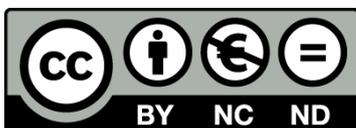

Treball Fi de Grau

La definición del mercado relevante en las concentraciones económicas, la Comunicación de la Comisión de 1997 y los trabajos para su revisión

Laura Martí Giménez



Aquest TFG està subject a la licència [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Este TFG está sujeto a la licencia [Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

This TFG is licensed under the [Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



La definición del mercado relevante en las concentraciones económicas, la Comunicación de la Comisión de 1997 y los trabajos para su revisión

Laura Martí Giménez

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Área de Derecho mercantil

Curso 2021/22

Tutor: Miguel Vidal-Quadras Trias de Bes

ÍNDICE

1. EL LIBRE MERCADO	1
2. LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES DE EMPRESAS	2
2.1. La fusión	3
2.2. La adquisición	4
2.3. Tipos de fusiones y adquisiciones.....	5
2.4. Motivos por los que llevar a cabo una fusión o adquisición.....	5
3. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.....	6
4. EL MERCADO RELEVANTE EN EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES.....	7
4.1. La obligatoriedad del control previo.....	7
4.2. El procedimiento de control.....	9
4.2.1. El procedimiento ante la CNMC	9
4.2.2. El procedimiento ante la Comisión	10
4.2.3. Remisión de las concentraciones.....	11
5. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 1997	12
5.1. La sustituibilidad de la demanda y la técnica del <i>SSNIP test</i>	13
5.2. La sustituibilidad de la oferta.....	16
5.3. El procedimiento para definir el mercado de referencia	16
5.3.1. El mercado de producto.....	16
5.3.2. El mercado geográfico.....	21
5.3.3. La integración del mercado en la Comunidad.....	23
5.3.4. La reunión de los elementos de prueba	23
6. LA REVISIÓN DE LA COMUNICACIÓN.....	24
6.1. La digitalización.....	25
6.1.1. La definición del mercado relevante para mercados multifacéticos	25
6.1.2. La definición del mercado relevante para ecosistemas digitales.....	30
6.1.3. La definición del mercado y el acceso a datos	33
6.1.4. La definición del mercado relevante en el comercio electrónico	34
6.2. La innovación.....	36
6.3. La definición del mercado geográfico	38
6.4. Las técnicas cuantitativas.....	40
7. CONCLUSIÓN	41
BIBLIOGRAFÍA.....	44

Agradecimientos

A todos aquellos que han apoyado la redacción del presente texto y me han ayudado a llevarla a cabo. En especial, a mi tutor Miguel Vidal-Quadras por sugerir el estudio del tema tratado, facilitarme documentación esencial y acompañarme en el proceso; y a mi familia, por su paciencia en la revisión y comprensión del escrito, su más sincera opinión al respecto y su muestra de interés en un asunto que, como bien saben, me apasiona.

Introducción

Planteamiento temático y metodológico

A los efectos de analizar la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante de 1997 tras 25 años de su aplicación y la importancia que dicho concepto tiene en el análisis de sus efectos en el derecho de la competencia, en el presente texto se abordarán de forma previa los conceptos esenciales para la comprensión de lo propuesto, tratando asuntos como el libre mercado, las concentraciones empresariales y su control, y la definición del mercado relevante. En su transcurso, ofrece múltiples ejemplos al lector para que pueda desplazarse con facilidad entre el plano teórico y el práctico con facilidad.

Alcanzando el estudio del documento principalmente pretendido, se explica su contenido y alcance y, finalmente, se abordan todas aquellas problemáticas detectadas por la doctrina y por los propios Estados.

Objetivos

El presente escrito pretende en análisis de dos escenarios distintos: el de la Comisión en la redacción de la Comunicación de 1997 y el de la doctrina al evidenciar las problemáticas planteadas en su aplicación.

Tras 25 años de transformación, evolución y desarrollo, muchas de las premisas de las que parte la Comisión en su documento guía son incompatibles –o cuanto menos inidóneas– para la resolución de operaciones que, en sintonía con lo anterior, también han variado. En todo este tiempo, el mercado ha experimentado cambios extraordinarios, generando la necesidad de que la Comunicación de 1997 también lo haga. Por ello, este estudio analiza aquellos aspectos fundamentales que, no habiendo sido tomados en cuenta en la redacción original, ahora reclaman su actualización.

Conocer la opinión de los expertos sobre esta materia ha exigido el acceso a documentos de carácter internacional, pues así lo ha requerido la falta de publicaciones escritas en nuestro idioma. Sin embargo, tal circunstancia permite, no solo que este análisis tenga un punto de vista internacional, sino también que sea precursor en la materia.

1. El libre mercado

Se entiende por libre mercado aquél en el que los precios de los productos se asignan por su ofertante y demandante, siendo la máxima expresión de la ley de la oferta y la demanda. Esta definición es clave para la comprensión de la premisa sobre la que se establecen los criterios de la Comisión al definir el mercado relevante, por cuanto la liberalización del mercado es presupuesto para la concentración empresarial.

El libre mercado descansa sobre un concepto de vital importancia que a su vez se presenta como condición previa a su existencia: la libre competencia. La traducción más inmediata de este principio se encuentra en la posibilidad por parte de los participantes de ambos lados –oferta y demanda– de participar en el mercado, entrando y saliendo de él según su voluntad. Se entiende entonces que para que los precios puedan ser determinados por la interacción entre el ofertante y el demandante –ocasionando así una economía de mercado–, éstos deben contar con la libertad de decidir si llevan a cabo o no tal relación. Desde el punto de vista de los fabricantes o prestadores de servicios, es fundamental, para que pueda existir esta libertad de acceso, que no haya barreras que impidan o dificulten su aparición –por ejemplo, por haber una gran empresa con una alta participación de mercado, provocando que la inversión o el capital requerido para poder operar en él sea desmesurado.

Habiendo conseguido que en un mismo mercado haya pluralidad de operadores, la libre competencia exige que éstos interactúen en igualdad de condiciones –siéndoles de aplicación las mismas reglas– y de forma independiente, requiriéndoles constantemente su esfuerzo para la captación de clientela. Quedan así patentes las dos dimensiones de esta economía de mercado que, tratando de huir de los posibles pactos entre operadores que restrinjan su propia competencia, acompaña al derecho concedido para que compitan la obligación de que lo hagan. De este modo, la legislación protectora de la competencia permite a todo aquél que lo desee poder participar en el mercado, pero bajo la obligación de competir, no pudiendo limitar o restringir la competencia previamente existente.

Como se ha avanzado, el mantenimiento de la libre competencia está encomendado a las leyes de competencia, que son las que pretenden que la eficiencia y la confianza en el mercado persistan, no permitiendo la aparición de ciertas conductas que romperían con el equilibrio anterior. A su vez, garantizan la igualdad de todos aquellos que, apoyándose en la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, deciden introducirse en el mercado para desempeñar una actividad económica o profesional. Esta normativa es la expresión de la política económica del momento y, por ello, ha sido objeto de varias modificaciones a lo largo de la historia.

En general, las economías han sufrido un proceso de cambio en el que se ha sustituido el intervencionismo por la presencia del sector privado, dejando paso a la libre competencia y, consecuentemente, al libre mercado. Por ello, la regulación actual no es sino el reflejo de la voluntad presente en las últimas décadas de múltiples sistemas económicos, que han optado por abrir el mercado, dando así la oportunidad al sector privado de hacerse su lugar y generando, irremediablemente, una actitud competitiva cuyo principal objetivo es lograr convencer al consumidor¹. Debe entenderse, pues, que el interés por las fusiones y adquisiciones existe cuando la política económica del lugar y del momento lo permite, dejando un mercado abierto en el que gobierne la libre competencia. Dicho de otro modo, sin competencia no hay concentración, fundamentalmente porque no hay con quién aliarse.

Habría advertido el lector que en el presente escrito confluyen dos ciencias, ambas fundamentales: la economía y el Derecho. Es importante señalar que el mercado debe operar conforme a Derecho y, del mismo modo, los juristas deben actuar sin ignorar la economía. Ni ésta debe prevalecer sobre aquél, ni aquél sobre ésta; se trata de dos disciplinas que, siendo de igual importancia en este sector, deben respetarse. Lo aquí expuesto es, de hecho, el resultado de su fusión.

La política económica propone y el Derecho dispone, generando así un sistema de protección dirigido a salvaguardar a los más vulnerables –los consumidores– y a preservar aquello que aquél mismo protege: la libre competencia. Consiste en un método que, permitiendo la intervención del sector privado y reconociendo así su inherente competitividad, pone leyes a la guerra mediante el trazo de ciertos límites cuyo exceso genera la intervención de la autoridad de competencia que se trate. Habrá ocasiones en las que ésta aparecerá como respuesta a la restricción real y efectiva de la competencia –como es el caso del abuso de posición dominante–, y otras en las que se presente *ex ante*, no permitiendo que tal restricción pueda siquiera llegar a darse. Es en este último supuesto donde se ubica el control de las concentraciones. Pero no adelantemos acontecimientos, pues carecería de sentido hablar de tal supervisión sin entender antes su causa, que son las operaciones de concentración.

2. Las fusiones y adquisiciones de empresas

Tomando en consideración la especialización del presente trabajo en la definición del mercado relevante en las concentraciones empresariales, es preciso que, antes de desarrollar el primero de los conceptos –mercado relevante–, el lector comprenda el

¹ WHISH, R., BAILWEY, D. «Competition Law», 10th ed. OUP Oxford, 2021, pp. 1-4.

alcance y las motivaciones del segundo –concentración empresarial. Por ello, el presente epígrafe trata de las fusiones y adquisiciones de empresas, siendo ambas operaciones supuestos de una concentración por cuanto generan la unión entre dos o más empresas². Como se verá en el epígrafe 2.3, los motivos por los que se dan son varios y dependerán del caso concreto. Es preciso diferenciar entre ambas actividades, por lo que se explicarán de forma independiente en los dos apartados siguientes.

2.1. La fusión

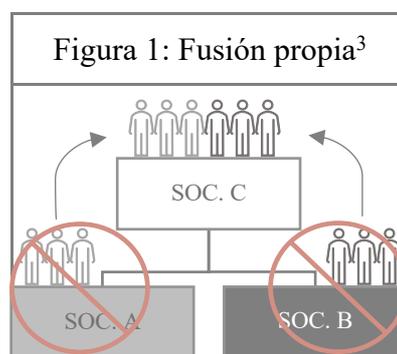
La fusión es una concentración empresarial que exige la disolución –extinción– de una, varias o todas las sociedades transmitentes, agrupando la totalidad de los socios en la única compañía resultante. La disolución se produce aquí sin liquidación, de modo que el patrimonio de la sociedad o sociedades disueltas se transmite en bloque de forma universal, en unidad de acto y a título adquisitivo.

