

CUOTA DE MERCADO Y PODER DE MERCADO

Cani FERNÁNDEZ ¹

Socio de Cuatrecasas

El pasado 23 de septiembre, la comisaria de Competencia, Neelie Kroes, en un discurso impartido en el Fordham Corporate Law Institute (Nueva York), afirmaba, en relación con la actual revisión del art. 82 del Tratado CE, lo siguiente:

«I consider that high market shares are not —on their own— sufficient to conclude that a dominant position exists. [...] A pure market share focus risks failing to take proper account of the degree to which competitors can constrain the behaviour of the allegedly dominant company. That is not to say that market shares have no significance. They may provide an indication of dominance —and sometimes a very strong indication— but in the end a full economic analysis of the overall situation is necessary».

Las palabras de la comisaria no reflejan, sin embargo, la trayectoria de la Comisión Europea hasta la fecha en materia de abusos de posición dominante. En efecto, esta institución ha aplicado fielmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, desde hace décadas, ha establecido una presunción de dominio según la cual altas cuotas de mercado son, en sí mismas y salvo circunstancias excepcionales, una prueba del poder de mercado.

El documento de discusión publicado por la Comisión Europea el pasado 19 de diciembre parece ir por la misma línea que la adelantada

¹ Esta ponencia es resultado del trabajo de un equipo formado por Albert ESTRADA, Irene MORENO-TAPIA y la autora.

por la comisaria Kroes: «*The strength of any indication based on market share depends on the facts of each individual case. Market share is only a proxy for market power, which is the decisive factor. It is therefore necessary to extend the dominance analysis beyond market share, specially when taking into account the difficulty of defining relevant markets in Article 82 cases*»².

Parece claro, en nuestra opinión, que el amplio consenso existente en la doctrina sobre la necesidad de reenfocar la aplicación del art. 82, unido a la influencia que la aún reciente creación de una unidad de economistas en el seno de la DG Competencia está ejerciendo en la práctica de la Comisión en los distintos ámbitos de su jurisdicción, podrían estar llevando a ésta a abordar la revisión de su práctica en la materia. Ello explicaría que Kroes se haya pronunciado explícitamente a favor de realizar «*full economic analysis of the overall situation*» y que el documento de discusión recientemente publicado por la Comisión llegue a reconocer que es necesario «*to extend the dominance analysis beyond market share*», si bien este último documento no parece expresarse con la contundencia que vaticinaba la comisaria.

En el presente artículo se analizarán, en primer lugar, los antecedentes comunitarios en relación con la evaluación del poder de mercado en el marco del art. 82 del Tratado CE. Este análisis, precedido de una somera referencia al concepto de “poder de mercado”, pondrá en evidencia el papel preponderante que ha recibido tradicionalmente la cuota de mercado.

A continuación, se incluirán una serie de reflexiones acerca de la incapacidad de las cuotas de mercado para constituirse en reflejo del verdadero grado de poder de mercado de una empresa. Si bien la autora no se manifiesta contraria a la utilización de la cuota de mercado como factor a tener en cuenta en la aplicación del art. 82 del Tratado CE, mantendrá, no obstante, que su importancia depende siempre de las características específicas de cada mercado.

1. EL CONCEPTO DE “PODER DE MERCADO”

El art. 82 del Tratado CE, así como su equivalente en la Ley de Defensa de la Competencia española (art. 6)³, reposan sobre dos con-

² «*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses-Public consultation*» (disponible en la web de la DG COMP de la Comisión Europea), párrafo 32.

³ Las menciones del art. 82 del Tratado CE contenidas en el presente artículo se entenderán en principio igualmente referidas al art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ceptos, a saber, por un lado, el de “posición dominante” y, por otro, el de “explotación abusiva” de tal posición dominante. Tales conceptos —especialmente el primero, a los efectos de esta ponencia— no son definidos por aquellos preceptos, si bien han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia comunitaria, así como por la Comisión Europea.

En su Sentencia de 14 de febrero de 1978, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) proporcionó la que, a partir de entonces, ha sido su definición constante de “posición dominante”:

«Situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores»⁴.

Con estas palabras, la idea de “posición dominante” equivale —o se aproxima— a lo que, en teoría económica, se conoce con el término de “poder de mercado”, esto es, la capacidad de una empresa de subir sus precios por encima del nivel competitivo sin perder un volumen de ventas tal, y tan rápido, que el incremento de precios deja de ser rentable⁵ o, en palabras de la *Office of Fair Trading* británica, la capacidad de mantener los precios, de forma rentable, por encima de los niveles competitivos o de restringir la oferta o la calidad por debajo de los niveles competitivos⁶.

