recibidas por este planteamiento es la de no representar situaciones de mercado reales donde, por ejemplo, exista más de una empresa con una importante cuota de mercado que no se comportaría como precio aceptante.¹⁵ Ordover, Sykes y Willig (1982) ofrecen una nueva versión del índice de Lerner en un mercado integrado tanto por una franja competitiva como por otras empresas que no aceptarían el precio como un dato. Concretamente, la expresión del índice vendría dada por:

$$L_i = (1 + k_i) \cdot s_i / (\epsilon + s_f \cdot \eta_f)$$

donde k_i es la variación conjetural de la empresa i , es decir, la estimación que hace esta empresa de cómo reaccionan en la producción el resto de empresas que no son precio-aceptantes, a una variación en la cantidad producida por la empresa i . Por tanto, reflejaría una medida de la interdependencia que percibe esta empresa respecto a otras empresas no precio-aceptantes. Concretamente, valores positivos de k_i indicarían que la empresa i espera un comportamiento cooperativo o colusivo por parte de las otras empresas para elevar el precio de mercado, mientras que valores negativos supondrían un comportamiento en sentido contrario al necesario para que se pueda fijar un precio por encima del nivel competitivo y, en consecuencia, más propio de un entorno de competencia. Así, si $k_i = 1$, las empresas que no son precio aceptantes seguirían políticas paralelas o colusivas que conducen a un mayor poder de mercado para la empresa i . Por el contrario, en caso de que $k_i = -1$, la empresa i espera que la decisión sobre su nivel de producción no tenga ningún efecto sobre el precio de mercado. Cualquier variación en su producción conllevará una reacción en la misma cuantía pero de sentido opuesto por parte de las otras empresas, por lo que el poder de mercado será nulo independientemente de cuál sea la cuota de mercado de esta empresa. Finalmente, un valor nulo para k_i supondría que esta empresa espera que las otras empresas rivales no reaccionen a variaciones en su producción.

Este enfoque permite adaptar la expresión del índice de Lerner a la forma teórica de competencia que tuviera lugar en el mercado considerado, al existir una correspondencia con el valor de k_i . En particular, el modelo de Cournot se correspondería con $k_i = 0$ para todas y cada una de las empresas, en el modelo de Stackelberg el líder poseería un $k_i < 0$, mientras que para cualquier seguidor su

¹⁵ Otras críticas se refieren al carácter estático de esta medida, lo que impediría contemplar aspectos dinámicos como la persistencia del ejercicio del poder de mercado a lo largo del tiempo. También se ha criticado el excesivo peso otorgado en este enfoque a las cuotas de mercado, o el hecho de no reflejar el auténtico coste del poder de mercado (Schmalensee, 1982, Kaplow, 1982).

variación conjetural sería $k_i = 0$, y en un modelo de colusión perfecta cada empresa participante en el acuerdo esperaría $k_i = (1 - s_i) / s_i$.¹⁶ Podría decirse, entonces, que la principal aportación de Ordober, Sykes y Willig en la formulación de una medida del poder de mercado individual es la inclusión del grado de competencia o interdependencia entre empresas como una de las variables a tener en cuenta en su evaluación. Por tanto, para comprender si una empresa realmente tiene suficiente poder de mercado, es necesario analizar el grado de independencia, con respecto a la empresa líder, del resto de empresas que se encuentran en el mercado relevante. Esto exige medidas que no se centren exclusivamente en las cuotas de mercado, y que tengan presente las distintas formas de comportamiento estratégico que pueden producirse en un mercado particular.

Más recientemente, Vickers (2006) advierte sobre el peligro que supone para la medición del poder de mercado contemplar únicamente las cuotas de mercado de aquellos productos que se encuentran dentro de la definición del mercado relevante, cuando la inclusión o no en dicha definición puede ser consecuencia de que se alcance un determinado grado de sustituibilidad entre esos productos. Esta forma de proceder constituye un problema si se tiene en cuenta que la simple diferenciación de producto introduce un rango de sustituibilidad del que, generalmente, el mercado relevante sólo constituiría un intervalo. En estas circunstancias, Vickers presenta una nueva formulación del índice de Lerner que pretende considerar un espacio más extenso de productos, asignando ponderaciones diferentes a las cuotas de mercado según sea el nivel de sustituibilidad entre productos. En particular, a productos que sean perfectamente sustitutos se les asignaría la misma ponderación, mientras que si no son sustitutos cercanos se les adjudicaría una ponderación mucho menor. No obstante, dado que este método no parte de una definición del mercado de referencia como tal, sino probablemente de un ámbito mucho más amplio, el nivel de exhaustividad y complejidad en el análisis, que se requeriría para estimar este índice, puede suponer un claro obstáculo para su puesta en práctica.

En esta misma línea de reconocer, en la medición del poder de mercado, la presión competitiva ejercida por otros productos que no estarían comprendidos en la definición del mercado, Weisman (2007) y Tardiff y Weisman (2009) proponen un modelo de empresa dominante que participa en múltiples mercados. La expresión del índice de Lerner que obtienen es similar a la formulada por Ordober, Sykes y Willig, aunque el valor e interpretación del parámetro k_i es en este caso algo diferente, ya que considera la interdependencia de demanda para los productos que la empresa vende en cada mercado. Así, cuando los productos ofertados por la empresa dominante en dos mercados distintos, i y j , son complementarios (sustitutos) netos, $k_i < 0$ (> 0), los incentivos de esta empresa a incrementar el precio en el mercado i se reducen (aumentan) puesto que implicaría una disminución

¹⁶ Algunos autores que destacaron originalmente esta relación entre modelos tradicionales de oligopolio y variaciones conjeturales son Dansby y Willig (1979), Encaoua y Jacquemin (1980) y Bresnahan (1981).

(un incremento) de la demanda en el mercado j .¹⁷ En otras palabras, el poder de mercado que puede ejercer la empresa dominante en un mercado determinado se ve restringido por la presión ejercida por otros mercados complementarios donde también opera, mientras que para mercados sustitutivos el poder se vería ampliado. Este resultado se basa en el supuesto de que la empresa considerada es líder o dominante, entendido este concepto en términos del modelo teórico, en todos aquellos mercados en los que interviene.

Sin embargo, esta situación no se cumple generalmente en la realidad y en muchos casos puede existir, en alguno de los mercados donde opera esta empresa líder, otros competidores que no se comporten como precio aceptantes. Por tanto, sería interesante construir un índice que reuniera ambos aspectos, es decir, la interdependencia a nivel de competencia estratégica por parte de otras empresas, así como a nivel de su participación en múltiples mercados. Ahora bien, es muy probable que esta medida de poder de mercado suponga una expresión matemática bastante más compleja que las anteriores donde, además, resultaría difícil distinguir entre la dominancia individual y la dominancia colectiva, puesto que el potencial contacto multimercado aumentaría las posibilidades de coordinación entre empresas.

En cualquier caso, el análisis para llegar a las distintas formulaciones alternativas del índice de Lerner revela la necesidad de no sustentar la evaluación del poder de mercado únicamente en una medida concreta. De hecho, demuestran el decisivo papel jugado por variables que tienen que ver con la sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta, con el tipo de interacción estratégica existente tanto entre empresas pertenecientes a un mismo mercado como a otros mercados relacionados, así como con las condiciones de entrada. No obstante, la utilidad de estas diferentes versiones del índice de Lerner depende de la posibilidad de obtener estimadores adecuados y fiables de las variables correspondientes. En consecuencia, su utilización dependerá de la disponibilidad de los datos necesarios para su estimación.