Este tipo de operaciones alteran la compañía y, como se ha señalado, afectan a su estructura patrimonial. Por ello, más que una modificación estatutaria –la cual quedaría regulada en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital– se trata de una modificación estructural y, como tal, queda regulada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Siguiendo con la definición mencionada, pueden distinguirse dos grandes tipos de fusiones:

1. *La fusión propia*. Consiste en la disolución sin liquidación de al menos dos compañías y el traspaso de su patrimonio a una nueva, atribuyéndose a los socios de una y otra las acciones o participaciones correspondientes.

Nótese como en la Figura 1 la sociedad A –abreviada como «SOC. A»– y la sociedad B –abreviada como «SOC. B»– quedan ambas disueltas, concentrando los socios de una y otra en una nueva compañía –abreviada como «SOC. C»». Las acciones o participaciones –según si la sociedad resultante reviste forma de sociedad anónima o limitada– que se atribuyan a los socios



² Cabe advertir que también constituye concentración empresarial la creación de empresas en participación. No serán objeto del presente estudio, si bien se mencionan en el epígrafe 4 y se equiparan en la normativa aplicable a los supuestos de adquisición.

³ Fuente: elaboración propia.

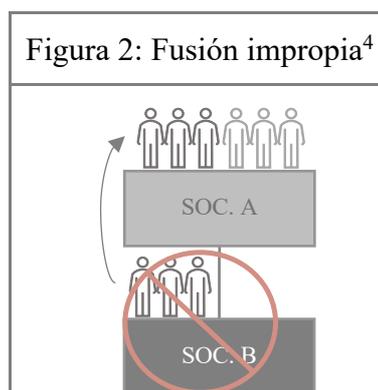
dependerá del tipo de canje, el cual representa la relación entre el valor original –también llamado valor real– de tales acciones o participaciones –en el ejemplo, el que tenían los socios respecto de la sociedad A y B, según corresponda– y el que recibirán de la sociedad resultante –en el ejemplo, la sociedad C.

2. *La fusión impropia o por absorción.* Consiste en la disolución sin liquidación de al menos una compañía, traspasando su patrimonio a otra preexistente que la adquiere a través de un aumento de capital.

Genera la unión de todos los socios –los de la sociedad disuelta y los de la preexistente– en la sociedad absorbente.

Nótese como en la Figura 2 los socios de la sociedad B –absorbida– se reúnen con los de la sociedad A –absorbente–, disolviendo la primera de ellas.

De nuevo, el reparto de las acciones o participaciones de la sociedad A dependerá del tipo de canje pactado entre las partes en la operación.



2.2. La adquisición

Consiste en la compra –total o parcial– de una o más compañías por parte de otra u otras, permitiendo el control de las primeras por parte de las segundas sin necesidad de confundir sus patrimonios. Es comúnmente confundida con la fusión impropia o por absorción, pero, a diferencia de ella, no se produce aquí ninguna disolución ni transmisión en bloque del activo de la sociedad adquirida, sino que la empresa adquirente compra parte o todo el capital social –las acciones o participaciones– de la sociedad adquirida, pudiendo así ejercer control sobre ella.

De nuevo, esta operación excede el ámbito comprendido en las modificaciones estatutarias, y, por su magnitud, naturaleza y consecuencias, se encuentra regulada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁴ Fuente: elaboración propia.

2.3. Tipos de fusiones y adquisiciones

Habiendo expuesto las distintas modalidades de fusión, es preciso señalar que, en función del sector o industria en que se encuentren las empresas involucradas –esta vez, tanto en una operación de fusión como de adquisición–, pueden ser del tipo siguiente:

1. *Horizontal*⁵. Son aquellas que se dan entre compañías de un mismo sector que se ubican en un mismo nivel de actividad económica y comercial y pretenden, bien un aumento en los ingresos, bien una reducción en los costes. En el primero de los casos se conseguirá mediante la creación de un nuevo producto y, en el segundo, a través de las economías de escalas⁶.
2. *Vertical*⁷. Son aquellas que se dan entre compañías del mismo sector, pero en distintas fases de producción, distribución o comercial. Es preciso distinguir entre:
 - *Integración vertical hacia adelante –entre empresa y su cliente*. Supone el control por parte de una compañía con grandes reservas de otra con capacidad de venta al por menor. Ello permite al adquirente tener mayor control de la siguiente fase de producción o de la distribución del producto, aproximándose más a sus clientes finales.
 - *Integración vertical hacia atrás –entre empresa y su proveedor*. Supone el control de una empresa ubicada en la etapa precedente de producción, permitiendo al principal la reserva de las materias primas de su interés.

2.4. Motivos por los que llevar a cabo una fusión o adquisición

Una vez asentados los conceptos de fusión y adquisición, es preciso conocer los motivos económicos por los que este tipo de operaciones son tan llamativas para los agentes económicos. Las razones son múltiples, y dependerán del caso concreto, pero todas giran en torno al concepto de «sinergia», esto es, la creación de valor. Cabe advertir que su consecución no se reduce a la unión entre dos estructuras empresariales previamente independientes, sino que el «efecto sinérgico» exige que el valor de mercado de la empresa combinada sea mayor al de las sociedades independientemente consideradas⁸.

⁵ MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, J. «Fusiones y adquisiciones de empresas», 4ª ed. McGRAW-HILL, Madrid, 2005, pp. 7-11.

⁶ Supone la disminución del coste unitario frente a un aumento en el volumen de producción, logrando así un mayor beneficio por cada unidad adicional producida.

⁷ MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, J. *op. cit. supra* pp. 11-12.

⁸ Sobre la materia, y por extenso, véase MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, J. *op. cit. supra* pp. 3-7.

Operando este concepto como núcleo, debe estarse a sus distintas modalidades, pues serán éstas las que, en función de los intereses de las partes, las llevarán cuanto menos a plantearse la posibilidad de fusionarse o adquirir una empresa distinta a la propia⁹:

1. *La sinergia operativa.* Centra su atención en el recurso o función que, pudiendo ser compartido –presuponiendo así una integración de tipo horizontal–, genera un aumento de ingresos o una reducción de los costes.

Este tipo de fusiones o adquisiciones conlleva dos consecuencias correlativas: en primer lugar, una mayor concentración del sector, siendo las empresas más grandes las que controlan el mercado en cuestión; y, en segundo lugar, una menor intervención de otras compañías por el impacto causado por las anteriores, siendo además mayores las barreras de entrada impuestas. Es esta posible reducción de la competencia –y la eventual situación de oligopolio generada– la que tratan de evitar las autoridades de competencia al evaluar las concentraciones que se proponen, primando la competitividad sobre los posibles aumentos desmedidos de poder sobre el mercado.

2. *La sinergia estratégica.* Centra su atención en las oportunidades de crecimiento y desarrollo. Tiene alcances muy distintos, abarcando desde el cambio del equipo directivo de la empresa adquirida hasta la unión de recursos para una mejor gestión productiva o de distribución.

Puede responder a oportunidades de internacionalización o presencia en un mercado concreto, e incluso a la puesta en común de conocimientos o prácticas desconocidas.

3. *La sinergia financiera.* Centra su atención en las ventajas fiscales y en los beneficios generados. El primero de los casos se refiere al menor coste fiscal resultante de la integración, y el segundo a la reinversión de los fondos excedentes por parte de compañías a las que, no resultándoles rentable reinvertir sus beneficios en su propio negocio, los aprovechan para comprar otras empresas y crear así valor para los accionistas –siempre que tal inversión les resulte provechosa.

3. La definición del mercado relevante

La definición del mercado relevante es una condición previa al análisis de cualquier comportamiento restrictivo de la competencia –ya sea este real o meramente potencial. Para estudiar la posición del operador económico que presuntamente origina tales

⁹ MULTIPLICA G. «Qué es la sinergia empresarial y qué tipos existen», Multiplica Empresas, 2022. Disponible en: <https://www.grupomultiplica.es/que-es-la-sinergia-empresarial-y-que-tipos-existen/>

conductas es preciso haber delimitado con anterioridad el marco competitivo en el que opera, permitiendo así la eventual consideración de una posición dominante o el estudio de la concentración que se plantea llevar a cabo. No cabe evaluar el poder de mercado de una empresa sin una acotación precedente de su ámbito de actuación. El análisis requerido tomará como eje central el producto del que se derive la presión competitiva, y a partir de éste alcanzará otros elementos –entre ellos, el mercado geográfico– que permitan extraer conclusiones definitivas.

El epígrafe siguiente tratará la relación entre la definición mencionada y el control de las concentraciones, y será ulteriormente cuando, al analizar la Comunicación de la Comisión de 1997¹⁰, observaremos en detalle el método propuesto y seguido por la autoridad comunitaria para la delimitación del mercado objeto de estudio.

4. El mercado relevante en el control de las concentraciones

La definición de mercado de referencia opera como presupuesto necesario para la distinción entre aquellas empresas que, llevando a cabo una operación de concentración, deben someterse a un control previo por parte de las autoridades de competencia y aquellas otras que, pese a ser objeto del mismo tipo de procedimiento, pueden hacerlo sin consulta previa. Tal y como se ha ido insistiendo, esta actividad de supervisión se fundamenta en la protección de la competencia, evitando que la concentración impacte en el mercado distorsionándolo.

4.1. La obligatoriedad del control previo

No toda concentración está sujeta a aprobación, sino que dependerá de lo que se prevea en la legislación que resulte aplicable a las partes implicadas. Debemos distinguir en este punto entre el control de una concentración con dimensión nacional o comunitaria. En el primero de los casos en España aplicaremos la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –en adelante LDC– y en el segundo el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas –RCC en lo sucesivo.

Antes de abordar los criterios de distinción que establecen ambas normativas, resulta preciso conocer el objeto sobre el que se construyen: la concentración económica. Ambas normativas, nacional y comunitaria, la entienden –arts. 7.1 LDC y 3.1 RCC respectivamente– como el cambio estable o duradero del control, fruto de una (1) fusión, (2) adquisición o (3) creación de una empresa en participación. Si bien es cierto que la

¹⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

LDC enumera expresamente estos tres supuestos, el Reglamento solo hace alusión a los dos primeros, entendiendo el tercero –la empresa en participación– como una forma de adquisición –art. 3.4 RCC. Por ello, en la mayoría de los supuestos expresados en el presente análisis será considerada como tal.