El concepto de “poder de mercado” no goza, sin embargo, de unanimidad⁷. En las jurisdicciones donde más ha sido desarrollada —como es el caso de Estados Unidos—, la noción aparece claramente vinculada a la capacidad de una empresa de controlar los precios. Sin embargo, tanto a nivel comunitario como español, el concepto de poder de mercado es más amplio, refiriéndose, de manera general, a la capacidad de

⁴ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 26/76, Rec. 1978, p. 207, párrafo 65. Traducción extraída de *Tratado de Derecho de la Competencia*, J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, vol. 1, capítulo 8 (8.39). En pronunciamientos anteriores, el TJCE ya proporcionó su interpretación del concepto en cuestión (asuntos Sirena, de 18 de febrero de 1971, y Continental Can, de 9 de diciembre de 1971, entre otros), si bien la definición de United Brands —con alguna matización posterior, como veremos más adelante— sería la que pasara a la historia.

⁵ W. M. LANDES y R. A. POSNER, «Market Power in Antitrust Cases», *Harvard Law Review*, 1981, 937.

⁶ «Guidelines on Assessment of Market Power», Office of Fair Trading, 2004, párrafo 1.4 (si bien estas directrices se refieren a la Ley de Competencia británica de 1998, son muy útiles a los efectos del análisis del poder de mercado). Véanse asimismo las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DO C101, de 27 de abril de 2004, párrafo 25).

⁷ Además de las definiciones anteriores, citaremos dos ejemplos de la jurisprudencia norteamericana: en el asunto *United States v. E.I. du Pont Nemours & Co.*, 351 US 377, 391-92, 1956, se definió el poder de mercado como «the power to control prices or exclude competition»; mientras que, en el asunto *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 US 451, 464, 1992, se definió como «the ability of a single seller to raise price and restrict output».

actuar en el mercado de manera independiente⁸. Si bien la independencia de actuación se reflejará, en muchas ocasiones, en los precios, se puede hacer notar también en otro tipo de actuaciones, como es el caso, por ejemplo, de las ventas vinculadas o *tying*⁹.

Por tanto, es posible afirmar que una determinada empresa tiene poder de mercado cuando pueda actuar libre de condicionantes competitivos¹⁰. Esto es, la independencia respecto de competidores, clientes y consumidores a que se refiere la jurisprudencia comunitaria.

La Comisión Europea, por su parte, sigue la misma línea. En su Comunicación sobre «Análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas»¹¹, indica que «[...] la conclusión de la existencia de una posición dominante no impide que haya cierta competencia en el mercado. La posición dominante sólo permite a la empresa que la ocupa, si no determinar, al menos incidir de manera apreciable en las condiciones en las que se desarrolla esa competencia y, en cualquier caso, actuar al margen de cualquier condicionante competitivo mientras tal conducta no vaya en detrimento suyo»¹².

El TJCE indica expresamente que la independencia de comportamiento debe existir “en una medida apreciable”, lo que equivale a decir que el concepto de posición dominante cubre únicamente las situaciones de poder de mercado significativo o sustancial. Ello resulta lógico si tenemos en cuenta que los mercados de competencia perfecta son prácticamente inexistentes y que, por tanto, en el mundo real, cualquier empresa puede tener —aunque mínimo— un cierto poder de mercado¹³.

⁸ En tal sentido, véase la definición que proporciona la Comisión Europea en el apartado 24 de su documento de discusión sobre el art. 82 del Tratado: «*Market power is the power to influence market prices, output, innovation, the variety or quality of goods and services, or other parameters of competition on the market for a significant period of time*».

⁹ Sobre este último aspecto, véase el artículo de M. ODRIÓZOLA, «La vinculación de productos. Las novedades del asunto Microsoft».

¹⁰ «*Freedom of competitive constraint*», en palabras de R. WHISH, *Competition Law*, Ed. Butterworths, 2003, p. 179.

¹¹ DO C165, de 11 de julio de 2002, pp. 6 a 31, párrafo 72.

¹² Véase también el apartado 119(1) de las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C291, de 13 de octubre de 2000, pp. 1 a 44): «*Desde un punto de vista conceptual, el poder de mercado puede definirse como la facultad de subir los precios por encima del nivel competitivo y, al menos a corto plazo, de obtener beneficios por encima de lo normal*».