Con frecuencia, estas fórmulas proporcionan información sobre cómo debe interpretarse una determinada cuota de mercado a la hora de evaluar el poder de mercado. Así, dada la dificultad que habitualmente entraña medir directamente el poder de mercado a través del cálculo o estimación del índice de Lerner, se suele optar por iniciar la investigación estudiando una serie de variables de estructura de mercado que ofrecen una evaluación indirecta. Estas variables son, fundamentalmente, las cuotas de mercado de la empresa supuestamente dominante y de sus competidores, las posibles barreras a la entrada existentes en el mercado relevante y el poder de negociación de los clientes o compradores frente a la empresa dominante. Los valores y conclusiones que se deriven de su análisis podrían servir como

¹⁷ La diferencia entre las definiciones de bruto y neto para sustitutos y complementarios radica en que las definiciones de bruto incluyen tanto el efecto sustitución como el efecto renta, que conllevan la variación del precio de un bien sobre la cantidad demandada de otro, mientras que las definiciones de neto únicamente consideran el efecto sustitución.

indicadores suficientes para descartar, en una primera etapa, aquellos casos donde quede patente la inexistencia de un poder de mercado significativo. Este es el proceso que siguen la mayoría de autoridades de la competencia que supone además un ahorro considerable de recursos frente a la opción de realizar un estudio más profundo con técnicas de análisis mucho más complicadas.

3. CUOTAS DE MERCADO COMO INDICADORES DE POSICIÓN DOMINANTE

Las cuotas de mercados constituyen un instrumento básico para realizar una evaluación indirecta del poder de mercado ejercido por la empresa que es objeto de investigación por parte de las autoridades de la competencia. Como se desprende de la exposición anterior, su utilización encuentra una justificación económica en la relación positiva existente entre cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante y su capacidad para fijar precios por encima de los niveles competitivos.

Asimismo, las cuotas que ostenten las empresas rivales actuales permitirían aproximar mejor dicha capacidad, ya que estas empresas representan una de las fuentes de presión competitiva que limitan su importancia y repercusión. Como expondremos posteriormente, en la práctica legal, las cuotas de mercado de la empresa presuntamente dominante y de sus competidores pueden llegar a ser evidencias definitivas para la deducción de un nivel de poder de mercado significativo.

La utilización de las cuotas de mercado como indicadores del poder de mercado requiere que previamente se haya realizado una correcta definición del mercado relevante. Cualquier error cometido en esta primera etapa podría conducir a valores desvirtuados de las cuotas, de la capacidad de una empresa para desarrollar su poder de mercado y, por tanto, a una presunción equivocada de la posición dominante de dicha empresa. Esto significa que una adecuada definición de mercado debería contemplar tanto la sustituibilidad por el lado de la demanda como de la oferta.

Hay que destacar que, generalmente, cuanto más reducida sea la forma en la que se defina el mercado, más probable será que se determine que una empresa posee poder de mercado. Por tanto, no resulta sorprendente que las empresas a las que se les supone una posición dominante tiendan a defender definiciones de mercado más amplias que supongan el reconocimiento de una posición menos importante en términos relativos, que incluso podría dejar sin suficientes fundamentos la hipótesis inicial.

Incluso asumiendo una definición del mercado de referencia lo más acertada posible, existen otra serie de cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de asignar las cuotas de mercado. Cuando las empresas producen bienes o servicios

muy diferentes, un primer problema es seleccionar un común denominador que permita agregarlos. Una opción a la que se suele recurrir generalmente es basarse en los ingresos monetarios de las ventas o utilizar una medida de producción estándar, como el peso o el volumen. En ciertos casos, resulta conveniente disponer de las cuotas de mercado obtenidas a partir de las de unidades físicas producidas o vendidas como de su valoración en unidades monetarias. De esta manera, es muy probable que se obtenga información complementaria de la posición relativa de las empresas en el mercado. Así, una mayor cuota de los ingresos económicos totales por ventas puede obedecer a que la empresa posea una imagen de marca que le permite fijar mayores precios para, esencialmente, un mismo producto.¹⁸ Las autoridades necesitan que se establezca una referencia común estándar para poder realizar comparaciones entre cuotas de mercado. En la práctica, las cuotas de mercado, usualmente, se asignan sobre una base que no representaría exactamente un común denominador, bien porque no lo haya o porque el proceso para aplicarlo implicaría soportar un coste muy elevado en términos de tiempo y dinero (Werden, 2002).

Igualmente importante es decidir cuál debe ser el periodo que se debe abarcar para asignar las cuotas de mercado. En aquellos mercados caracterizados por un número reducido de clientes que realizan pedidos grandes y poco frecuentes a lo largo del tiempo, las cuotas de mercado deberían calcularse para un periodo relativamente largo de tiempo, por ejemplo de tres a cinco años (dependiendo de la frecuencia de los pedidos).¹⁹ En caso contrario, es muy probable que las cuotas no reflejen la posición en el mercado de cada empresa, ya que puede que no se esté incluyendo algún pedido que represente una proporción importante de las ventas usuales de la empresa.

Otra cuestión a tener en cuenta es la dinámica que experimentan las cuotas de mercado, es decir, la volatilidad o inestabilidad de las mismas en el mercado de referencia. La propia definición de dominancia o poder de mercado sustancial requiere que los precios se mantengan por encima de los competitivos durante un determinado periodo de tiempo. En ciertas circunstancias, el supuesto poder de mercado que se podría inferir de una elevada cuota de mercado puede desaparecer a medida que transcurra el tiempo como consecuencia del comportamiento estratégico de sus rivales. En tal caso, la elevada cuota de mercado sólo identificaría una situación provisional de poder de mercado. En algunos mercados donde se comercializa una materia prima agotable o donde la producción está limitada por un recurso productivo imprescindible, las reservas existentes de dicha materia prima o recurso podrían proporcionar más información que los ingresos actuales de las

¹⁸ Por ejemplo, en el caso nº IV/M.190 Nestlé/Perrier, OJ 1992 L 356, la Comisión Europea calculó cuotas de mercado en el mercado francés del agua mineral tanto en volúmenes como en valores. Las tres mayores empresas exhibían mayores cuotas cuando se evaluaban en base a la valoración de sus ventas, indicando que los consumidores estaban dispuestos a pagar mayores precios por una botella de sus aguas que por las de los competidores.

¹⁹ Ejemplos de industrias que se ajustan a esta descripción de pedidos grandes y poco frecuentes son los aviones y trenes, como se señala en los casos nº IV/M053 Aerospatale-Alenia/de Havilland (1991), nº IV/M.877 Boeing/McDonnell Douglas (1997), nº COMP/M.2220 y General Electric/Honeywell (2001).

empresas. Si se pretende evaluar la competencia efectiva presente en el mercado, la cuota de una cierta empresa, cuyas reservas se espera que estén completamente agotadas en un corto periodo de tiempo, no tendría demasiada relevancia para dicha evaluación puesto que, transcurrido ese plazo relativamente breve, no ejercería ningún tipo de presión competitiva sobre sus competidoras.²⁰

Una situación muy similar tiene lugar en sectores, como el de las telecomunicaciones o el farmacéutico, que se caracterizan por una alta ratio de introducción de nuevos productos y son muy sensibles a las innovaciones drásticas.²¹ Si la tecnología o el producto que vende una empresa es muy probable que, a corto o medio plazo, quede obsoleto o seriamente afectado por la aparición de un nuevo método productivo más eficiente o por otro producto de un rival, la consideración de su cuota de mercado actual o pasada supondría sobrestimar las restricciones competitivas reales que esta empresa ejerce sobre sus rivales. En este contexto, para calcular las cuotas de mercado, posiblemente sería conveniente contemplar un escenario donde se excluyesen las ventas actuales de la citada empresa que se considera que, con una alta probabilidad, abandonará el mercado u ocupará una posición irrelevante.

En definitiva, cuanto mayor sea la volatilidad de las cuotas de mercado más difícil será realizar una asignación adecuada de las cuotas de las empresas integrantes del mercado y, por tanto, utilizar la cuota de una determinada empresa como indicador para justificar su posición dominante.

Las observaciones anteriores ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una investigación rigurosa en la etapa previa al cálculo y asignación de las cuotas de mercado. No considerar alguno de los aspectos mencionados, y depositar una excesiva confianza en los valores de las cuotas de mercado, podría significar que se cometieran errores de tipo I o II en las conclusiones sobre la posible posición dominante de una empresa.