La toma de control deberá traducirse en la potestad de ejercer una influencia decisiva mediante (1) derechos de propiedad o uso o (2) contratos o derechos que otorguen influencia decisiva en la composición, deliberación o decisión de los órganos empresariales –arts. 7.2 LDC y 3.2 RCC.

En el caso de que los sujetos intervinientes en la operación alcanzaran los valores facilitados en la Tabla 1 –mostrada a continuación–, deberán someter la operación al control de la autoridad competente, los artículos 9 LDC y 4 RCC establecen la obligación de las partes de notificar –a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) si la concentración tiene dimensión nacional; a la Comisión Europea (Comisión, en adelante) si tiene dimensión comunitaria– de forma conjunta en el caso de que se tratara de una fusión o empresa en participación. La notificación deberá ser individual –por parte de la empresa adquirente– si se refiere a una adquisición. En todo caso, deberá ser previa a la ejecución del acuerdo que alcancen las partes, pero sometido a una condición suspensiva que suspenderá la eficacia de la operación hasta su eventual aprobación por parte de la autoridad competente.

Como se ha avanzado con anterioridad, el ámbito de aplicación de la norma queda delimitado por los artículos 8 LDC y 1 RCC, que establecen unos valores que, de alcanzarse, obligarán a las partes a notificar con arreglo a lo dispuesto y poner así en marcha todo el procedimiento de control. dada la complejidad que caracteriza la redacción de las disposiciones ya señaladas, se ha optado por poner a disposición del lector la tabla siguiente ¹¹, que marca el límite cuyo exceso impone a las partes la obligación de notificar la concentración que se pretenda a la autoridad competente, sometiendo a su criterio la autorización de aquella:

¹¹ Para obtener información más detallada al respecto, véase los artículos señalados en el párrafo anterior.

Tabla 1: Ámbito de aplicación de la norma¹²

Dimensión nacional	Dimensión comunitaria
<p>Concentraciones económicas en las que:</p> <p>a) Se adquiriera o incremente cuota \geq 30% del mercado relevante del producto/servicio en ámbito nacional o en mercado geográfico dentro del mismo.</p> <p>Excepción \rightarrow si volumen de negocios en España de la sociedad o activos adquiridos no $>$ 10 M€ en el último ejercicio, no teniendo las partes una cuota individual o conjunta \geq 50% en cualquier mercado afectado –ámbito nacional o geográfico definido dentro de éste.</p> <p>b) El volumen de negocios conjunto de las partes $>$ 240 M€ en el último ejercicio contable, si al menos 2 de los partícipes tiene un volumen de negocios $>$ 60 M€.</p>	<p>Concentraciones económicas en las que:</p> <p>a) A <u>escala mundial</u> \rightarrow volumen de negocios conjunto de las partes $>$ 5.000 M€; y</p> <p>A <u>escala comunitaria</u> \rightarrow volumen de negocios de al menos 2 de los partícipes $>$ 250 M€.</p> <p>Excepción \rightarrow si cada empresa realiza $+ 2/3$ de su volumen en un mismo Estado miembro.</p> <p>b) A <u>escala mundial</u> \rightarrow volumen de negocios total $>$ 2.500 M€.</p> <p>En al menos 3 Estados miembros:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Volumen de negocios total $>$ 100 M€ en cada Estado. - Volumen de negocios realizado por al menos 2 empresas $>$ 25M€ en cada Estado. - Volumen de negocios por realizado por al menos 2 empresas a escala comunitaria $>$ 100 M€. <p>Excepción \rightarrow si cada empresa realiza $+ 2/3$ de su volumen en un mismo Estado miembro.</p>

4.2. El procedimiento de control

Los procedimientos que se sustancian en la CNMC y en la Comisión son bastante similares. No siendo su análisis el objeto principal de este estudio, se expondrán de forma breve.

4.2.1. El procedimiento ante la CNMC

En caso de que la concentración tenga dimensión nacional y cumpla con los requisitos establecidos en la Tabla 1, las partes deberán notificar a la autoridad la

¹² Fuente: elaboración propia.

operación, facilitándole la información necesaria para su análisis y valoración. A continuación, se iniciará la primera fase, cuya duración se prolongará como máximo un mes –art. 36.2, a) LDC– y en la que el Consejo de la CNMC podrá –art. 57.2 LDC– (1) autorizar la operación, (2) condicionarla al cumplimiento de ciertos compromisos, (3) iniciar la segunda fase por entender que es susceptible de obstaculizar la competencia, (4) solicitar a la Comisión Europea que la examine¹³ o (5) archivar las actuaciones.

El objeto de la segunda fase es analizar más profundamente la operación. Para su resolución el Consejo cuenta con un periodo adicional máximo de dos meses –art. 36.2, b) LDC–, debiendo expresar en ella –art. 58.4 LDC– si (1) autoriza la concentración, (2) la prohíbe, (3) la subordina al cumplimiento de ciertas condiciones o (4) archiva las actuaciones.

De no cumplir la CNMC con los plazos establecidos para la resolución de ambas fases, el artículo 38.2 y .3 LDC atribuye –salvo excepciones– efectos positivos al silencio, dando así la concentración por autorizada.

4.2.2. El procedimiento ante la Comisión

En caso de que la concentración tenga dimensión comunitaria y cumpla con los requisitos establecidos en la Tabla 1, las partes deberán, igual que en el caso anterior, notificar y aportar la documentación necesaria a la autoridad competente, en este caso la Comisión.

Cumplida la obligación de notificar de las partes, el órgano dispondrá de un plazo de veinticinco días laborables –art. 10.1 RCC– para determinar –art. 6.1 RCC– si la operación entra o no dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. En el primero de los casos, se generarán dos escenarios posibles: (1) que la Comisión estime que la operación no es incompatible con el mercado común o (2) que crea que hay dudas sobre su compatibilidad, incoando así la apertura de un procedimiento de control de la concentración.

Cabe tener en cuenta que el plazo mencionado podrá ser ampliado por varias causas, entre las cuales se encuentra –en el art. 10.1, 2º RCC– la presentación de una solicitud por parte de un Estado miembro para que el asunto se remita –total o parcialmente– a sus autoridades –supuesto contemplado en el art. 9.2 RCC¹⁴.

¹³ Supuesto previsto en el art. 22 RCC, al que se remite la letra d) del artículo 57.2 LDC. Se dará en los casos en los que la concentración no tenga dimensión comunitaria, pero el Consejo de la CNMC entienda que puede afectar significativamente al comercio europeo y a su competencia. Para más información, véase el epígrafe 4.2.3 del presente escrito.

¹⁴ Supuesto más desarrollado en el epígrafe 4.2.3 del presente escrito.

Cabe advertir que, de no cumplir la Comisión con el plazo general de veinticinco días, o con el que eventualmente se prevea para supuestos especiales, el artículo 10.6 RCC presupone –salvo excepciones– el sentido positivo del silencio, entendiendo que tal concentración se considera compatible con el mercado común.

4.2.3. *Remisión de las concentraciones*

Las normas de remisión de las concentraciones tienen, como principal objetivo, proteger los intereses en materia de competencia de los Estados miembros. Son de carácter bidireccional, pudiendo operar tanto en un sentido –de Estado miembro a la Comisión– como en el otro –de la Comisión a un Estado miembro.

Las disposiciones sobre esta materia son, como no podría ser de otro modo, de carácter extracomunitario. Revisten especial importancia por cuanto son las que coordinan lo explicado con anterioridad, distribuyendo el conocimiento de las distintas operaciones según la dimensión del riesgo que se cause al mercado del que formen parte.

El Reglamento distingue entre varios supuestos y así los distribuye a lo largo de su articulado. A tales efectos, cabe tener en cuenta los siguientes:

- El artículo 4.4 RCC, que hace referencia a aquellos casos en los que, antes de presentar la correspondiente notificación, el interesado informe a la Comisión de que su operación puede afectar significativamente a la competencia de un mercado, definido e integrado únicamente marco de un Estado miembro. En el caso de que la Comisión considere que el asunto debe ser remitido a las autoridades de competencia del Estado de que se trate, deberá ser a éstas a quien el interesado les presente finalmente la notificación.
- El artículo 4.5 RCC, que alude a los casos en los que, no alcanzando los varemos establecidos en la Tabla 1, la concentración sea susceptible de ser estudiada por al menos la normativa interna de tres Estados miembros distintos. Serán aquí los obligados a notificar los que, antes de hacerlo a alguna de las autoridades internas correspondientes, pueden informar a la Comisión sobre los motivos por los que entiendan que es ella la que debe conocer de la operación. En este caso, los Estados afectados podrán mostrar su desacuerdo con tal pretensión por considerar la competencia como propia.
- El artículo 9.2 RCC, que se refiere al supuesto en el que la Comisión reciba la notificación por parte del interesado y entienda que bien debe ser un determinado Estado miembro quien conozca del asunto o bien sea ese mismo Estado quien solicite a la Comisión ser él quien lo resuelva.

En ambos casos, deberán cumplirse alternativamente los siguientes requisitos:

- a) Que la concentración (1) amenace con afectar significativamente a la competencia en un determinado mercado, y (2) que dicho mercado se encuentre dentro del Estado miembro y presente «todas las características de un mercado definido» –art. 9.2, a) RCC.

El cumplimiento de lo dispuesto en el primero de los puntos –la afectación significativa a la competencia de un mercado– se refiere a la existencia de un riesgo real de que la concentración repercuta considerable y negativamente en la competencia, exigiendo un análisis más detallado del caso.

En el segundo de los casos –ser de ámbito estatal y tratarse de un mercado definido–, en tanto que lo que se busca es que sea el Estado miembro el que conozca de la operación, deberá probarse que el mercado referido es de dimensión nacional y no afecta, por lo tanto, a economías supranacionales.

- b) Que la concentración (1) afecte a la competencia de un determinado mercado, y (2) que dicho mercado se encuentre dentro del Estado miembro en cuestión, presentando «todas las características de un mercado definido» y no constituyendo «una parte sustancial del mercado común» –art. 9.2, b) RCC.

La necesidad de que se observe lo establecido en el primer punto es clara, pues únicamente deberá demostrarse que la operación puede afectar, *prima facie*, a la competencia de un determinado mercado.