¹³ Vale la pena mencionar que la Comisión Europea ha reconocido, en sus Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, ya citadas, párrafo 26, que «*El poder de mercado es cuestión de grado*» y que «*El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe infracción con arreglo al apartado 1 del art. 81 en el caso de acuerdos que restringen la competencia por efecto es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante a efectos del art. 82*». En este último sentido, véase también el apartado 119(1) de las Directrices relativas a las restricciones verticales, antes citadas: «*Es posible que las empresas tengan un poder de mercado inferior al nivel de posición dominante en el mismo, que es el umbral para que se aplique el art. 82*».

Analizar si una determina empresa tiene poder de mercado y si, en caso de respuesta afirmativa, dicho poder de mercado es significativo o relevante a efectos del art. 82 del Tratado CE no es tarea fácil. La abundante literatura económica y jurídica sobre la materia pone de manifiesto, cuanto menos, un gran interés en la cuestión, además de un cierto consenso en cuanto a que el análisis del poder de mercado debe basarse en una evaluación conjunta de varios factores.

Éste pareció ser, en un primer momento, el criterio del TJCE, aunque posteriormente se fue decantando por otorgar una relevancia cada vez mayor al papel de las cuotas de mercado en el análisis de la existencia de una posición de dominio.

2. ANTECEDENTES EN MATERIA DE EVALUACIÓN DEL PODER DE MERCADO

En la ya citada sentencia recaída en el asunto *United Brands*, el TJCE indicaba que «*La existencia de una posición dominante resulta en general de la reunión de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes. Para saber si UBC es una empresa en posición dominante en el mercado relevante, es necesario examinar, en primer lugar, su estructura y, después, la situación competencial en dicho mercado*» (énfasis añadido). El TJCE se abstuvo, pues, de partir de la cuota de mercado como base de su análisis.

Así, el TJCE lleva a cabo primeramente un análisis detallado de las características estructurales de UBC, a saber: una integración vertical completa, que garantiza su estabilidad comercial; una continua investigación, que le ha permitido desarrollar nuevas técnicas y mejorar la productividad de sus plantaciones; y una constante actividad de publicidad y promoción de la marca “Chiquita”, que le ha llevado a colocarse en el primer puesto de los plátanos de marca, de lo que resulta que el distribuidor «*no puede permitirse no ofrecérselo al consumidor*» y que, por tanto, la empresa tiene garantizada una clientela regular.

Sólo en un segundo estadio, el TJCE analiza la cuota de mercado de UBC, que, en el caso de autos, rondaba el 45 por 100. El TJCE, después de indicar que «*un operador sólo puede estar en posición dominante en un determinado mercado si ha conseguido hacerse con una amplia cuota de ese mercado*», reconoce que aquel porcentaje no permite alcanzar, sin más, la conclusión de que UBC controlaba el mercado en la época de los hechos. No obstante, indica que, para alcanzar dicha conclusión, es necesario referirse a la fuerza y número de competidores, constatando que la cuota de mercado de UBC es varias veces mayor que la de sus

competidores más importantes. Esta circunstancia, junto a las anteriormente referidas, son consideradas por el TJCE como una prueba de la “*fuera preponderante*” de UBC.

El análisis del TJCE no se para ahí. Antes de concluir en la posición de dominio de UBC, la sentencia relaciona un número considerable de barreras de entrada (elevadas inversiones de capital para establecer y mantener las plantaciones, necesidad de incrementar las fuentes de suministro, economías de escala y elevados costes de entrada), que constituían, en palabras del TJCE, obstáculos financieros y prácticos insalvables para los competidores.

El análisis del TJCE en el asunto *United Brands* fue, pues, de conjunto, absteniéndose de dar una mayor relevancia a un aspecto determinado del análisis (por ejemplo, la cuota de mercado) en relación con los demás.

Puede considerarse, no obstante, que dicho análisis de conjunto resultaba necesario a la luz de las circunstancias del caso, esto es, en la medida en que la cuota de mercado de UBC en el momento de los hechos, por sí sola, no permitía considerar —ni, mucho menos, presumir— la existencia de una posición de dominio. Es decir, aunque la cuota de mercado no era especialmente elevada, otros factores sí apuntaban a la existencia de una posición de dominio, de ahí la necesidad de su análisis¹⁴.