3.1. CUOTA DE MERCADO DE LA EMPRESA SUPUESTAMENTE DOMINANTE

En la mayoría de jurisdicciones se utiliza la cuota de mercado de la empresa líder como un indicador inicial para inferir si dicha empresa posee un poder de mercado significativo como para ser declarada dominante. En general, se observa el establecimiento de ciertos valores críticos de referencia por encima de los cuales la empresa investigada sería la responsable de demostrar que no ostenta suficiente poder de mercado, mientras que no alcanzando esos valores serían las autoridades

²⁰ Por ejemplo, en el caso nº IV/M.619 Gencor/Lonrho (1996), donde se presentaba la propuesta de fusión de las actividades de producción de platino de las empresas Gencor y Lonrho, la Comisión Europea calculó las cuotas de mercado no sólo en base a la producción real de platino sino también a las reservas de los principales proveedores de este metal.

²¹ Una innovación drástica es aquella que implica dejar obsoletos los productos que existían antes que se produjese esa innovación.

de la competencia las que deberían probar su existencia. Como muestra el Cuadro 1, la base legal de estos valores, dependiendo de la jurisdicción, no siempre se encuentra recogida explícitamente en la legislación aplicable, siendo en muchas ocasiones las interpretaciones que de la ley realizan las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de Justicia, así como las decisiones y documentos aclaratorios publicados por las autoridades de la competencia, los que proporcionan información a este respecto.

En la evaluación de la posición dominante de una empresa, el Tribunal de Justicia Europeo ha concedido un papel destacado a las pruebas proporcionadas por las cuotas de mercado y ha señalado que grandes cuotas de mercado podían por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, constituir suficiente evidencia para establecer dominancia.²² Esto implica que cualquier empresa que operase en un mercado en régimen de monopolio o “cuasimonopolio” se declarará dominante. Estas circunstancias, donde la empresa ejercería un poder de mercado muy importante, fueron calificadas por el Abogado General en el caso “Compagnie Maritime Belge SA vs. Commission”²³ como situaciones de “superdominancia” en las que, en su opinión, se debería exigir una especial responsabilidad.

El término de empresa superdominante no es recogido de forma explícita en las decisiones adoptadas por los Tribunales de Justicia Europeos o por la Comisión. No obstante, distintos fallos del Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia Europeos han plasmado el principio por el cual la responsabilidad exigible a una empresa dominante será mayor cuanto más alto sea el grado de dominancia.²⁴ La identificación de cuotas muy altas de mercado con un mayor grado de dominancia permite, generalmente, resolver con mayor rapidez la posición dominante de una empresa.²⁵ En el caso Microsoft,²⁶ la Comisión Europea establece en su decisión de 2004 que esta empresa, con sus cuotas de mercado de más del 90%, ocupa casi la totalidad del mercado. Por lo tanto, está cercana a una posición de monopolio, y puede decirse que mantiene una posición abrumadoramente dominante. Una postura similar se adoptó en el proceso “Wanadoo España vs Telefónica” (2007),²⁷ estableciendo que Telefónica era dominante en los dos mercados mayoristas de acceso de banda ancha, ya que detentaba una posición de monopolio en uno de esos mercados y una cuota del 80% en el otro.²⁸

²² Caso 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG vs Commission (1979), ECR 461.

²³ Casos C-395-6 y 396-96P, Compagnie Maritime Belge Transp. SA vs. Commission (2000), ECR I-1365.

²⁴ Caso C-333/94P, Tetra Pak vs. Commission (1996), ECR I-5951, 4 C.M.L.R. 662 (1997); Caso T-228/97 Irish Sugar vs. Commission (1999) ECR II-2969, 5 C.M.L.R. 1300; Caso IV/36.888 (1998) Football World Cup O.J. L 5 (2000).

²⁵ Caso T-139/98, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) vs. Commission (2001), ECR II-3413.

²⁶ Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft (2004). Puede consultarse Ahlborn y Evans (2009) para un análisis de las implicaciones de este caso sobre la evaluación de posición dominante en la política de la competencia europea.

²⁷ Caso COMP/38.784 Wanadoo España vs. Telefónica (2007).

²⁸ Véase también el caso T-228/97 Irish Sugar vs. Commission (1999), ECR II-2696.

Cuadro 1. Cuotas de mercado en la presunción de dominancia y en las regiones de salvaguardia

Jurisdicción	Presunción de dominancia/ poder de mercado significativo			Salvaguardia regulatoria (Safe harbours)		
	Cuota de mercado de referencia	Resulta refutable	Base legal	Cuota de mercado de referencia	Resulta refutable	Base legal
Alemania	33%	Sí	Ley	—	—	—
Australia	60%	Sí	Jurisprudencia	7-15%	Sí	Jurisprudencia
Brasil	20%	Sí	Ley	20%	No	Ley
Bulgaria	35%	Sí	Ley	20%	Sí	Directrices
Canadá	80%	Sí	Jurisprudencia	35%	No	Directrices
Corea	50%	Sí	Ley	10%	No	Ley
España	—	—	—	No disponible	Sí	Ley
Estados Unidos	70%	Sí	Jurisprudencia	50%	No	Jurisprudencia
Hungría	—	—	—	20%	No	Directrices
Israel	50%	No	Ley	—	—	—
Jamaica	50%	Sí	Directrices	—	—	—
Letonia	—	—	—	40%	Sí	Ley
Nueva Zelanda	—	—	—	20%	No	Directrices
Pakistán	33%	Sí	Ley	—	—	—
Reino Unido	—	—	—	40%	Sí	Directrices
Rep. Checa	—	—	—	40%	No	Ley
Rumanía	40%	Sí	Directrices	—	—	—
Rusia	50%	Sí	Ley	20%	Sí	Ley
Sudáfrica	45%	No	Ley	No disponible	Sí	Ley
Suecia	40%	Sí	—	—	—	—
Ucrania	35%	Sí	Ley	35%	No	Ley
Unión Europea	—	—	—	40%	Sí	Directrices

Fuente: International Competition Network (2007), OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs y elaboración propia.

El nivel mínimo de cuota de mercado que considera el Tribunal de Justicia Europeo, a partir del cual una empresa sería considerada dominante sin necesidad de acudir a otras pruebas, se puede deducir de otros procesos como “Hoffmann-

La Roche & Co. vs. Commission”,²⁹ donde el Tribunal de Justicia realizó un análisis exhaustivo de las cuotas de mercado en los diferentes mercados relevantes, definidos para cada una de las vitaminas producidas por la empresa Hoffmann-La Roche. El Tribunal determinó posición dominante en el mercado de la vitamina B₂, considerando como evidencia suficiente que la cuota de mercado estaba comprendida entre el 75 y el 87%. Posteriormente, en el caso “Hilti vs. Comisión”, el Tribunal de Primera Instancia estableció que una cuota situada entre un 70 y un 80% constituía, en sí misma, un claro indicio de la existencia de posición dominante.³⁰

Para situaciones intermedias, entre los principales factores que el Tribunal de Justicia planteó para resolver la existencia de posición dominante en el caso “United Brands vs. Comisión” (1978), se encontraban unas cuotas de mercado entre el 40 y el 50%, así como el hecho de que el resto del mercado estuviera significativamente fragmentado.³¹ Posteriormente, la sentencia del Tribunal en el caso “AKZO Chemie BV vs. Comisión” determinó que una cuota de mercado que, de forma persistente, se encuentre por encima del 50% es un indicador de que la empresa es dominante siempre que no existan otras evidencias que prueben lo contrario.³² La Comisión utilizó también este valor crítico para demostrar posición dominante en el caso Michelin de 2001.³³

En el otro extremo del rango de valores, se hallarían las situaciones en las que la cuota de la empresa líder sería demasiado pequeña como para concluir una posición de dominio. Según lo establecido por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso “Metro vs. Comisión”,³⁴ una cuota de menos del 10% excluiría la posibilidad de que exista una posición dominante, salvo circunstancias excepcionales. Más aún, centrándonos en la jurisprudencia de los Tribunales Europeos, no existe ningún precedente donde una empresa con una cuota de mercado por debajo del 40% haya sido declarada dominante.³⁵

En resumen, la jurisprudencia que emana de las autoridades europeas de la competencia parece establecer una escala que pondera la trascendencia de la cuota de mercado de la empresa afectada, como base para presumir su dominancia, en función de los valores que esta pudiese alcanzar. Así, una empresa que ostentase

²⁹ Ibid. Nota 22.