En lo que respecta al segundo de los puntos, no solo deberá probarse la incidencia en un mercado propio del Estado en cuestión, sino también que éste no se integra de forma significativa al mercado común.

- El artículo 22 RCC, que se refiere a aquellos supuestos en los que los Estados miembros soliciten a la Comisión que sea ella la que conozca de concentraciones que, sin tener dimensión comunitaria, «afecte[n] al comercio entre Estados miembros y amenace[n] con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio» de quien presenta tal solicitud. Dicho de otro modo, se trata aquí de casos en los que, debiendo ser teóricamente un Estado miembro quien analice la operación de que se trate conforme a su normativa interna, éste entienda y pruebe frente a la Comisión que su posible impacto tendría carácter supranacional, por lo que afectaría al comercio entre Estados.

5. La Comunicación de la Comisión Europea de 1997

La Comunicación de la Comisión (97/C 372/03) –en adelante también «Comunicación» o «Com»– define el mercado de referencia remitiéndose al Reglamento

nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962¹⁵, y al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, conjugando dos puntos de vista: el del producto o servicio y el geográfico. El primero de ellos lo explica mediante la sustituibilidad del lado de la demanda y, partiendo de tal acotación, alcanza el segundo mediante un estudio de la homogeneidad de las condiciones de competencia.

5.1. La sustituibilidad de la demanda y la técnica del *SSNIP test*

La sustituibilidad de la demanda se analiza a través de la óptica del consumidor. De este modo, si un producto o servicio es sustituible por otro, ambos formarán parte del mismo mercado de referencia, debiendo ser tenidos en cuenta de forma conjunta a la hora de decidir sobre el impacto de la concentración. A título de ejemplo y dentro de nuestro ámbito nacional –pues la utilización del método es idéntica–, la CNMC distinguió en el informe y propuesta de resolución C/1073/19¹⁶ sobre la adquisición de JARDEN por parte de CARTAMUNDI entre el mercado de naipes y el de «otros juegos de cartas y/o de mesa». Pese a que las partes alegaron que «el juego de naipes es una alternativa más frente a otro tipo de juegos», como los de mesa, se estimó que ciertos juegos exigen el uso de naipes y no pueden ser estos sustituidos por otro tipo de cartas, produciéndose así una sustituibilidad limitada entre productos.

La Comunicación hace un gran uso, para la determinación de la sustituibilidad de la demanda, de la técnica del *SSNIP test*¹⁷. Consiste en la creación de un escenario en el que se provoca un hipotético incremento del precio –de entre un cinco y un diez por ciento– del producto objeto del análisis. Así, el mercado relevante alcanzará todos aquellos productos que el consumidor utilizaría para reemplazar el principal, no siendo consecuentemente rentable para su productor tal encarecimiento de valor.

El *SSNIP test* se construye sobre un monopolio hipotético, estudiando si el incremento no transitorio del precio del producto principal provoca que los consumidores acudan o no a otro en su sustitución. De este modo, si una compañía controla realmente el mercado relevante, tendrá la capacidad de aumentar sus precios sin que ello se traduzca

¹⁵ DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82(4) del Tratado de la Comunidad Económica Europea, actuales artículos 101 y 102(4) del TFUE, derogado por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE).

¹⁶ Informe y propuesta de resolución de la CNMC del expediente C/1073/19 CARTAMUNDI-JARDEN.

¹⁷ *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* o incremento pequeño pero significativo y no transitorio del precio.

en el reemplazo de los consumidores por falta de suplencia de la oferta resultante del monopolio.

Como podrá deducirse, no todo incremento del precio de un producto implica unos mayores beneficios para la empresa productora. Ante tal alteración deberá tenerse en cuenta la confluencia entre la ganancia de la venta del producto –que tras el incremento será mayor– y la cantidad de producto demandada –que variará en función de su sustituibilidad. A este estudio se le denomina análisis de la pérdida crítica. Si se trata de recoger una ecuación que resuma el escenario planteado, deberá tenerse en cuenta, por un lado, el beneficio por producto –que vendrá dado por la diferencia entre su precio y su coste de adquisición o de producción– y, por otro, la cantidad demandada. Estas variantes deberán reflejarse en una doble temporalidad, esto es, antes y después del incremento, pues tal comparación es necesaria para analizar la rentabilidad del cambio. Poniendo todo lo mencionado en conjunto, la fórmula obtenida es la descrita en la siguiente tabla:

Tabla 2: Variabilidad del beneficio ante el incremento del precio¹⁸	
$\Delta B = (\text{precio}^2 - \text{coste}) \cdot \text{cantidad demandada}^2 - (\text{precio}^1 - \text{coste}) \cdot \text{cantidad demanda}^1$	
ΔB	Variación total del beneficio por producto
Precio ¹	Precio del producto previo al incremento
Precio ²	Precio del producto posterior al incremento
Coste	Coste de adquisición o fabricación del producto
Cantidad demandada ¹	Cantidad de producto demandada previa al incremento
Cantidad demandada ²	Cantidad de producto demandada posterior al incremento

Tomando como referencia al monopolista hipotético que, siguiendo con los presupuestos del *SSNIP test*, incrementa insustancial y persistentemente el precio de su producto, el aumento le sería rentable si la variación del beneficio, según la ecuación dada, fuera superior a cero. Tal resultado supondría, además de un gran poder de mercado, la única consideración del producto –respecto del comparado– en la delimitación del mercado relevante.

¹⁸ Fuente: elaboración propia. Sobre la materia, y por extenso, véase LIMA, J.R., «Aplicación de test de monopolista hipotético para definir mercado relevante», Ventana de Análisis Económico, 2016.

A fin de proporcionar al lector un ejemplo que permita entender mejor lo planteado, se hará uso del que hace servir la Comisión en su propio escrito –párrafo 18 Com. Plantea el supuesto de una concentración de embotelladores de refrescos en la que será preciso analizar si dos sabores distintos coexisten en un mismo mercado. Así, propone un incremento del precio en el sabor A de modo que, si ante esta situación los consumidores se dispusieran a cambiarse al sabor B haciendo que el aumento no fuera rentable, el mercado de referencia estaría compuesto, como mínimo, por ambos tipos –el proceso debería extenderse a otros distintos hasta alcanzar aquel con el que el incremento no derivaría en sustitución. Poniendo números a la situación planteada, podría decirse que, de venderse al público el sabor A por 5 euros y costar su producción 1,5 euros, si se incrementara su precio en un 5%, pasaría a venderse por 5,25 euros. Si suponemos que la cantidad demandada del producto antes de la alteración del precio ha sido de 10.000 unidades, planteando un escenario en el que tal variación fuera rentable –siendo idéntica la cantidad demandada–, la fórmula antes presentada quedaría del siguiente modo:

$$\Delta B = (5,25 - 1,5) \cdot 10.000 - (5 - 1,5) \cdot 10.000 = 2.500$$

Nótese que, pese a cambiar el precio del producto –de 5 a 5,25 euros–, la cantidad demandada y el propio coste del producto se ha mantenido igual, siendo el resultado obtenido de la ecuación superior cero. Al ser la variación del precio rentable para la empresa y reflejarse así en sus beneficios, cabe concluir que el sabor B no debería incluirse en el mercado de referencia por no ser sustitutivo del sabor A. Ante el ligero pero no transitorio aumento del precio del producto principal, los consumidores no han optado por acudir, en su reemplazo, al sabor B. Consecuentemente, el sabor B no entra dentro de la esfera del mercado de referencia tomado en consideración en el análisis de la concentración.

No obstante, si se plantea un escenario en el que, ante una alteración de precios idéntica a la del supuesto anterior, la cantidad demandada disminuyera, la fórmula antes presentada quedaría del siguiente modo:

$$\Delta B = (5,25 - 1,5) \cdot 9.000 - (5 - 1,5) \cdot 10.000 = -1.250$$

Es preciso advertir que, bajo este escenario, ya no es rentable para el comercializador del sabor A el aumento de su precio, debiendo considerar al sabor B –en el caso de que los consumidores hubieran acudido a él para reemplazar al principal– sustituto y, por lo tanto, integrante del mercado relevante tenido en cuenta para el estudio de la concentración.

5.2. La sustituibilidad de la oferta

La sustituibilidad de la oferta se refiere a la posibilidad de los proveedores de fabricar, sin costes adicionales considerables, los productos relevantes. Se aplicará en aquellos casos en los que pueda tener efectos equivalentes a los que resulten de la aplicación de la sustituibilidad de la demanda, y en los que el producto en cuestión admita distintas modalidades o variaciones según su calidad. Siguiendo con el ejemplo de la adquisición de JARDEN por parte de CARTAMUNDI, se estimó un alto nivel de sustituibilidad de la oferta, por cuanto el tipo de instalación necesaria para la producción de naipes y otros tipos de cartas no difiere especialmente, pudiendo así modificar la producción «sin incurrir coste significativo ni en términos económicos ni de tiempo»¹⁹.

De darse una sustituibilidad del producto de la oferta y la demanda, ambas deberán tenerse en cuenta para la delimitación del mercado relevante.

5.3. El procedimiento para definir el mercado de referencia

La definición del mercado de referencia sirve de instrumento para poder averiguar si la operación que se presenta puede ser problemática en materia de competencia. Por ello, su fin no es tanto lograr la delimitación perfecta del mercado que se trate, como resolver la cuestión planteada por las partes. Esta precisión es importante, pues habrá situaciones en las que, por su accesoriadad, se desconozca la integridad el mercado. Podría ocurrir en aquellos casos en los que la inclusión de un determinado producto dentro del mercado relevante ampliara sus límites de modo que la operación pretendida no pudiera afectar significativamente a la competencia que lo integra. Carecería aquí de sentido persistir en el análisis de otra posible situación de sustituibilidad ni habría ningún interés en conocer el perímetro exacto del mercado planteado.

Las fases para la definición del mercado relevante son cuatro: el estudio del mercado del producto, la delimitación del mercado geográfico, la integración del mercado en la Comunidad y la reunión de elementos de prueba.

5.3.1. El mercado de producto

Es probablemente el elemento más controvertido de los presentados, pues sirve como base para los análisis posteriores. En este punto, la Comisión debe determinar el producto comercializado por las partes implicadas en la operación. Admite la propia Comunicación que los elementos empleados al efecto –que se explicarán con

¹⁹ Resolución citada *supra* en nota a pie número 16, párrafo 42.

posterioridad– juegan en pie de igualdad, no existiendo entre ellos relación de jerarquía alguna y siendo empleados según las características de la operación.