Merece destacar dos asuntos posteriores que han matizado, en comparación con *United Brands*, la posición del TJCE en relación con el papel de las cuotas de mercado a efectos de determinar el poder de mercado de una determinada empresa: *Hoffman-La Roche* (1979)¹⁵ y *AKZO* (1991)¹⁶, ambos supuestos de aplicación del art. 82 del Tratado CE.

¹⁴ En el posterior asunto *Hoffman-La Roche* se mantuvo parcialmente esta tendencia, al considerar el TJCE que no existían suficientes pruebas de la posición de dominio de la empresa en el mercado de la vitamina B₃, a pesar de una cuota relativamente alta, ya que la Comisión no había identificado otros factores que apuntaran a la dominancia. Debe citarse igualmente la sentencia recaída en el asunto *Alsatel c. Novasam* (Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1988, asunto 247/86, Rec. 1988, p. 5987), en la que el TJCE indicó que «[...] la única circunstancia de hecho confirmada por la resolución de remisión respecto al potencial económico de la demandante es la importancia de la cuota que posee esta empresa en el mercado regional. A este respecto, procede señalar que tal comprobación no basta para establecer la existencia de una posición dominante de dicha empresa. En efecto, por una parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, si bien el hecho de que una empresa posea una cuota de mercado de gran envergadura puede constituir, ciertamente, un indicio significativo de la existencia de una posición dominante, esta circunstancia, aisladamente considerada, no es necesariamente un factor determinante de ello, sino que debe valorarse junto con otros factores» (párrafos 18 y 19).

¹⁵ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffman-La Roche c. Comisión*, Rec. 1979, p. 461.

¹⁶ Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comisión*, Rec. 1991, p. I-3359.

En ambos casos, la cuota de mercado de las empresas en cuestión fue el punto de partida para concluir en la existencia de una posición dominante, siendo así que otros factores fueron analizados con la finalidad de confirmar la conclusión ya alcanzada sobre la base de la cuota de mercado. Lo relevante de estos dos asuntos es que, a partir de ellos, se habla de una “presunción de dominio” basada en las cuotas de mercado de las empresas afectadas¹⁷.

En Hoffman-La Roche, la Comisión Europea se había basado tanto en la cuota de mercado de la empresa respecto a la de sus competidores como en otros factores que confirmaban las conclusiones basadas en el primer elemento. El TJCE, yendo más allá que en el caso United Brands —probablemente por la diferencia de cuotas en juego, de entre 75 a 93 por 100, dependiendo de los mercados afectados—, afirmó que, entre los factores de los que puede resultar la existencia de una posición dominante, «*la existencia de cuotas de mercado muy altas es un factor de gran importancia*» (énfasis añadido).

Aun reconociendo que las cuotas de mercado no son un factor constante y que su importancia varía según la estructura de los mercados, en el caso de autos indicó que:

[...] puede legítimamente sostenerse que cuotas de mercado muy altas son, en sí mismas y salvo circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante. El hecho de que una empresa tenga una cuota de mercado muy alta y la mantenga durante cierto tiempo [...] le coloca, en virtud de esa cuota, en una posición de fuerza tal en el mercado que hace de ella un contratante obligatorio y le garantiza, al menos durante períodos largos de tiempo, la independencia de comportamiento característica de una posición dominante» (énfasis añadido).

La sentencia hace referencia, en varias ocasiones, a las características específicas de los diferentes mercados de vitaminas afectados, lo que lleva a pensar que el TJCE pareció otorgar cierta importancia a las características intrínsecas de los mercados de que se trataba. Pese a ello, la afirmación transcrita ha sido literalmente repetida y aplicada en asuntos posteriores, relativos a mercados tan distintos a los encausados en el asunto Hoffman-La Roche, como el de los peróxidos orgánicos¹⁸, el de las grapas para pistolas grapadoras¹⁹ y el de las máquinas y envases de cartón asépticos²⁰.

¹⁷ Ver R. WHISH (ya citado, p. 181), J. FAULL y A. NICKPAY, *The EC Law of Competition*, Ed. Oxford, 1999, p. 126; A. JONES, *EC Competition Law*, Ed. Oxford, 2004, p. 341.

¹⁸ Asunto AKZO, ya citado, párrafo 60.

¹⁹ Sentencia del TPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, Hilti AG c. Comisión, Rec. 1991, p. II-1439, párrafo 91.

²⁰ Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, Tetra Pak International SA c. Comisión, Rec. 1994, p. II-755, párrafo 109.