³⁰ Caso T-30/89, Hilti vs. Comisión (1991), ECR II-1439. Véase también el caso COMP/E-1/38.113 Prokent/Tomra (2006).

³¹ Caso 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV vs. Comisión, (1978) ECR 207. Puede consultarse también el caso 88/589 London European vs. Sabena (1988), O J L 317/47, para la aplicación de un criterio similar para deducir dominancia.

³² Caso C-62/86 AKZO Chemie BV vs. Comisión (1993), ECR I-3359, 3 CMLR 215.

³³ Caso COMP/E-2/36.041/PO Michelin (2002), O J L 143/1. Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso T-203/01 Manufacture française des Pneumatiques Michelin vs. Comisión (2003).

³⁴ Caso 75/84 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG vs. Comisión (1986), ECR 3021.

³⁵ El caso “Virgin vs. British Airways” constituye una excepción puesto que, aunque la empresa British Airways poseía una cuota ligeramente inferior al 40%, la presión competitiva de sus rivales era lo suficientemente reducida como para determinar dominancia. Caso IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways (2000), O J L 30/1.

cuotas del 70% o superiores ocupa con casi total seguridad una posición dominante; una cuota comprendida entre el 50 y 70% constituiría, salvo circunstancias excepcionales, un indicio claro de dominancia; una cuota entre el 40 y 50% requeriría pruebas adicionales para concluir dominancia; por último, una cuota por debajo del 40% muy probablemente no serviría para suponer una posición de dominio, a no ser que se aportaran evidencias suficientemente probatorias de lo contrario.

Estos valores se incluyeron en las directrices publicadas por la Comisión para la Regulación de fusiones (European Council 2004b), donde se especifica que cuotas muy grandes de mercado, del 50% o más, pueden ser por sí mismas evidencia de la existencia de una posición dominante. Además, la Comisión indica que, en varios casos, fusiones que resultaran en empresas que ostenten entre el 40% y el 50%, y en algunos casos por debajo del 40%, se ha considerado que conducen a la creación o el fortalecimiento de una posición dominante.

Posteriormente, la Comisión publicó en el año 2005 el “Discussion Paper sobre la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión” mediante el cual se pretendía sentar las bases para la posterior elaboración de las directrices y ofrecer información sobre los principios que regían en ese momento a ese respecto. Específicamente, en dicho documento se expone que el mantenimiento durante un cierto tiempo de cuotas que alcanzaran valores iguales o superiores al 50% sería un indicador de posición dominante, siempre que sus competidores tuviesen cuotas mucho menores. Asimismo, establece que cuando la empresa investigada tuviese una cuota entre el 40 y el 50% sería más probable que se declarara dominancia que por debajo del 40%, aunque no implica que no pueda llegarse a esta misma conclusión para cuotas menores del 40%. Se señala, finalmente, que empresas que posean cuotas que no superen el 25% del mercado es muy probable que no ocupen una posición dominante (European Commission, 2005).³⁶

Este “Discussion Paper” fue objeto de numerosas críticas que pusieron de manifiesto ciertas debilidades argumentales en su redacción, así como la confusión introducida en algunas partes del texto, con afirmaciones que se prestaban a interpretaciones discutibles por carecer de una base sólida que las respaldara. Concretamente, resumiendo algunos de los problemas constatados, se pueden enumerar una serie de objeciones referentes a lo establecido en dicho documento sobre el uso de la cuota de mercado de la empresa líder como indicador de posición dominante:

- i) Aunque a lo largo del texto se hacen observaciones que corregirían este enfoque, el documento otorga una importancia excesiva a las cuotas de mercado

³⁶ Todos estos valores parecen reproducir los principios fijados en la Regulación de fusiones y en las directrices para su aplicación (European Council, 2004a, 2004b). En concreto, en dicha Regulación se fija un nivel máximo del 25% para la cuota de mercado combinada de las empresas que se van a fusionar para asumir que la fusión no obstaculizará o dañará la competencia efectiva.

para evaluar el poder de mercado. Incluso, en ciertas partes parece reconocerse en la posesión de una elevada cuota de mercado una condición suficiente para la existencia de dominancia. Sin embargo, en términos económicos, una cuota de mercado alta sólo debería interpretarse como una condición necesaria para declarar un poder de mercado significativo por lo que, por sí solas, nunca implicarían dominancia (Vickers, 2006, 2007).

- ii) Mientras que el Tribunal de Justicia Europeo condiciona la validez probatoria de dominancia de una cuota de mercado del 50% a la ausencia de circunstancias excepcionales, el documento limita esas circunstancias a las cuotas de mercado de los competidores como indicadores de la presión competitiva. Además, se acredita un uso equívoco e inapropiado al citar e interpretar las sentencias de los Tribunales de Justicia o el Reglamento sobre el control de concentraciones para justificar los criterios adoptados (Monti, 2006).
- iii) La ambigüedad existente en el apartado relativo a las situaciones en las que una determinada cuota podría llevar a concluir dominancia conduciría, por ejemplo, a interpretar que con una cuota entre el 35 y 40% se pueda resolver una posición de dominio. Solo para aquellas cuotas por debajo del 25% se afirma que es muy improbable que se declare dominancia, pero no se excluye esa posibilidad. Según Monti (2006), con esta última salvedad, la Comisión estaría intentando reservarse el derecho a investigar mercados donde la diferenciación de producto permite ejercer poder de mercado, incluso con cuotas de mercado muy bajas. En cualquier caso, esta redacción sólo contribuye a generar un escenario de incertidumbre e indefensión para las empresas, al no aclarar completamente qué criterios guían el comportamiento de la Comisión en la aplicación del artículo 82.

Vickers (2006) opina que habría sido preferible que la Comisión estableciera que es más probable que se concluya dominancia por encima del 50% que por debajo, y que no es probable para valores por debajo del 40%. Teniendo presente la posibilidad de arbitrariedades en la definición de mercado, esta postura indicaría una especie de región de salvaguarda, en lo que se refiere al comportamiento individual, para empresas que, en caso contrario, podrían abstenerse de desarrollar todo su potencial competitivo, en detrimento de los consumidores, por miedo a verse enfrentadas a las autoridades de la competencia europeas.

Las críticas recibidas han motivado que la Comisión, tras un importante periodo de reflexión, publique en 2009 las "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes". Este nuevo documento contiene los principios rectores de la Comisión para la aplicación del artículo 82 a la conducta excluyente de las empresas dominantes. Con su publicación se pretende contribuir al proceso de introducción de un enfoque con base económica en la aplicación de la Ley europea de la competencia y lograr que el sistema general

de análisis, utilizado por la Comisión para determinar si son perseguibles ciertos comportamientos excluyentes, sea más claro y previsible. De esta forma, se proporciona mayor información que ayudará a reducir la incertidumbre que pudiesen soportar las empresas acerca de qué comportamientos serían más probables de provocar la intervención de la Comisión en virtud del artículo 82.

Estas directrices han tenido en cuenta las objeciones y sugerencias recibidas en lo referente a la fijación de los umbrales de referencia para presumir dominancia. De hecho, en la actual redacción de los principios que deben guiar la evaluación de dominancia únicamente se especifica ahora una región de salvaguarda para valores de la cuota de mercado por debajo del 40%, aunque puede ser también refutable. Se evita así la confusión generada por los distintos umbrales de referencia aparecidos en el documento de trabajo de 2005. Además, se observa un esfuerzo por rebajar la importancia que debe asignarse a los niveles que alcance la cuota de mercado para deducir una posición de dominio, justificando mediante la expresión “experiencia de la Comisión” algunas afirmaciones.