El método utilizado es de carácter deductivo, barajando la información inicialmente presentada y dibujando mercados alternativos con los que se pueda estudiar la posible sustituibilidad de productos. Consiste en un camino que parte de lo abstracto en dirección a lo concreto, no llegando a alcanzarlo si en su transcurso tropieza con evidencias que permitan a los interesados concluir su operación, en cuyo caso, como se ha comentado, la precisión inicialmente pretendida devendrá innecesaria.

Habiendo delimitado el ámbito de estudio mediante información de carácter general, deberá analizarse si los productos incluidos en este primer estadio son sustitutivos entre sí. Para ello, la comparación de las características y las funciones de los propios productos resultaría insuficiente, pues es frecuente que los clientes basen sus decisiones en elementos distintos a los presentados a la hora de elegir entre productos. Insistiendo en ese conocimiento real y objetivo de la situación, la Comisión hace uso de los siguientes métodos:

- Los «elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente» –párrafo 38 Com. Es posible que tiempo atrás se haya producido algún escenario en el que, por elementos o cambios del mercado, se haya puesto a prueba la sustituibilidad entre los que constituyen el objeto de nuestro análisis. Por ello, en el caso de que la historia ofreciera la posibilidad de observar el comportamiento de los consumidores, evitando la creación de escenarios hipotéticos –como hace el *SSNIP-test*–, deberá ser tenido altamente en cuenta. Es importante, en este punto, que la variación de precios experimentada no venga acompañada de una alteración en el resto de las condiciones, pues, de ser así, los resultados obtenidos del estudio no serían útiles para alcanzar el fin pretendido.

La sustituibilidad de productos podría ser también comprobada por la introducción pasada de nuevos productos en el mercado, provocando una disminución en las ventas del protagonista.

- La existencia de «ensayos cuantitativos específicamente concebidos para delimitar los mercados» –párrafo 39 Com. Se trata de informes económicos que estudian factores como la elasticidad de la demanda²⁰ o la evolución de los precios.
- Las «opiniones de clientes y competidores» –párrafo 40 Com. Es habitual que la Comisión muestre interés por la opinión de los más cercanos a las partes, esto es, sus consumidores y competidores. Aprovecha tal circunstancia para pedirles

²⁰ Expresa el grado de afectación de la demanda como consecuencia de la variación del precio del producto, mostrando las tendencias de los consumidores.

información, averiguar su valoración sobre los límites del mercado e interrogar a los clientes sobre sus posibles reacciones ante un ligero aumento del precio del producto.

A tales efectos, cabe destacar que Sudáfrica coloca este método en el eje central de sus análisis, distanciándose de los restantes –mencionados y por mencionar– al usarlos únicamente de forma complementaria. Considera a éste un método empírico que, en varios, es más exacto y representativo que otros que toman como referencia lo presentado por las partes²¹.

- Las «preferencias de los consumidores» –párrafo 41 Com. Para conocerlas con exactitud, la Comisión hace uso de los estudios de mercadotecnia²² realizados por los propios interesados y sus competidores, obteniendo información detallada sobre los consumidores y sus hábitos y actitudes. Estos documentos se caracterizan por haber sido adoptados sin miras de llevar a cabo la operación ahora pretendida, por lo que se entiende que cuenta con una imparcialidad considerable.
- Los «obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos» –párrafo 42 Com. No existe una lista íntegra sobre tales «obstáculos y costes», pero la Comisión sí que ofrece algunos ejemplos con los que ya ha tratado en el pasado: la intervención estatal, la exigencia de inversiones específicas o disminución de producción para la utilización de productos alternativos, la ubicación de los consumidores, etc.
- Las «diferentes categorías de clientes y discriminación de precios» –párrafo 43 Com. La categorización de los clientes supone la adecuación, por parte de la empresa, del producto y sus técnicas de venta respecto del tipo de cliente que se trate. Si ello confluye con una discriminación de precios –graduando el precio en función del tipo de cliente considerado–, sería más que posible que el mercado quedara reducido y diferenciado. La distinción entre precios, pese a ser una práctica generalmente prohibida, se permite en aquellos casos que es considerada «positiva» y responde a la distinta categorización de los clientes. Así, es posible que el precio de un producto varíe según las características de aquél que pretenda su adquisición, por ser éste de temprana edad, pensionista, estudiante, etc.

Tal distinción puede ser comprobada en la Resolución de la Comisión del Caso IV/M.1013, cuyas partes son SHELL UK y GULF OIL²³. En el análisis de producto

²¹ COMPETITION COMMITTEE OECD, «Policy Roundtables: Market Definition», 2012, pp. 377-384.

²² Estudios utilizados por las empresas para fijar los precios de sus productos o comercializarlos de un modo concreto.

²³ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Case N° IV/M.1013 - Shell UK/Gulf Oil (Great Britain), 1997.

distingue entre las ventas de carburante al por menor y al por mayor, formando parte del primero de los grupos las que van dirigidos a gasolineras y englobando el segundo los restantes. Se entiende que éstas suelen demandar pequeñas cantidades de producto mediante un pago inmediato, mientras que los mayoristas tienden a comprar «camiones completos».

En el año 2020 la Comisión resolvió un procedimiento –Caso M.9559– cuya definición del mercado de producto puede ayudar al lector a entender mejor la dinámica del concepto en su conjunto. Por una parte, tenemos a dos grandes empresas –TELEFÓNICA y PROSEGUR– cuya pretensión se basa en la adquisición, por mitades indivisas, de una tercera –PROSEGUR ESPAÑA. Pese a que TELEFÓNICA se presenta como un operador global de telecomunicaciones y proveedor de redes móviles, aquí deberemos tenerlo en consideración su comercialización de «Vivo Smart Security» a través de una de sus filiales.

El primer paso dado por la Comisión consiste en la fijación del tipo de actividad que es común a las partes y que, por lo tanto, delimitará la investigación posterior. Concurriendo identidad de objeto por parte de TELEFÓNICA Y PROSEGUR ESPAÑA –pues su ámbito se ciñe al ofrecimiento de servicios de alarma– PROSEGUR cuenta con servicios adicionales al presentado relativos a la seguridad –ofrece servicios integrales que combinan la vigilancia personal y las capacidades tecnológicas– y servicios de efectivo –se incluyen aquí los externalizados a grupos como joyerías, entidades financieras, bancos centrales u organismos públicos.

Las partes notificantes de la operación alegaron que el mercado de producto debía abarcar todos los sistemas de seguridad o, cuanto menos, todos los servicios de alarma, tomando en consideración en este último supuesto los dispositivos «Peace of Mind», cuya característica principal es «autoinstalación» y el «autocontrol» por parte del cliente mediante un dispositivo electrónico que únicamente es capaz de detectar movimiento. El interés de las partes por lograr que el mercado de producto que se estime sea el más amplio posible es evidente, por cuanto a mayor objeto de estudio, menor impacto parecerá que tiene su operación respecto de la competencia que lo integra. No es, por lo tanto, inusual que los notificantes aboguen por el mercado más extenso posible.

Viendo que únicamente PROSEGUR desarrollaba las actividades relacionadas con sistemas de seguridad y que el punto común entre todas las partes eran los servicios de alarma, la Comisión decidió acogerse a este segundo.

Dentro del ámbito de actuación fijado, las partes resaltaron dos aspectos a tener en cuenta: el primero, que la CNMC había considerado, en operaciones similares a la

presente y que afectaban al mercado interior, a los sistemas de alarma en su conjunto –incluyendo las actividades que ello comporta y constituyendo un único mercado; el segundo, que los sistemas «Peace of Mind» son, desde el punto de vista del consumidor, altamente sustituibles respecto de los demás sistemas de alarma. Entienden que cumplen con la misma función y que las únicas diferencias son la mayor intervención o control por parte del cliente, el precio del producto y la falta de asistencia técnica por parte del vendedor. También detectan sustituibilidad del lado de la oferta por cuanto el software y el hardware utilizados en el producto son muy similares a los necesarios para la supervisión profesional. Resolviendo este punto y adelantando al previamente presentado, la Comisión denegó la posibilidad de incluir estos sistemas dentro del marco señalado, pues tanto las características como la propia funcionalidad de los sistemas defendidos resultan de lo más divergentes respecto de los ya admitidos. Sí que es cierto que toma en consideración la respuesta facilitada por un encuestado, el cual admitió cierta presión competitiva en los sistemas de alarma por parte de los servicios «Peace of Mind». Sin embargo, la Comisión concluyó que, pese a ello, su denegación en el marco del presente estudio era rotunda.

En lo que respecta a la cuestión previamente omitida, la autoridad toma altamente en consideración la advertencia presentada por las partes respecto de lo anteriormente concluido por parte de la CNMC y entiende que los sistemas de alarma –producto objeto de la concentración– deben ser interpretados en su sentido más amplio. Resulta que la autoridad española ya concluyó, en un caso similar al aquí tratado, que los servicios de instalación y mantenimiento de alarmas se suelen vender junto con el de monitorización y respuesta. Consecuentemente, ambos debían tomarse en cuenta de forma conjunta²⁴. Teniendo esto en cuenta y volviendo al caso conocido por la Comisión, no cabe entender, en la zona geográfica mencionada, que el mercado de los sistemas de alarma únicamente incluya su instalación y mantenimiento, pues su comercialización está íntimamente relacionada con la de monitorización y respuesta. Finalmente, la Comisión concluyó –tal y como hizo la CNMC en su día– que debía añadir ambos aspectos dentro del mercado que, más tarde, decidiría sobre el futuro de la operación.

²⁴ Informe y propuesta de resolución de la CNMC del expediente C/0697/15 SECURITAS DIRECT - SEGUR CONTROL, párrafo 33.

5.3.2. *El mercado geográfico*

Esta fase se divide en tres grandes etapas:

1. La obtención de información relativa a dos aspectos: (a) el reparto de cuotas de mercado entre los solicitantes de la autorización de concentración y los demás competidores del mercado fijado en el punto anterior y (b) «la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria» –párrafo 28 Com. Ambos constituyen la «hipótesis de trabajo» sobre la que trabajará el siguiente de los puntos.
2. El análisis (a) de las razones que determinan los elementos puestos de manifiesto en el apartado anterior y (b) de las particularidades de la demanda en el caso específico objeto de análisis.