A partir de Hoffman-La Roche puede hablarse, por tanto, de una presunción de dominio basada en las cuotas de mercado. En el asunto Hoffman, en los mercados donde las cuotas rondaban el 75 por 100 del mercado relevante, llegando hasta el 93 por 100, el TJCE no recurrió a ningún factor adicional para confirmar las conclusiones de la Comisión. En el asunto AKZO, no obstante, se consideró suficiente una cuota del 50 por 100 para concluir en la posición de dominio, confirmada por otros factores (tales como que AKZO se consideraba asimismo líder mundial y había reconocido contar con la organización comercial más desarrollada y el mayor conocimiento en seguridad y toxicología respecto a sus competidores).

La existencia de una presunción tiene gran relevancia, puesto que desencadena una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la empresa afectada aportar los elementos que pongan en evidencia que, pese a su alta cuota de mercado, carece de poder mercado a efectos del art. 82 del Tratado CE. En efecto, en el asunto AKZO, el TJCE, después de constatar que la cuota del 50 por 100 se había mantenido entre 1979 y 1982, rechazó los argumentos de la demandante sobre la base de que «*AKZO no ha presentado ninguna prueba que demuestre que su cuota ha descendido durante los años posteriores*». Se opera, pues, una inversión de la carga de la prueba, que, en principio, tratándose de un procedimiento sancionador y sobre la base del principio acusatorio, debería corresponder a la autoridad de competencia.

En los expedientes de abusos de posición dominante, la estructura y dinámica del mercado es analizada *ex post*, es decir, con posterioridad a la realización de los comportamientos encausados. Por tal razón, se dispone de información real del mercado, sin que deba recurrirse a hipótesis o expectativas, esto es, a evaluaciones prospectivas, como ocurre en el marco del control de concentraciones. En este contexto puede resultar relativamente más sencillo identificar las causas que explican una “fotografía” determinada del mercado y, sobre esa base, concluir si existe suficiente competencia en el mercado. En tales condiciones, se justifica aún menos la presunción de dominio establecida por la jurisprudencia.

Pese a todo, debe reconocerse que el TJCE matiza, en cierta medida, su “presunción de dominio” al exigir que las altas cuotas de mercado se mantengan durante cierto tiempo. El TJCE no ha establecido, con carácter general, qué periodo ha de considerarse suficiente a efectos de concluir en la posición de dominio; no obstante, a la vista del asunto AKZO, parece que el mantenimiento de una cuota alta durante tres años es suficiente para el TJCE.

Debe igualmente mencionarse que la jurisprudencia del TJCE ha otorgado, de manera constante, una gran importancia al análisis comparativo entre las cuotas de mercado de la empresa supuestamente dominante y las de sus competidores. Destaca, muy especialmente, el asunto *British Airways*²¹, único caso de art. 82 en que se ha concluido en la existencia de una posición dominante con una cuota inferior al 40 por 100 —concretamente, el 39,7 por 100 de todas las ventas de transporte aéreo en el Reino Unido mediante el programa de liquidación para agencias de viajes operado por IATA—²². El TPI confirmó la consideración de la Comisión de que dicha cuota, no sólo era elevada en términos absolutos, sino que además constituía “*invariablemente*” un múltiplo de las cuotas de mercado de cada una de sus cinco principales competidoras presentes en el mercado británico²³.

Puede, pues, concluirse que, pese al asunto *United Brands*, en el que el TJCE parecía decantarse por un análisis de conjunto y equilibrado a la hora de analizar la concurrencia o no de poder de mercado, la jurisprudencia ha evolucionado hacia la concesión de una relevancia particular a las cuotas de mercado de las empresas en cuestión.

La Comisión Europea ha seguido tradicionalmente este mismo enfoque, siendo su reciente decisión en el caso *Microsoft* un claro ejemplo²⁴: sobre la base de unas cuotas que superaban el 90 por 100 de los mercados afectados y de la jurisprudencia antes citada, *Microsoft* fue considerada empresa “superdominante”²⁵. A continuación, la Comisión pasó a analizar otros factores, tales como el mantenimiento de las cuotas en el tiempo y la existencia de importantes barreras a la entrada, que confirmaron sus conclusiones. En su Comunicación sobre «el concepto de *peso significativo en el mercado* de las comunicaciones electrónicas»²⁶, la Comisión indicó, sin embargo, que «*la existencia de una posición*

²¹ Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, *British Airways plc c. Comisión*, Rec. 2003, p. II-5917. Recurso de apelación pendiente (C-95/04).