Más concretamente, en estas directrices la Comisión considera que cuotas de mercado bajas generalmente constituyen un buen indicador de la ausencia de un poder de mercado significativo. De acuerdo con la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominancia si la cuota de mercado de la empresa en el mercado relevante está por debajo del 40%. No obstante, se añade que pueden existir casos concretos en los que la cuota se encuentre por debajo de este umbral y merezcan la atención de la Comisión, porque los competidores no estén en posición de restringir efectivamente la conducta de una empresa dominante, por ejemplo debido a que se enfrenten a importantes limitaciones de capacidad.

Esta nueva redacción reproduce fundamentalmente el enfoque adoptado en el Reino Unido por la Office of Fair Trading (OFT) en las directrices para evaluar el abuso de posición dominante y el poder de mercado (OFT, 2004a, 2004b). Así, conociendo el criterio aplicado por el Tribunal de Justicia Europeo de presumir dominancia para cuotas persistentemente por encima del 50 %, la OFT considera que es improbable que una empresa sea dominante si su cuota en el mercado de referencia está por debajo del 40%, aunque la dominancia se podría establecer por debajo de esta cuantía si otros factores importantes (tales como la débil posición de los competidores en el mercado y las elevadas barreras a la entrada) proporcionaran una sólida evidencia de dominancia.

En el caso de España, el enfoque de la autoridad de la competencia, previo a la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, no contemplaba el uso de umbrales de cuota de mercado para el establecimiento de presunción o regiones de salvaguarda en el concepto de dominancia. La principal razón para no utilizar esos umbrales, argumentada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el informe elaborado por el International Competition Network, era evitar que se asignase excesivo peso al criterio de la cuota de mercado (International Competition Network, 2007). La Ley 15/2007, sin embargo, introduce el criterio de la cuota de mercado en la aplicación de la cláusula de conductas de

menor importancia. Según esta cláusula, no se aplicaría la prohibición de abuso de posición dominante a aquellos comportamientos que, por su escasa relevancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. La delimitación de las conductas de menor importancia atendiendo al indicador de cuota de mercado, desarrollada en el Reglamento de Defensa de la Competencia RD 261/2008, no permite aclarar si el umbral del 10% fijado para comportamientos bilaterales es aplicable también a conductas unilaterales. Si así fuera, es muy probable que esta cláusula tuviese escasa importancia para juzgar situaciones de abuso de posición de dominio. Basándonos en la jurisprudencia comunitaria, salvo casos excepcionales, cuotas de mercado inferiores al 10% desecharían la posibilidad de encontrar posición dominante.³⁷ Dado que la dominancia es condición necesaria para juzgar una conducta de abuso, en la inmensa mayoría de situaciones donde la empresa líder poseyese una cuota por debajo del 10%, no habría necesidad de esgrimir esta cláusula para declarar un comportamiento abusivo exento de prohibición. En cualquier caso, tal como expone Pellisé (2008), la serie de interrogantes que presenta la aplicación de este criterio para declarar *de minimis* conductas abusivas, impide conocer con certeza el alcance de esta cláusula.

Continuando con lo establecido en otras jurisdicciones, los Tribunales de Estados Unidos parecen establecer niveles de referencia más altos en las cuotas de mercado para determinar que una empresa ocupa una posición dominante. Así, frecuentemente se cita la declaración hecha por el Juez Learned Hand en el caso “US vs. Aluminum Co. of America (Alcoa)” de 1945,³⁸ según la cual se establecía que era suficiente una cuota de mercado mayor del 90% para concluir una posición de monopolio, mientras que resultaría dudoso establecer esta posición cuando alcanzara el 60 o 64% y, definitivamente, no sería suficiente si la cuota fuese del 33%. Aparte de la declaración del Juez Hand, el Tribunal Supremo nunca ha indicado cuán grande tiene que ser la cuota de mercado para que se considere que existe poder de mercado significativo o de monopolio. No obstante, a partir de la jurisprudencia existente, se puede deducir que la cuota mínima para determinar la existencia de poder de monopolio se encontraría entre el 70 y el 80%.³⁹

También en lo referente a la cuota de mercado máxima, para conocer cuando los Tribunales no considerarían suficiente estimar que la empresa demandada posee poder de monopolio, hay que recurrir a lo establecido en las distintas sentencias. Así, en el caso “Times-Picayune Pub. Co. vs. US”,⁴⁰ se determinó que una empresa con un 40% de cuota de mercado no poseía poder de monopolio. Posteriormente en 1984, el Tribunal Supremo en el caso “Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde” mantuvo que una cuota de mercado del 30% era demasiado baja para

³⁷ Ibid. Nota 34.

³⁸ Caso U.S. vs. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (1945).

³⁹ Casos Exxon Corp. vs. Berwick Bay Real Estates Partners, 748 F.2d 937, 940 (1984); Colorado Interstate Gas Co. vs. Natural Gas Pipeline Co. of America, 885 F.2d 683, 694 n.18 (1989); United States vs. Dentsply International, Inc., 399 F.3d 181, 187 (2005).

⁴⁰ Caso Times Picayune Pub. Co. vs. US, 345 us 594, 73 S. Ct. 872 (1953).

establecer la existencia de poder de monopolio.⁴¹ Más recientemente, se ha defendido por distintos tribunales de circuitos judiciales que una cuota de mercado del 50%, o inferior a este nivel, es insuficiente desde el punto de vista legal para inferir poder de monopolio.⁴² De hecho, no existe constancia de que algún tribunal haya resuelto que la empresa demandada poseía poder de monopolio cuando su cuota de mercado se encontraba por debajo del 50%.

Respecto a la conveniencia de establecer explícitamente una región de salvaguardia en los casos donde se aplica la Sección 2 de la Ley de Sherman, el Departamento de Justicia de Estados Unidos en su informe publicado en septiembre de 2008, titulado “Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act”, opinaba que una cuota de mercado que constituyera un umbral de salvaguardia para el poder de monopolio merece una seria consideración por parte de los tribunales. Reconocía que, en muchas décadas de aplicación de la Sección 2, ningún tribunal ha hallado poder de monopolio cuando la cuota de mercado del demandado fue inferior al cincuenta por ciento, indicando que los casos de poder de monopolio en los que la cuota estuviese por debajo de ese porcentaje, aunque teóricamente posibles, son extremadamente raros en la práctica. Por lo tanto, era admisible que los costes de la búsqueda de esos casos superaran los beneficios (U.S. Department of Justice, 2008). Sin embargo, la vigencia y validez de las opiniones contenidas en este informe ha sido bastante fugaz.

El 11 de mayo de 2009, la ayudante del Fiscal General a cargo del Departamento de la División Antimonopolio, anunció que el Departamento retiraba, con efecto inmediato, el informe. De manera que, a partir de ese momento, no formaría parte de la política del Departamento de Justicia. La ayudante del Fiscal expresó que el informe planteaba demasiados inconvenientes a la aplicación de la normativa antimonopolio del Gobierno y fomentaba una cautela extrema y el desarrollo de regiones de salvaguardia para ciertos comportamientos incluidos en la Sección 2.

Según la ayudante, esta retirada es un cambio en la filosofía, y la forma más clara de hacer saber a todo el mundo que la División Antimonopolio perseguirá agresivamente aquellos casos donde los monopolistas traten de utilizar su posición dominante en el mercado, para frenar la competencia y perjudicar a los consumidores. Establece, además, que la División volverá a la jurisprudencia digna de confianza y al precedente del Tribunal Supremo, en su tarea de hacer cumplir las leyes antimonopolio (U.S. Department of Justice, 2009). Por tanto, esta comunicación se puede interpretar como un endurecimiento de la postura norteamericana hacia los comportamientos abusivos de empresas dominantes y un cierto alejamiento de los criterios generales que introducen las directrices de la Comisión Europea para el análisis de la dominancia.