La relevancia de la letra (a) se debe a la importancia de conocer las causas más directas que explican los datos objetivos recabados. Es posible que la configuración de los precios y la cuota de mercado de las empresas estudiadas no generen la problemática que aquí se trata de evitar, como sería el caso en el que una compañía con cierta influencia deba su importancia con carácter exclusivo al buen nombre que tuvo en un pasado –por ejemplo, Polaroid.

El segundo de los aspectos analizados con la letra (b) se centra en el estudio de la demanda, evaluando la sustituibilidad entre empresas de diferentes zonas geográficas a fin de poder considerar los productos o servicios alternativos a los que ofrecen las empresas que realizan la solicitud de concentración. De nuevo, se simulará un aumento no transitorio del precio del producto de que se trate y se observará la conducta que experimentará el consumidor, que revelará –o no–, mediante la adquisición o contratación del producto o servicio a otra compañía distinta, la necesidad de incluir a esta última dentro del mercado geográfico susceptible de resultar afectado por la concentración objeto de análisis.

3. El análisis de la oferta se fundamenta en la certeza de que «las empresas localizadas en zonas distintas no encuentran obstáculos para realizar sus ventas en condiciones de competencia en todo el mercado geográfico» –párrafo 30 Com. Este estudio toma el área en que se encuentra la empresa principal y estudia su mercado, distinguiendo aspectos tales como las condiciones de acceso, el coste de establecimiento, la regulación de precios y los aspectos aduaneros.

En definitiva, versa sobre las dificultades que puede tener que afrontar una determinada compañía a la hora de competir con las empresas del área geográfica considerada, pudiendo obtener la Comisión una visión más precisa del mercado en su conjunto.

Los métodos usados por la Comisión a estos efectos son los que siguen:

- Los «elementos de prueba en el pasado de desvío de pedidos a otras zonas» –párrafo 45 Com. Se trata de circunstancias que, habiendo tenido lugar en el tiempo, revelan el comportamiento del consumidor ante un ligero aumento del precio entre las distintas zonas geográficas implicadas, pudiendo así obtener prueba de la sustituibilidad entre los productos objeto del análisis. Ello puede tener implicaciones directas sobre la definición del mercado relevante, por cuanto puede suponer, bien su aumento, bien su disminución. Deberá valorarse en este punto el efecto que puedan tener determinados elementos que, por la naturaleza de la situación, pueden desvirtuar el resultado del estudio, como por ejemplo los tipos de cambio o la fiscalidad.
- Las «características básicas de la demanda» –párrafo 46 Com. Es probable que, por la naturaleza o las preferencias inherentes a la demanda, ésta pueda condicionar el mercado geográfico del producto. Así, operarán como limitadores aspectos como la cultura o la preferencia nacional o local del producto.
- Las «opiniones de clientes y competidores» –párrafo 47 Com. Como ya se ha mencionado, no es inusual que la Comisión entre en contacto con los principales clientes y competidores de las partes cuya concentración se pretende, preguntándoles su opinión o solicitándoles información relativa a los límites, no solo del mercado del producto o servicio, sino también del geográfico.
- La «localización geográfica de las compras» –párrafo 48 Com. Este recurso es muy objetivo, altamente utilizado y enormemente revelador.
- Los «flujos comerciales y estructura de compra» –párrafo 49 Com. Rigen en defecto del anterior y se caracterizan por su falta de conclusión. Tratan de demostrar, mediante «estadísticas comerciales suficientemente detalladas», los movimientos comerciales de los productos aquí estudiados.
- Las «barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas» –párrafo 50 Com. Impide que un mercado pueda ser tomado como nacional cuando en realidad no lo es. Así, podría darse el caso de que, por obstáculos como los grandes costes de transporte o la propia naturaleza del producto o servicio, la localización geográfica de las compras o de su prestación sea más limitada de lo que aspira a ser y que, por lo tanto, el mercado geográfico sea realmente más amplio de lo que a primera vista podría parecer. Por ello, es importante analizar, antes de concluir lo contrario, que no existen barreras o costes asociados que impidan al cliente la compra de un producto en un mercado distinto del que finalmente lo abastece.

A título de ejemplo, se analizará la adquisición de WhatsApp por parte de Facebook²⁵. Si bien los productos ofrecidos son de carácter intangible, no son éstos el foco de la atención que se pretende que se muestre en torno a la definición del mercado geográfico. Su gran notoriedad y la relación que el lector podrá establecer más adelante entre el presente caso y el epígrafe 6.1 impide que pueda exponerse aquí otro distinto. Pues bien, la Comisión entendió que el mercado geográfico abarcaba «todo el Espacio Económico Europeo, si no mundial». Los criterios que tuvo en cuenta para sostener tal afirmación son (1) la ausencia de barreras legales o técnicas –su apreciación podría restringir el uso o la comercialización del producto–, (2) la falta de diferencias en la calidad y el precio del producto y (3) la similitud de los hábitos de los usuarios en todo el mundo.

En las encuestas que se realizó a los consumidores, al preguntarles sobre la uniformidad a nivel mundial de este tipo de aplicaciones éstos declararon que tan solo hacía falta acceso a Internet para hacer uso de un producto que, con independencia del lugar en el que se ubique el usuario, será el mismo. No obstante, se estimó que la aplicación de WhatsApp tiene poco alcance en Asia y los Estados Unidos.

5.3.3. *La integración del mercado en la Comunidad*

Al abordar el análisis de supuestos de concentración empresarial y, en definitiva, operaciones que involucran a distintos países con sus respectivos mercados interiores, la Comisión no quiere dejar de lado la idea que se perseguía al establecer el mercado común: la integración. Al pretender evitar el aislamiento de mercados, tiene en cuenta, en este tipo de procesos, la supresión de obstáculos y barreras legislativas que tuvieron lugar en el pasado, influyendo tal circunstancia en la evaluación de los precios y cuotas de mercado de las empresas implicadas.

5.3.4. *La reunión de los elementos de prueba*

Procederá en aquellos supuestos en que se estime conveniente una definición precisa del mercado. Con este fin, se recurre a diversas fuentes de información a fin de delimitar con mayor rigor cualquiera de los puntos mencionados con anterioridad –en especial, el mercado del producto o servicio y el geográfico.

La Comisión contacta con los clientes y empresas del sector más relevantes, obteniendo así una perspectiva tridimensional –la de los notificantes, la de sus clientes y la de los propios competidores– sobre los límites del mercado, alcanzando una resolución objetiva y lo más próxima posible a la realidad. Es asimismo frecuente la puesta en

²⁵ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Case N° COMP/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 2014.

contacto con asociaciones profesionales o compañías que, estando ubicadas en una fase de producción anterior a la estudiada, puedan aportar a la autoridad información pertinente. Los datos pueden obtenerse de dos formas: bien planteando al sujeto cuestiones sobre las que se tenga interés –por ejemplo, sobre su posible reacción ante un ligero incremento del precio–, bien solicitándole directamente la entrega de documentación.

En definitiva, se pretende que la Comisión tenga todos los elementos necesarios para poder resolver sobre cualquier tipo de operación que se le requiera, permitiendo su efectiva documentación del modo que aquélla estime conveniente y pudiendo incluso visitar los establecimientos de las partes, clientes o competidores a fin de entender mejor el modelo de negocio.

El último de los pasos a realizar toma como referencia el mercado geográfico y el del producto o servicio fijados con anterioridad, y trata de calcular, mediante esta información, las cuotas de mercado de cada una de las partes afectadas por la operación de concentración. Para ello, la Comisión muestra interés en el volumen de ventas de cada empresa. Si bien es cierto que tanto el tamaño del mercado como las cuotas de los operadores económicos pueden obtenerse mediante fuentes internas y propias de aquél, cabe recordar la persistencia de la autoridad, presente en todo el proceso, de abstraerse de la subjetividad y buscar diligentemente información de carácter imparcial. En consecuencia, habrá ocasiones en las que no le bastará lo dicho por el propio mercado y acudirá, irremediabilmente, a guías externas que le ofrezcan la objetividad que, en su caso, no pueda obtener desde dentro.

Tras establecer los elementos que utiliza la Comisión desde hace ya 25 años para analizar el mercado tanto geográfico como de productos y servicios a efectos de contrastar el efecto que vaya a producir una determinada concentración empresarial, abordaremos a continuación algunas de las cuestiones que apunta la Comisión que son objeto de valoración en el análisis de la realidad del mercado a la luz de la experiencia acumulada en estos años y de la transformación experimentada a través de los cambios en las pautas de comportamiento tanto de los consumidores y usuarios como de los operadores económicos.

6. La revisión de la Comunicación

En los últimos años el mercado ha experimentado cambios extraordinarios –tanto en estructura como en contenido–, trayendo consigo grandes divergencias legislativas –o cuanto menos interpretativas. No es de extrañar por ello que, ante factores como la digitalización o la innovación, la Comisión sienta la necesidad de actualizar la

Comunicación que emitió en 1997 y cuyas bases se asentaron, como no pudo ser de otro modo, sobre la realidad del momento. Han sido varios los criterios utilizados por parte de los Estados al tratar de responder a estos cambios y, queriendo tener todas las perspectivas en cuenta a fin de unificarlas, la Comisión encargó a un equipo de expertos²⁶ la redacción de un estudio²⁷ que recogiera los distintos posicionamientos adoptados, tanto por parte de los países que se encuentran dentro del Espacio Económico Europeo –los integrantes de la Unión Europea además de Noruega, Islandia y Liechtenstein– como de otros respecto de los cuales, por su trascendencia, se consideró conveniente incluir –es el caso de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia, Corea del Sur, Sudáfrica y Japón. Como se ha comentado, el encargo se fundamenta en la posterior utilización del estudio como base a la nueva redacción de criterios, que se publicará entre el año 2022 y 2023. Reviste especial importancia todo lo contenido en él, pues refleja la problemática derivada de la aplicación de las técnicas desarrolladas en la Comunicación de 1997 en un escenario manifiestamente distinto de aquél en el que se plantearon.

Las cuestiones presentadas por los expertos y, por lo tanto, protagonistas de su estudio, son cuatro: la digitalización, la innovación, la definición del mercado geográfico y las técnicas cuantitativas. Las desarrollaremos a continuación respetando el orden anunciado²⁸.

6.1. La digitalización

En este punto se analiza la definición del mercado relevante en espacios que surgen como consecuencia de la digitalización. Se estudian las técnicas de definición en (1) los mercados multifacéticos, (2) los ecosistemas digitales, (3) el acceso a datos y (4) el comercio electrónico. En su desarrollo quedan adjuntas posturas de la doctrina y de las jurisdicciones participantes, así como la argumentación defendida por las autoridades nacionales en sus resoluciones.