²² En materia de control de concentraciones, véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.1741-MCI Worldcom/Sprint (*DO* L300, de 18 de noviembre de 2003, pp. 1-53), en el que se consideró que una cuota del 35-45 por 100, varias veces superior a la de su competidor más importante, podría permitir a la entidad resultante actuar de forma independiente de sus competidores y clientes.

²³ Véase asimismo la sentencia del TPI de 23 de octubre de 2003, asunto T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Comisión*, Rec. (2003), p. II-4653, párrafo 155.

²⁴ Decisión de la Comisión Europea, de 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 82 del Tratado CE, asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft*. Véase asimismo la Comunicación de la Comisión sobre «Análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas», ya citada, párrafo 75.

²⁵ En relación con el concepto de “superdominio”, ver Conclusiones del abogado general Fennelly en los asuntos acumulados C-395/96P y C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge c. Comisión*, Rec. 2000, p. I-1365, párrafo 137.

²⁶ Párrafo 78.

dominante no puede determinarse exclusivamente sobre la base de una elevada cuota de mercado» y que las autoridades «deben acometer un análisis global y pormenorizado de las características económicas del mercado pertinente antes de sacar conclusiones»²⁷.

3. ¿ES LA CUOTA DE MERCADO UN INDICADOR FIABLE?

Parece haber un amplio consenso entre la doctrina jurídica en cuanto a que la cuota de mercado de una empresa no revela de forma precisa el poder de mercado de una empresa en un determinado mercado²⁸. Unánimemente se considera que, al menos, el análisis de las cuotas de mercado debe ser dinámico, teniendo en cuenta la evolución histórica de las mismas, tanto por lo que afecta a la empresa supuestamente dominante como a sus competidores.

Aun así, la consideración aislada de cuotas de mercado —incluso cuando se mantienen elevadas en el tiempo— puede llevar a engaño. La *Office of Fair Trading* británica menciona, entre otras, las siguientes razones:

i) La existencia de reducidas barreras de entrada²⁹ al mercado podría conducir a negar que una empresa con cuotas persistentemente altas disponga de poder de mercado, al verse amenazada constantemente por competidores potenciales (presentes, por ejemplo, en mercados conexos). Añadiremos la inexistencia de barreras a la expansión de los competidores ya presentes en el mercado de referencia, cuya capacidad de reacción podría relativizar la relevancia de una cuota de mercado alta. Y, al contrario, una capacidad de reacción limitada por parte de las empresas competidoras puede implicar que una cuota no particularmente alta otorgue poder de mercado a la empresa en cuestión.

²⁷ Por su parte, la *Office Fair Trading* ha indicado, en su «Guidelines on Assessment of Market Power», ya citadas, que «*the OFT considers that it is unlikely that an undertaking will be individually dominant if its share of the relevant market is below 40 per cent, although dominance could be established below that figure if other relevant factors (such as the weak position of competitors in that market and high entry barriers) provided strong evidence of dominance*» (párrafo 2.12).

²⁸ Véase R. WHISH, ya citado, p. 180; J. FAULL y A. NIKPAY, ya citados, p. 128, y A. JONES, ya citado, p. 340.

²⁹ En palabras de la Comisión Europea, «*barriers to expansion and entry are factors that make entry impossible or unprofitable permitting established undertakings to charge prices above the competitive level*» («*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses-Public consultation*», ya citado, párrafo 38). En sus Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, la Comisión define las barreras de entrada como «*unas características específicas del mercado que otorgan a las empresas ya presentes en él unas ventajas sobre sus competidores potenciales*» (DO C31, de 5.2.2004, párrafo 70). Véase también el artículo de I. GUTIÉRREZ y J. PADILLA, «*Posición de dominio, barreras de entrada y poder de mercado. Una racionalización económica del concepto de posición de dominio*».

ii) En mercados donde los compradores recurren a procesos de licitación, la cuota de mercado de un proveedor determinado en un momento muy concreto puede desplazarse a otro proveedor en el siguiente proceso de licitación, si no existen limitaciones de las capacidades de suministro.

iii) En caso de productos muy diferenciados, empresas con cuotas de mercado bajas pueden disponer, sin embargo, de cierto poder de mercado ya que los productos competidores no constituyen sustitutos perfectos.

iv) La estructura de la demanda puede limitar el poder de mercado de un proveedor cuando existan elementos que indican que el poder de decisión se encuentra del lado de los compradores (*buyer power*).