⁴¹ Caso Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

⁴² Casos Blue Cross & Blue Shield United of Wisc. vs. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406, 1411 (1995); Bailey vs. Allgas, Inc., 284 F.3d 1237, 1250 (2002).

Para terminar este apartado, conviene destacar que, desde el punto de vista económico, no existe ninguna teoría que establezca unos determinados umbrales, para la cuota de mercado de la empresa investigada, a partir de los cuales bien se concluiría que una empresa posee un poder de mercado significativo, o bien se juzgaría insuficiente su nivel para probarlo. Por tanto, aunque el valor crítico que sirve para resolver o excluir la situación de dominancia pueda ser diferente dependiendo de la jurisdicción considerada, no cabe la posibilidad de pronunciarse sobre cuál se ajustaría mejor al fin perseguido.

3.2. CUOTAS DE MERCADO DE LAS EMPRESAS COMPETIDORAS

Las autoridades de la competencia analizan, frecuentemente, la relación existente entre la cuota de mercado de la empresa que se investiga su posición de dominio con las que poseen sus empresas rivales. En concreto, se suele comparar la cuota de la empresa líder con la que ostentan sus inmediatos competidores en términos de cuota,⁴³ así como con el valor que resulta de agregar o combinar las cuotas de todos o algunos de los rivales de esa empresa.⁴⁴ La existencia de una gran diferencia entre esos valores puede considerarse una evidencia adicional de posición de dominio. En el caso “France Télécom SA vs. Commission”,⁴⁵ el Tribunal de Primera Instancia consideró que la empresa investigada tenía un número de abonados más de ocho veces superior al de los abonados de su competidor principal, lo que reforzaba su posición en el mercado. Según el Tribunal, de acuerdo con la jurisprudencia, la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores constituye un indicio válido de posición dominante. En “Virgin vs. British Airways”, la empresa British Airways fue declarada dominante con una cuota del 39’7 % de las ventas en el Reino Unido realizadas a través de agencias de viajes, puesto que el mercado se encontraba muy fragmentado y su principal rival (Virgin) sólo poseía el 5 %, además la Comisión señalaba que en 1998 la cuota de British Airways era 2,2 veces la cuota combinada de sus cuatro mayores rivales.⁴⁶

Siguiendo este principio, cuando los competidores posean cuotas de mercado importantes, la existencia de una elevada cuota para la empresa líder investigada puede no ser una prueba suficiente para inferir una posición de dominio. En el caso *Metaleurop SA*,⁴⁷ la Comisión estableció que la empresa afectada, aunque poseía

⁴³ Véase, por ejemplo, los casos 88/589 *London European vs. Sabena*, (1988) OJ L 317/47, IV/31043 - *Tetra Pak II*, (1991) OJ L 72.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, los casos IV/D-2/34.780 *Virgin/British Airways* (2000) O J L 30/1 y T-219/99 *British Airways plc vs. Commission*, (2003) ECR II-5917.

⁴⁵ Caso T-340/03 *France Télécom SA vs. Commission* (2007).

⁴⁶ *Ibid.* Nota 35.

⁴⁷ Caso IV/32.846 *Metaleurop SA* (1990).

cuotas de mercado de aproximadamente el 20 y 30% en los mercados de referencia, no parecía que supusiera un obstáculo para la competencia efectiva, debido fundamentalmente a la presencia de otros productores importantes, así como a una sostenida y significativa corriente de importaciones en estos mercados.

En un reciente trabajo teórico, Melnik, Shy y Stenbacka (2008) ofrecen una formalización analítica del umbral mínimo de la cuota de mercado a partir del cual la empresa con mayor cuota del mercado se diría que es dominante. Este umbral se define como

$$s^D = (1/2) \cdot (1 - \gamma \cdot (s_1^2 - s_2^2))$$

donde s_1 y s_2 son las cuotas de las empresas que ocuparían el primer y segundo lugar, respectivamente, en términos de cuota de mercado.⁴⁸ El parámetro γ podría representar, entre otros factores importantes, las facilidades de entrada en el mercado⁴⁹ o el poder de negociación de los clientes⁵⁰ de la empresa investigada, caracterizando las condiciones particulares del mercado de referencia. Esta medida de dominancia otorga un papel decisivo a la presión competitiva ejercida por la segunda empresa más importante, en términos de cuota de mercado, sobre la primera empresa presuntamente dominante.

Melnik, Shy y Stenbacka destacan que una de las ventajas que posee su definición del valor crítico de dominancia es la escasa información necesaria para su cálculo. No obstante, si el objetivo es intentar representar los criterios que guían la evaluación de la posición dominante, mediante una medida que combine todos aquellos factores empleados por las autoridades, la presión competitiva desempeñada por las empresas rivales no debería limitarse únicamente a la que ejerce la segunda empresa más importante. En algunos casos, puede que no sea suficiente considerar sólo al principal competidor para estimar la restricción competitiva que se impone a la empresa líder. Para ilustrar este hecho, supongamos un mercado 1 donde existe una empresa líder con una cuota del 50% y una segunda empresa que posee una cuota del 20%, estando el resto del mercado muy fragmentado formado por empresas con cuotas poco significativas. Ahora, pensemos en otro mercado 2 en el que la empresa líder posee también una cuota del 50%, pero existen otras dos empresas competidoras cuyas cuotas son relativamente mayores que las del

⁴⁸ Las cuotas de mercado están expresadas en tanto por uno.

⁴⁹ La posibilidad de que incrementos en los precios induzcan la entrada de nuevos competidores en el mercado puede constituir una importante restricción sobre el comportamiento competitivo de las empresas establecidas. En definitiva, tan importante es la restricción impuesta por los competidores actuales como aquella que se deriva de potenciales rivales que, atraídos por las expectativas de obtener beneficios, decidirían entrar en el mercado.

⁵⁰ Si los clientes de una empresa disfrutan de poder de mercado como compradores, su comportamiento puede reducir e incluso eliminar la capacidad de esa empresa para fijar precios por encima de niveles competitivos. Noll (2005) destaca que la capacidad de una empresa para fijar precios elevados depende del grado de concentración de los compradores. De este modo, cuanto mayor sea el número y dispersión de los consumidores o compradores de una empresa, más fácil será que ejerza poder de mercado.

resto, en concreto, con valores que ascienden al 20% y 15%, respectivamente. En principio, parece que el parámetro no debería ser diferente en cada mercado. El problema es que, dado un γ , la definición del umbral crítico para declarar posición dominante asignaría el mismo valor en ambos mercados. En realidad, es mucho más probable que el comportamiento de la empresa líder se viese más restringido en el mercado 2.

Estos autores señalan también que las medidas habituales de concentración pueden no captar las ventajas en términos de cuota de mercado de la primera empresa y, por tanto, su potencial posición dominante. Para evidenciar esta afirmación comparan los valores que alcanza su medida de dominancia con los obtenidos del cálculo de la ratio de concentración C_4 y del índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) en dos ejemplos que se ilustran en el Cuadro 2.⁵¹

Cuadro 2. Comparación de distintas medidas utilizadas para inferir dominancia

Mercado	Empresas integrantes del mercado y cuotas					Medidas de concentración		Medida de dominancia		
	1	2	3	4	5	C_4	IHH	$s^D(\gamma=1/2)$	$s^D(\gamma=1)$	$s^D(\gamma=2)$
A	25%	25%	25%	25%	—	100	2500	50%	50%	50%
B	40%	15%	15%	15%	15%	85	2500	47%	43%	36%

Fuente: Melnik, Shy y Stenbacka (2008).

En el mercado A no habría ninguna empresa susceptible de ser dominante, ya que todas poseen la misma cuota de mercado. Por el contrario, el mercado B se caracteriza por la existencia de una empresa cuya cuota de mercado es más del doble que la del resto. Atendiendo a la medida de dominancia, evaluada para distintos niveles del parámetro γ , la cuota de mercado mínima que supondría la catalogación de dominante es mucho menor en el caso del mercado B que en el A. Contrastando con este resultado, la ratio de concentración C_4 es mayor en el mercado A, y respecto al IHH no se observa ninguna diferencia entre mercados.