6.1.1. La definición del mercado relevante para mercados multifacéticos

Antes de abordar la problemática que los mercados multifacéticos traen consigo, es preciso explicar de qué se tratan. Se caracterizan por involucrar a distintos grupos de usuarios y hacer que dependan los unos de los otros. Si bien es cierto que el término

²⁶ Valdani Vicari & Associati, LE Europe, WIK-Consult, WIFO y Grimaldi Studio Legale.

²⁷ VVA, LE Europe, WIK-Consult, WIFO y GRIMALDI. «Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021.

²⁸ En extenso, y sobre cada uno de los asuntos mencionados, véase VVA, LE Europe, WIK-Consult, WIFO y GRIMALDI, *op. cit.* pp. 38-109, 110-134, 135-171, 172-202, respectivamente.

«multifacético» permite que estos grupos sean más de dos, la comprensión del concepto es mayor cuando se expresa la dualidad y se toma como referencia un mercado de dos caras. En éstos existe una duplicidad de agentes cuya interacción es posible gracias a una plataforma o a un intermediario y hay una vinculación entre sus decisiones, de modo que lo que disponga un conjunto afecte a los restantes. Este tipo de mercados puede encontrarse dentro del mundo digital, pero también fuera. A título de ejemplo –válido en ambos escenarios–, el mercado de las publicaciones de periódicos queda conformado por dos caras distintas: la de los anunciantes y la de los lectores, operando el propio periódico como intermediario.

Como se ha mencionado, las acciones de unos repercuten en los otros, y es en el centro de la interdependencia donde se generan los efectos de red ocasionados, los cuales pueden ser directos o indirectos en función del tipo de relación entre agentes. Los efectos directos –también conocidos como efectos de red dentro del grupo– se dan cuando el valor de un producto o servicio fluctúa con la variación del número de usuarios. Este efecto es protagonista en WhatsApp, y es que el valor de la plataforma oscila según la cantidad de cibernautas que hagan uso de él: cuantas más personas se unan a ella, mayor valor adquirirá para el resto. Nótese que no hay aquí distinción alguna entre los agentes beneficiados, pues el provecho obtenido es unánime. Sí que se produce esta diferenciación en los efectos indirectos –también conocidos como efectos de red entre grupos–, los cuales ocurren cuando la plataforma o el intermediario dependen de la interacción entre distintos grupos de usuarios cuyas características impiden que sean considerados homogéneos –por ejemplo, compradores y vendedores. En este caso, el aumento cuantitativo por parte de un colectivo genera mayor valor para el otro, pero no para el propio. Tómese de ejemplo la aplicación BlaBlaCar, la cual está integrada por dos clases de usuarios: los conductores y los pasajeros. Los primeros ofrecen a los segundos que se unan a sus trayectos –según el interés que éstos tengan en dirigirse al mismo destino– a cambio de una contraprestación monetaria, pudiendo ambos viajar por un coste menor al que deberían afrontar de hacerlo por su cuenta. Pues bien, a mayor número de conductores, más valor se genera para los pasajeros –pues contarán con una variedad de destinos superior e incluso podrían disminuir los precios del viaje establecidos por la relación entre la propia oferta y demanda; y a mayor número de pasajeros, más valor se genera para los conductores –pues las probabilidades de encontrar un acompañante cuyo destino sea similar al propio aumentan y tal situación podría incluso alterar el precio previamente establecido.

La problemática desencadenada por la presencia de este tipo mercados surge al intentar definirlos, pues parte de la doctrina cree que deberían incluirse las distintas caras

del mercado en el análisis planteado. Sin embargo, hay opiniones que consideran lo contrario, esto es, que deberían analizarse por separado. A tales efectos, Lapo Filistrucchi²⁹ hace una distinción entre las plataformas transaccionales –o comerciales– y las no transacciones –o publicitarias–, y argumenta que las primeras deben definir un mercado único, mientras que las segundas han de delimitar los mercados y analizar tantos como lados tenga su plataforma³⁰. Explica en una nota³¹ enviada a la OCDE³² que en un mercado o plataforma transaccional de carácter bilateral –de dos caras– se generan dos productos distintos –uno para cada lado–, pero totalmente dependientes entre sí, pues ninguno de ellos existiría sin el otro. Aquél que pertenezca a un grupo de usuarios solo puede consumir el producto o utilizar el servicio si el del otro grupo también lo hace –no hay compraventa sin comprador y vendedor. La interdependencia tan aguda entre estos productos o servicios, sostiene Filistrucchi, provoca que en el análisis del mercado relevante sean tomados como uno solo, y que por lo tanto el mercado, en el ámbito de las plataformas transaccionales, sea único. No obstante, otros autores critican esta postura por su inexactitud en el encuentro de posibles restricciones competitivas. De ser analizados ambos mercados por separado, los productos sustitutivos podrían diferir e incluso apreciarse disparidad de mercados geográficos.

En lo que respecta a las plataformas no transaccionales –también llamadas mercados publicitarios–, la doctrina suele ser unánime en la defensa de un análisis separado, entendiendo que los intermediarios –recupérese de nuevo la idea del periódico– no suelen permitir una transacción directa entre los anunciantes y los lectores. Sin embargo, vuelve a haber aquí disparidad de opiniones, no solo entre los autores expertos, sino también entre las autoridades nacionales. Países como Chequia entienden que los efectos indirectos que pueden generarse por los anunciantes no tienen por qué tenerse en cuenta a la hora de analizar el mercado relevante, pues la publicidad no proporciona valor añadido a la plataforma. De este modo, el número de anunciantes que pueda haber en ella es indiferente para los usuarios que la utilizan, debiendo estudiar el mercado tomando en consideración únicamente uno de sus lados. Sin embargo, países como Canadá admiten que la relación entre ambos lados de la plataforma es determinante para el análisis del mercado, pues los cambios que sufra uno afectan irremediablemente a la demanda del

²⁹ Profesor de economía en la Universidad de Tilburg y autor de «Rethinking the use of traditional Antitrust Methods», OCDE, 2018.

³⁰ VVA, LE Europe, WIK-Consult, WIFO y GRIMALDI. «Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021, p. 41.

³¹ FILISTRUCCHI L. «Market Definition in Multi-Sided Markets: Note by Dr Lapo Filistrucchi», Comité de Competencia de la OCDE, 2017.

³² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

otro. Por el contrario, Estados Unidos adopta una postura intermedia o, si se quiere, gradual. Su Tribunal Supremo considera que, si los efectos de red indirectos son débiles, los mercados bilaterales deben ser analizados de forma independiente, pero si son acentuados cabe hacer un estudio global, esto es, recogiendo todos los lados de la plataforma.

Si bien la delimitación del mercado es el primer paso en el análisis perseguido, y ya hemos visto que es del todo controvertida, no lo es menos la técnica utilizada para el estudio de la sustituibilidad del producto. Cabe recordar que el *SSNIP test* es la prueba determinante y comúnmente utilizada para cumplir con lo pretendido, pero la doctrina mayoritaria opina que no es apropiada para el escenario planteado por las plataformas multifacéticas. Carece de sentido hipotetizar sobre un aumento del precio de un producto o servicio si para un grupo de usuarios es gratuito.

Ignorando transitoriamente la cuestión del precio cero y pensando en los productos onerosos, parece haber unanimidad en la opinión de que el *SSNIP test* debe aplicarse a cada lado de la plataforma de forma independiente si, aumentando los precios en uno de los lados, se genera la necesidad de producir un ajuste en el otro. De no haber tal adecuación, el análisis de un solo lado es considerado suficiente, pues se entiende que la imagen que puede dar del mercado global es clara. Filistrucchi añade a esta consideración que la falta de atención a los efectos de retroalimentación –de los efectos indirectos generados entre grupos– puede dar lugar a la definición de mercados demasiado estrechos y que, por lo tanto, la aplicación unilateral del *SSNIP test* no puede preceder a la verificación de los parámetros mencionados³³. Las autoridades nacionales coinciden al afirmar que en la práctica no suelen aplicar esta técnica por considerarla inadecuada, y que se sirven de herramientas distintas para la evaluación de la sustituibilidad de la demanda.

Retomando la cuestión del precio y admitiendo que es uno de los elementos más característicos y problemáticos a la hora de analizar los mercados multifacéticos, debe tenerse en cuenta que su distribución puede ser elegida por el intermediario o propietario de la plataforma, pudiendo ser éste destinado a un único grupo de agentes y siendo para el otro totalmente gratuito. Este fenómeno constituye los mercados de precio cero y sucede en plataformas como YouTube, en las que los usuarios pueden operar sin coste, pero estando obligados a visualizar una serie de anuncios –o, al menos, parte de ellos. El ejemplo es aún más claro cuando la propia plataforma permite a los consumidores el abono de una suscripción para poder disfrutar del servicio sin anuncios que le

³³ FILISTRUCCHI L. «Market Definition in Multi-Sided Markets: Note by Dr Lapo Filistrucchi». Comité de Competencia de la OCDE, 2017, pp. 11-16.

interrumpan, convirtiendo así a los usuarios que no pagan por el producto en objeto de mercancía para los anunciantes³⁴. Existen además modelos comerciales basados en publicidad –como Google o Facebook– en los que los agentes «pagan» con sus datos, utilizándose estos para mejorar la oferta de los anuncios, monetizando así la información recabada y logrando una mayor adecuación entre lo ofertado por un grupo de usuarios y lo hipotéticamente deseado por el otro. Ello puede beneficiar aún más a la plataforma, pues con la cesión de sus datos los usuarios de oferta gratuita provocan que la participación de los usuarios de pago –los anunciantes– sea mucho más atractiva.

Si bien es cierto que los modelos de negocio de coste cero no son nada nuevo, su consideración y afluencia ha aumentado exponencialmente con la creación de las plataformas digitales, generando una mayor atención por parte de las autoridades a este tipo de fenómenos e incrementando así las dudas sobre su tratamiento. Como se ha comentado, los lados de las plataformas no transaccionales tienden a escindirse para su evaluación. Si la aplicación del *SSNIP test* en los mercados multifacéticos ya plantea serias dudas a algunos expertos, éstas se multiplican cuando se trata de mercados de coste cero, pues no puede aplicarse una técnica basada en un incremento del importe a satisfacer por el producto o servicio si éste no se da. Además, la interconexión entre ambos lados genera que la rentabilidad del aumento por parte de uno de los grupos dependa de las reacciones de los restantes.