Los factores enumerados recuerdan, en definitiva, que “poder de mercado” se identifica con la independencia de comportamiento. Ello obliga —o debería obligar, en nuestra opinión— a las autoridades encargadas de aplicar las normas de competencia a verificar que, independientemente de la cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante, ésta actúa en el mercado libre de condicionantes competitivos. En efecto, una empresa cuya cuota no sea particularmente alta puede actuar independientemente en ausencia de competidores aptos para reaccionar, incrementando su oferta, a una subida de precios por aquélla; por otro lado, una cuota particularmente alta no otorga necesariamente poder de mercado en ausencia de barreras de entrada al mercado o en presencia de *buyer power* significativo. En este contexto, una “presunción de dominio” basada en un factor —la cuota de mercado— tan dependiente de otros parece un enfoque cuanto menos injusto.

En la identificación de si una empresa puede o no actuar con libertad, revisten especial importancia las eventuales barreras de acceso al mercado de que se trate (y de expansión) como factor que pone en entredicho la fiabilidad de las cuotas de mercado. Podría afirmarse incluso que en un mercado que carece de barreras de entrada, no puede atribuirse a ninguna empresa real poder de mercado³⁰. La noción de “barreras de entrada” engloba diferentes conceptos de muy diversa naturaleza³¹, entre los que podemos destacar los siguientes: restricciones

³⁰ La definición previa del mercado es igualmente un factor de máxima importancia, si bien, en este artículo, no lo abordamos por ser objeto de otro artículo (véase el artículo de F. JIMÉNEZ LATORRE, «Dificultades para la definición del mercado relevante»).

³¹ Para un análisis detallado de las barreras de entrada, véase *Market Power Handbook*, American Bar Association, 2005, pp. 119-139, donde se concluye que la determinación de las barreras de entrada y, por tanto, las probabilidades de acceso a un mercado, como la evaluación del mercado relevante y del poder de mercado, requieren análisis de conjunto de las características del mercado y de la empresa de que se trate.

derivadas de la legislación aplicable (como podría ser el limitado número de licencias necesarias para ejercer la actividad de que se trate o las consecuencias de la normativa en materia de propiedad industrial); difícil acceso a infraestructuras, a materias primas o a derechos de propiedad intelectual o industrial; y elevados costes de entrada irrecuperables si el acceso resulta un fracaso (costes hundidos) y, en relación con éstos, economías de escala, que obligarían a un potencial competidor a prever una producción a gran escala antes de empezar a obtener beneficios de su acceso al mercado.

Entre tales causas, el comportamiento mismo de la empresa en cuestión puede constituirse en una auténtica barrera de entrada para un potencial competidor o, incluso, en barrera de expansión para una empresa ya presente en el mercado. Tal sería el caso, por ejemplo, de la suscripción de contratos exclusivos de larga duración o la concesión de descuentos de naturaleza fidelizadora, que provocan un efecto de exclusión similar al de las propias barreras de entrada ³².

La existencia o no de las barreras citadas (u otras) en un determinado mercado permiten, en nuestra opinión, otorgar a las cuotas de mercado un valor más adecuado, siempre a la luz del concepto de “poder de mercado”, esto es, la necesaria independencia de competidores, clientes y consumidores que ha de predicarse de una empresa dominante.

Ésta ha sido, en particular, la tendencia seguida por nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que, de manera constante, se ha centrado en la necesidad de probar la independencia de actuación y ha evitado hacer suya la “presunción de dominio” establecida por el TJCE en el asunto Hoffman-La Roche. Debe destacarse, muy especialmente, la Resolución recaída en el expediente *Bacardí* ³³, en el que el TDC afirmó que una elevada cuota de mercado de una empresa —del 70 por 100 en el caso de autos— *«no determina precisamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante. En el presente caso, una cuota de mercado tal elevada como la que ostenta Ron Bacardí en el mercado español llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más»*. En dicho expediente, el TDC consideró relevantes, por un lado, la inexistencia de barreras significa-

³² De hecho, en varios asuntos, la Comisión Europea se ha basado en la conducta de la empresa afectada, conducta con finalidad o efecto excluyente, como indicador de su dominio, sin que la jurisprudencia le haya contradicho hasta el momento (decisiones de la Comisión Europea en los asuntos IV/29.491), Michelin (DO L353, de 9 de diciembre de 1981), AKZO (DO L374, de 31 de diciembre de 1985), IV/30.787 y 31.488, IV/30.698, Hilti (DO L65, de 11 de marzo de 1988) y IV/36.041, Michelin II (DO L143, de 31 de mayo de 2002).