Hay que aceptar que las medidas de concentración aportan una información limitada para la evaluación del poder de mercado individual. Así, el IHH únicamente guarda una relación directa con el nivel agregado del poder de mercado, es decir, el punto en el cual las empresas en la industria pueden en media subir

⁵¹ Ambas medidas de concentración se aplican habitualmente en el control de fusiones por parte de las autoridades de la competencia. La ratio de concentración C_4 se define como la suma de las cuotas de las cuatro mayores empresas, mientras que el IHH es la suma de todas y cada una de las cuotas de las empresas que integran el mercado relevante elevadas al cuadrado.

los precios por encima de sus costes marginales, *ceteris paribus* (Dansby y Willig, 1979). De esta forma, sus valores serían importantes para adoptar una determinada decisión en el análisis de fusiones. No obstante, esto no significa que las medidas de concentración no proporcionen ninguna información útil para deducir una posible posición dominante como parece concluirse de los ejemplos anteriores.

De hecho, esta conclusión dista de ser completamente correcta si se tienen en cuenta las siguientes puntualizaciones. Primero, la ratio de concentración es por definición una medida discreta de concentración industrial. En otras palabras, en su cálculo se considera sólo una parte de las empresas existentes en un mercado. Por tanto, dado que el mercado A lo componen cuatro empresas, una ratio más acorde con esta circunstancia sería la C_2 , nunca la C_4 , en cuyo caso llegaríamos a la conclusión acertada de que el mercado B está más concentrado, $C_2^B > C_2^A$. Segundo, el cálculo del IHH se realiza para mercados con un número de empresas distinto y, por consiguiente, sus valores no son comparables. De hecho, la definición del IHH se puede descomponer en una parte que representa el número de empresas (que denotaremos por n) y otra que refleja la varianza de las cuotas de mercado (denotada por σ^2):

$$\text{IHH} = (10.000 / n) + n \sigma^2$$

En el mercado A, como todas las empresas son iguales en términos de tamaño o cuota de mercado, la varianza es cero ($\sigma^2 = 0$) y el IHH alcanza el valor 2.500 (10.000/4). En el mercado B, la varianza es 100 por lo que, sustituyendo en la expresión para $n = 5$, la cuantía del IHH es también 2.500 aunque, evidentemente, por razones diferentes. Dado un determinado número de empresas, el IHH aumenta con la varianza de las cuotas de mercado (*ceteris paribus*) y, por lo tanto, es una medida que tiene en cuenta la distribución del tamaño de las empresas. El valor con el que se podría comparar el resultado del IHH en el mercado B sería el IHH que correspondería a una situación hipotética de cinco empresas de igual tamaño, es decir, $\text{IHH} = 10.000/5 = 2.000$. Desde esta perspectiva, resulta claro que el mercado B está más concentrado. Otra posibilidad es interpretar el IHH como la inversa del número de empresas de igual tamaño que darían lugar a un valor del índice de concentración idéntico (Adelman, 1969). Si $\text{IHH} = 2.500$, esto equivale a lo que tiene lugar en el mercado A con cuatro empresas, luego si obtenemos el mismo valor en un mercado con cinco empresas, esto únicamente se puede deber a la existencia de una mayor varianza y, por tanto, una mayor concentración. En consecuencia, estas medidas de concentración estarían aportando información útil para comprender la situación de la competencia en cada mercado.

La validez de las cuotas que poseen los competidores de la empresa investigada, como pruebas adicionales para reforzar o debilitar la presunción de dominancia, está sujeta a una serie de circunstancias que pueden afectar la utilidad de las conclusiones que se deriven de su estudio. Como señalan O'Donoghue y Padilla (2006), las posibles restricciones en la capacidad productiva de las empresas, así

como los costes irre recuperables necesarios para aumentar su nivel de producción, también pueden considerarse fundamentales a la hora de evaluar la probabilidad con la que los rivales podrían restringir el supuesto poder de mercado que posee la empresa investigada. Más específicamente, si las empresas rivales pueden aumentar rápidamente su capacidad sin soportar excesivos costes, es mucho más probable que reaccionen a un incremento de precios de otra empresa ofreciendo un precio más bajo para aumentar sus ventas, reduciendo los incentivos a que ese incremento finalmente tenga lugar. Por tanto, un exceso de capacidad productiva en las empresas competidoras significaría que éstas podrán incrementar su producción más fácilmente, lo que limitará las posibilidades de la supuesta empresa dominante para ejercer un poder de mercado significativo.⁵²

Elhauge y Geradin (2007) destacan también que a la hora de evaluar la presión competitiva que ejercen las empresas competidoras debe tenerse en cuenta el grado de sustituibilidad de sus productos respecto al producto que ofrece la empresa supuestamente dominante. Así, en mercados donde coexistieran productos de marcas de reconocido prestigio con otros productos de marcas de ocasión, las cuotas de mercado pueden no explicar completamente la presión competitiva de algunos rivales sobre la empresa líder de mercado. De hecho, es muy posible que, tal como ocurría en el caso “Nestlé/Perrier”, las cuotas de las empresas con marcas reconocidas puedan ser muy diferentes si se miden en términos de unidades físicas vendidas o considerando el valor de esas ventas, ya que la imagen de marca estaría permitiendo fijar precios mucho más altos para esos productos.⁵³ Existen muchos mercados que podrían encontrarse en esta situación, entre ellos cabe destacar el mercado de productos farmacéuticos de marca y su respectivos genéricos que ha recibido últimamente especial atención por parte de la Comisión, como demuestra la publicación del informe preliminar de la investigación del sector farmacéutico (European Commission, 2008).

En resumen, la utilización tanto de la cuota de la empresa líder investigada como de sus competidores para inferir una posición de dominio implica haber tenido un especial cuidado en la etapa inicial de definición del mercado relevante, puesto que cuanto más ajustada sea ésta, más representativas de la competencia real de mercado serán esas cuotas. Asimismo, la medición o asignación de las cuotas de mercado debería ser el resultado de un examen detallado de las condiciones de mercado que incluya, entre otros, un estudio de la sustituibilidad entre productos, la capacidad y recursos que poseen las empresas, o un análisis histórico de la participación de las empresas en el mercado. Actuando de esta manera, es más probable que se interpreten correctamente los valores de las cuotas de mercado.

⁵² Este aspecto fue puesto de manifiesto por la Tribunal Europeo de Justicia en el caso “Hoffmann-La Roche & Co. vs. Commission” (1979). Ibid. Nota 22. Puede consultarse también los casos COMP/39.388 German Electricity Wholesale Market y COMP/39389 General Electricity Balancing Market (2008), donde la Comisión destacó que la existencia de un exceso de capacidad permite a sus tenedores comportarse más independientemente que otros rivales que tuviesen una menor capacidad.

⁵³ Ibid. Nota 18.

4. CONCLUSIONES

Los orígenes y consecuencias de la crisis económica actual han generado un clima de desconfianza general sobre los resultados del funcionamiento libre de los mercados, poniendo de manifiesto la necesidad de un mayor control de las conductas empresariales por parte de las autoridades de la competencia. Esto ha significado que en Estados Unidos se inicie un profundo proceso de reformas del marco regulatorio que lleva consigo un endurecimiento de su política. En lo que respecta a la Unión Europea, se ha continuado avanzando en el proceso de modernización de su política de la competencia, iniciado hace una década, y se buscan nuevos mecanismos que garanticen la competencia efectiva en los mercados, mediante la rápida ejecución de las decisiones adoptadas por la Comisión.

Paralelamente, la investigación económica ha proporcionado nuevas teorías e instrumentos cuya motivación principal ha sido responder a alguna de las dificultades o limitaciones que se pueden presentar en la aplicación de la política de la competencia. Así lo demuestran los últimos artículos aparecidos en distintas revistas científicas, en los que, por ejemplo, se discuten enfoques alternativos en la evaluación de la dominancia individual (Weisman, 2007; Melnik, Shy y Stenbacka, 2008; Tardiff y Weisman, 2009).