³³ Resolución del TDC de 30 de septiembre de 1999, Expdte. R362/99.

tivas y, por otro, la circunstancia de que se trataba de un mercado altamente contestable, «*como lo evidencia el que diversas marcas de ron estén penetrando en los últimos tiempos*».

Pese a la relevancia de las barreras de entrada, el TDC también ha apreciado que otros elementos, aun en presencia de aquéllas, son capaces de relativizar por completo la importancia de las cuotas de mercado, como es el caso del poder de compra. Así ocurrió en el asunto *Wilkinson/Gillette*³⁴, en el que, ante una cuota también del 70 por 100 en el mercado relevante, el TDC estimó que la fuerza negociadora de las grandes superficies comerciales y de las centrales de compra (que contaban además con sus propias marcas blancas) impedía a Gillette mantener una política comercial independiente. En el mismo sentido se manifestó el TDC en el asunto *Laboratorios Farmacéuticos*³⁵, otorgando especial relevancia al poder del Sistema Nacional de Salud como cliente de las empresas farmacéuticas, entre otros factores.

En conclusión, resulta claro, en nuestra opinión, que, en ausencia de barreras de entrada, empresas que no son competidoras actuales de una determinada empresa pueden verse incentivadas, en el caso de un incremento de precios, a acceder al mercado de ésta en un período de tiempo relativamente breve y con una adaptación poco compleja de su proceso de producción³⁶. Pese a ello, a la vista de la jurisprudencia comunitaria, si la empresa ya presente en el mercado tiene una cuota alta —por encima del 50 por 100—, pesará sobre ella la “presunción de dominio” establecida por la jurisprudencia existente.

Ello podría incluso influenciar, en muy buena medida, el comportamiento de aquella empresa en el mercado, aun en ausencia de un expediente sancionador abierto. En efecto, dicha empresa, por ostentar una elevada cuota de mercado, puede verse compelida a abstenerse de realizar determinadas actuaciones, ante el riesgo de verse impuesta una multa por abuso de posición dominante. Y ello a pesar de que la jurisprudencia ha insistido en numerosas ocasiones en que el art. 82 del Tratado CE no tiene por objeto penalizar las posiciones de dominio, sino únicamente el abuso de las mismas.

En estas condiciones, sería deseable que la Comisión Europea coloque el factor de cuota de mercado en el lugar que le corresponde. El

³⁴ Resolución del TDC de 29 de enero de 1999, Expdte. R313/98.

³⁵ Resolución del TDC de 5 de diciembre de 201, Expdte. R488/01.

³⁶ De acuerdo con la Comisión Europea, la entrada en el mercado sólo suele considerarse realizada con prontitud si se produce en un plazo de dos años (Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, ya citada, párrafo 74). También las *Horizontal Merger Guidelines* americanas establecen el mismo plazo. La referencia a un período de dos años con carácter general nos parece ilógica puesto que dependerá en gran medida del tipo de mercado de que se trate.

reciente documento de discusión sobre el art. 82 del Tratado, parece ir en este sentido. Además de reconocer —como se ha indicado— que el análisis de dominancia debería ir más allá de las cuotas de mercado, la Comisión expresamente señala: «*If the barriers to expansion faced by rivals and to entry faced by potential rivals are low, the fact that one undertaking has a high market share may not be indicative of dominance. Any attempt by an undertaking to increase prices above the competitive level would attract expansion or new entry by rivals thereby undermining the price increase*» (énfasis añadido)³⁷.

Tratándose de un documento aun sometido a discusión pública, parece razonable que la Comisión no se manifieste de manera contundente al respecto. Sin embargo, incluso en este escenario, llama la atención que el documento señale que «*it is very likely that very high market shares, which have been held for some time, indicate a dominant position*», remitiéndose expresamente al asunto Hoffman-La Roche³⁸. La aparente contradicción entre ambas afirmaciones —puntos 31 y 34— podría estar revelando la intención de la Comisión de mantener el test de dominancia sin cambios o quizás una extrema prudencia a la espera de recibir y analizar las reacciones de los interesados.

En cualquier caso, es de desear que la Comisión, en el documento final que eventualmente emita, se identifique de manera más clara y concluyente con la línea avanzada por la comisaria Kroes y la establecida en el asunto United Brands de 1976.

³⁷ Punto 34.

³⁸ Punto 31.