En este contexto, la reciente publicación de documentos y comunicaciones oficiales, que contendrían los criterios generales en la aplicación de las leyes de la competencia a comportamientos de abuso de la posición dominante, en el caso de la Unión Europea, o a conductas de monopolización, en el caso de Estados Unidos, no ha estado exenta de polémica. Las críticas recibidas han provocado que, en unas ocasiones, se haya necesitado una profunda revisión de su línea argumental inicial (European Commission, 2005, 2009) y en otras, incluso, su retirada inmediata (U.S. Department of Justice, 2008, 2009).

Una de las cuestiones que originalmente ha generado mayor controversia ha sido el establecimiento de umbrales críticos basados en la cuota de mercado de una empresa, que contribuirían a resolver la presunción de dominancia o a la creación de regiones de salvaguardia. Fundamentalmente, el criterio seguido ha sido recurrir a lo sostenido por la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia para delimitar los valores que señalarían una situación u otra. Sin embargo, el principal inconveniente del que adolece este criterio es pretender generalizar, a partir de las conclusiones obtenidas en diferentes casos legales particulares, y basándose exclusivamente en la mera consideración del valor de la cuota de mercado, el procedimiento a seguir para decidir sobre la posición dominante de una empresa, de conformidad con el intervalo de valores al que pertenezca su cuota. Además, cuando estas directrices revelan una falta de consenso con las posturas defendidas por otras instituciones y colectivos, sólo cabe reflexionar sobre su adecuación a los objetivos perseguidos con su introducción.

Si no se tienen en cuenta estas observaciones, es muy probable que se provoque el efecto contrario al deseado con su aplicación, es decir, un aumento de la incer-

tidumbre, soportada por las empresas, respecto a la posibilidad de ser objeto de intervención por parte de las autoridades de la competencia. Esta incertidumbre conllevará que muchas empresas, por temor a esa intervención, reduzcan la intensidad con la que compiten en el mercado, lo que iría en contra del interés de los consumidores.

En definitiva, habría que evitar la excesiva intervención que ocasionaría una evaluación de la dominancia individual basada únicamente en los valores que alcancen las cuotas de mercado. De hecho, el riesgo que se corre es el de confiar excesivamente en la información facilitada por esas cuotas, cuya validez dependerá esencialmente de lo acertada que haya sido la definición del mercado de referencia, y olvidar las evidencias que se desprenden de otros factores, igualmente relevantes para una correcta medición del poder de mercado, como pueden ser la facilidad de entrada de nuevas empresas o el poder de negociación por el lado de la demanda. No obstante, en determinadas circunstancias, los valores de las cuotas de mercado pueden constituir uno de los indicios que permitan reducir los trámites administrativos y facilitar el rápido desarrollo de los procesos, con el consiguiente ahorro de recursos.

REFERENCIAS

- Adelman, M. A. (1969), "Comment on the "H" Concentration Measure as a Numbers-Equivalent", *Review of Economics and Statistics*, vol. 51, pp. 99-101.
- Ahlborn, C. y Evans, D. S. (2009), "The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe", *Antitrust Law Journal*, vol. 75, pp. 887-932.
- Baker, J. y Bresnahan, T. F. (1992), "Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power", *Antitrust Law Journal*, vol. 61, pp. 3-16.
- (2008), "Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power", en Paolo Buccirossi ed., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press.
- Bresnahan, T. F. (1981), "Duopoly Models with Consistent Conjectures", *American Economic Review*, vol. 71, pp. 934-45.
- Calvani, T. y Fingleton, J. (2008), "Dominance: a comparative economic and legal analysis", en *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 2, ABA Section of Antitrust Law, pp. 845-870.
- Comunidad Europea (2002), "Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)", OJ L108/33, 24.4.2002.
- Dansby, E. y Willig, R. (1979), "Industry Performance Gradient Indexes", *American Economic Review*, vol. 69, pp. 249-260.

- Eilmansberger, T. (2006), "Dominance-The Lost Child? How Effects-Based Rules Could and Should Change Dominance Analysis", *European Competition Journal*, vol. 15, pp 15-29.
- Elhaage, E. R. y Geradin, D. (2007), *Global Antitrust Law and Economics*, Hart Publishing.
- Encaoua, D. y Jacquemin, A. (1980), "Degree of Monopoly, Indices of Concentration and Threat of Entry", *International Economic Review*, vol. 21, pp. 87-105.
- European Commission (2002), "Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services", OJ C 165/6, 11.7.2002.
- (2005), "Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", DG Competition.
- (2008), "Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report", DG Competition Staff Working Paper.
- (2009), "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes", Official Journal of the European Union, 2009/C 45/02.
- European Council (2004a), Reglamento comunitario de concentraciones, Reglamento nº 139/2004 del Consejo.
- (2004b), Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, Official Journal: 2004/C 31/03.
- Geradin, D., Petit, N., Walker, M., Hofer, P. y Louis, F. (2005), "The Concept of Dominance in EC Competition Law", *Global Competition Policy*, August.
- International Competition Network (2007), "Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies", The Unilateral Conduct Working Group, 6th Annual Conference of the ICN, Moscow.
- Landes, W. M. y Posner, R. A. (1981), "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review*, vol. 94, pp. 937-996.
- Lerner, A. P. (1934), "The concept of monopoly and the measurement of monopoly power", *Review of Economic Studies*, vol. 1, pp.157-175.
- Kaplow, L. (1982), "The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative", *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 1817-1848.
- Kovacic, W. E. (2008), "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?", *Competition Law International*, vol. 4, pp. 8-18.

- Kroes, N. (2005), "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23rd September 2005, Speech/05/537.
- (2008), "The European Commission's enforcement priorities as regards exclusionary abuses of dominance – current thinking", *Competition Law International*, vol. 4, pp. 4-7.
- Melnik, A., Shy, O. y Stenbacka, R. (2008), "Assessing market dominance", *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 68, pp. 63-72.
- Monti, G. (2006), "The concept of dominance in Article 82", *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 31-52.
- Noll, R. G. (2005), "Buyer Power and Economic Policy", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, pp. 589-624.
- Pearce-Azevedo, J. y Walker, M. (2002), "Dominance: Meaning and Measurement", *European Competition Law Review*, vol. 23, pp. 363-367.
- O'Donoghue, R. y Padilla, A. J. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing.
- OFT (2004a), "Abuse of a dominant position", Competition Law Guideline, December 2004.
- (2004b), "Assessment of market power", Competition Law Guideline, December 2004.
- Ordover, J. A., Sykes, A. O. y Willig, R. D. (1982), "Herfindahl Concentration, Rivalry, and Mergers", *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 1857-1874.
- Pellisé, C. (2008), "Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia" en *Anuario de la Competencia 2007*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- Schmalensee, R. (1982), "Another Look at Market Power", *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 1789-1816.
- Stigler, G. J. (1965), "The Dominant Firm and the Inverted Price Umbrella", *Journal of Law and Economics*, vol. 8, pp. 167-172.
- Tardiff, T. J. y Weisman, D. L. (2009), "The dominant firm revisited", próxima publicación en *Journal of Competition Law and Economics*.
- U.S. Department of Justice (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act", September, 2008.
- (2009), "Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era", Christine A. Varney, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, May 12, 2009.
- Utton, M. A. (1995), *Market Dominance and Antitrust Policy*, Edward Elgar.
- Vickers, J. (2006), "Market Power in Competition Cases", *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 3-14.

- Vickers, J. (2007), "Some economics of abuse of dominance", Economics Series Working Papers 376, University of Oxford, Department of Economics, próximamente en X. Vives editor, *Competition in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford University Press.
- Weisman, D. L. (2007), "Market power measurement for multimarket dominant firms", *Antitrust Bulletin*, vol. 52, pp. 169-178.
- Werden, G. J. (1998), "Demand Elasticities in Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, vol. 66, pp. 363-414.
- (2002), "Assigning Market Shares", *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 67-104.