Ante este escenario tan complejo, los autores han propuesto varias soluciones. La primera supone sustituir el *SSNIP test* por el *SSNDQ*³⁵ test, el cual diseña un escenario en el que se produce una disminución –pequeña, pero significativa– no transitoria en la calidad del producto, estudiando el nivel de degradación equivalente a un aumento de precios del cinco al diez por ciento por el que el monopolio hipotético seguiría siendo rentable. Dicho de otro modo, en vez de centrarse en el precio, como hace el *SSNIP test*, esta alternativa toma como referencia la calidad del producto, y trata de equipararla a los efectos comprendidos por la técnica que, al fin y al cabo, no puede utilizar directamente por faltarle el elemento central de su operación. Este método es altamente utilizado en Japón³⁶.

³⁴ The Social Dilemma [documental]. ORLOWSKI J., director. Estados Unidos: Argnet Pictures, Exposure Labs, The Space Program; 2020.

³⁵ *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality* o disminución pequeña pero significativa y no transitoria en la calidad.

³⁶ COMPETITION COMMITTEE OECD, «Policy Roundtables: Market Definition», 2012, pp. 259-261.

Otra posible solución se basa en el *SSNIC*³⁷ *test*, que centra el *SSNIP test* en dimensiones cuantificables como los costes de atención –el interés del usuario a los anuncios que se le presentan– o los costes de información –los datos personales facilitados. Así, en vez de elevar el precio del producto estudiado –tal y como hace la técnica de la que se parte–, aquí se aumentan otros elementos como la cantidad de los anuncios que le presentan al consumidor o el nivel de exigencia respecto de los datos que se pretenden obtener de él. Una vez producido el incremento, se analiza la relación entre las modificaciones planteadas y la conducta del usuario, viendo si éste altera su demanda y la dirige, como consecuencia de lo anterior, a competidores del principal.

Ambas soluciones –en especial la segunda– han sido bastante criticadas por los autores, pues se cree que exige adaptaciones altamente complejas y que su fiabilidad es considerablemente menor a la del *SSNIP test*. La alternativa debe dirigirse a pruebas cuantitativas y cualitativas, siendo algunas de sus materializaciones los estudios de mercado y los documentos internos de las empresas implicadas o de sus competidores. Pese a que éstas han sido históricamente utilizadas como herramientas complementarias en el análisis finalmente pretendido, su papel podría cambiar hasta convertirse en protagonista a la luz de la solidez de sus resultados.

6.1.2. *La definición del mercado relevante para ecosistemas digitales*

Los ecosistemas digitales son el resultado de la unión de varias empresas que crean una estructura específica a fin de alcanzar complementariedades únicas³⁸. Se trata de componentes tales como el software, hardware o incluso la interfaz que habilita la compatibilidad entre elementos. El investigador Georgios Petropoulos los define en su nota remitida a la OCDE³⁹ como «los recursos digitales que permiten interacciones eficientes entre productores, proveedores de contenido, desarrolladores, consumidores y otros usuarios que conducen a la creación de valor a partir del comercio» –*online* o no. La analogía entre esta figura y la típica y ampliamente conocida en el mundo de la biología es clara: ambos conceptos se refieren a conjuntos de especies o productos cuya relación beneficia al conjunto.

Regresando de nuevo al mundo digital, algunos autores distinguen entre los «ecosistemas de múltiples actores» –que consisten en la unión entre grupos de empresas

³⁷ *Small but Significant and Non-transitory Increase in Costs* o incremento pequeño pero significativo y no transitorio en los costes.

³⁸ JACOBIDES, MG., CENNAMO C., GAWER A. «Towards a theory of ecosystems». Wiley Online Library, 2018.

³⁹ PETROPOULOS G. «Competition Economics of Digital Ecosystems: Note by Georgios Petropoulos». Comité de Competencia de la OCDE, 2020, p. 2.

cuya colaboración persigue la creación de valor que no podrían alcanzar de forma independiente– y los ecosistemas multiproducto –que se refieren a la distinta tipología de bienes o servicios que ofrece una sola empresa (normalmente a través de divisiones). Un claro ejemplo de este último tipo es el ecosistema de Apple. Siendo sobresaliente en este aspecto, sus dispositivos conforman una «familia» que, compartiendo software, ofrecen un servicio mucho más eficiente del que podría obtenerse de un único dispositivo del grupo. Pese a que los productos no son dependientes entre sí, el sistema del ID de Apple permite al usuario interconectar todos los artículos de la marca, optimizando así el uso de todos ellos. Además, cuenta con un sistema propio para que la transmisión de archivos entre sus dispositivos sea mucho más rápida que la que se produce entre otros de distintas marcas. Si bien es cierto que ésta no es la única empresa tecnológica que cuenta con un ecosistema de este tipo, sí que es de las pocas que ha logrado alcanzar una compatibilidad y una eficiencia tan destacada y reconocida por los consumidores.

A su vez, dentro de los ecosistemas pueden encontrarse productos principales y secundarios, y normalmente vienen acompañados de una plataforma que intermedia entre los comerciantes y los consumidores para su entrega, constituyendo así mercados multifacéticos. De hecho, la OCDE entiende que los ecosistemas de múltiples actores son prácticamente inherentes a las plataformas digitales por la creación de valor originada en la posibilidad de que comunidades de actores participen en la plataforma.

La consecuencia inmediata de los ecosistemas es la introducción de las complementariedades, ocasionando así efectos de red y extendiendo exponencialmente el mercado. Preguntarse sobre los productos –e incluso los propios ecosistemas– que deberán ser incluidos u omitidos en la definición del mercado relevante es inevitable y, como puede intuirse, la respuesta no es sencilla. Sin embargo, parece haber cierto consenso en esta cuestión por parte de los expertos, quienes coinciden en recurrir, a fin de resolver la controversia planteada, a las características del modelo de negocio y al nivel de interoperabilidad –compatibilidad– entre los componentes de distintos ecosistemas⁴⁰. A tales efectos, es preciso distinguir entre los distintos modelos de negocio, si bien ninguno de ellos suele darse en la práctica en su sentido más estricto:

1. *Los modelos de negocio cerrados*, que son aquellos en los que el propietario del sistema es el único que desarrolla los complementos compatibles con el principal. En estos supuestos, el producto sobre el que recae el poder de mercado está integrado por el «sistema central» y sus «complementos». Se entiende que este

⁴⁰ VVA, LE Europe, WIK-Consult, WIFO y GRIMALDI: Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021, p. 80.

mercado puede ser competitivo en los casos en los que el anticipo de tal circunstancia por parte de los consumidores sea posible, pudiendo éstos acudir previamente a otros ecosistemas distintos. Ello obliga al analista del mercado relevante no solo a tomar en consideración todos aquellos que ofrezcan productos sustituibles con los anteriormente presentados –pudiendo además ser de carácter abierto o cerrado–, sino a incluirlos dentro de sus límites.

2. *Los modelos de negocio abiertos*, que son aquellos en los que existe una gran variedad de proveedores de complementos compatibles, cuyo uso se puede dar a su vez en múltiples sistemas centrales. Estos modelos de negocio operan como intermediarios y tratan de captar al mayor número de usuarios posible. La competencia entre los proveedores es aquí evidente, y opera además en dos dimensiones: la de los complementos y la del sistema. Consecuentemente, son dos los mercados a definir: uno para los proveedores de los productos accesorios, y otro para los propietarios de los sistemas –el principal y los que se presenten como alternativos.
3. *Los modelos de negocio intermedios*, que son aquellos en los que los ecosistemas quedan abiertos respecto de los «complementadores» que venden los productos, pero la interoperabilidad entre los productos complementarios de distintos ecosistemas es nula o muy limitada. En estos casos, existe competencia entre los proveedores de los productos complementarios, pero el propietario del sistema es único. Ello hace que los productos secundarios solo tengan valor dentro del propio ecosistema y que, por lo tanto, sus proveedores solo compitan dentro de él. En estos casos se entiende que la definición más adecuada es aquella que toma el ecosistema como un único mercado. No obstante, si existe la sospecha de que uno de los proveedores tiene, dentro del propio ecosistema, cierto poder de mercado, se recomienda que la delimitación del mercado se destine a esos productos secundarios.

Cabe advertir que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace uso del término «mercados de conglomerados» para referirse a los mercados cuya competencia gira entorno al suministro de productos diferenciados, pero a su vez complementarios. Advirtió en 1963 que, si las complementariedades son de tal entidad que los consumidores no conciben su segregación como una alternativa a la compra de productos agrupados, la agrupación puede constituir un mercado propio⁴¹. Dicho de otro modo, la baja interoperabilidad entre los productos integrantes del ecosistema puede suponer la

⁴¹ The United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).

identificación de un mercado relevante distinto del constituido por los productos o servicios ajenos al mismo.

6.1.3. *La definición del mercado y el acceso a datos*

La incesante lucha por los servicios digitales para hacerse con los datos de los agentes que navegan por sus medios no es para nada desconocida. De hecho, son constantes sus solicitudes a los usuarios para poder llevar a cabo tal recopilación. Sin embargo, en toda lucha hay rivalidad y, consecuentemente, competencia. Tal y como reconoció la comisaria europea de consumidores Meglena Kuneva, «Internet es un servicio respaldado por publicidad y el desarrollo de marketing basado en perfiles y datos personales es lo que lo hace funcionar. Los datos personales son el nuevo petróleo de internet y la nueva moneda del mundo digital»⁴². La información se convierte así en un activo al servicio de aquellos que la posean, ofreciéndole una ventaja competitiva respecto a sus oponentes.

Independientemente de la tipología de los datos que se trate, su valor reside en la averiguación que de ellos pueda desprenderse y, lógicamente, del contexto en que se utilicen. Es mucho más sencillo que el usuario consuma si se le ofrece aquello que quiere o, cuanto menos, hay muchas probabilidades de que lo desee.

Como se ha insinuado con anterioridad, el acceso a los datos generará efectos competitivos cuando su obtención genere rivalidad. La exclusividad marca la ventaja y, en consecuencia, el poder. Nótese el privilegio detentado aquí por parte de los ecosistemas de múltiples productos, pues cuanta más cantidad de productos o dispositivos estén a manos del consumidor, mayor será la oportunidad del propietario de rastrear a sus usuarios y extender así sus bases de datos.

Relacionar el acceso a los datos, su interés económico y las concentraciones societarias no tiene especial complicación, pues toda unión de empresas trae consigo la fusión de los datos por ambas recopilados. Sin embargo, esta transferencia es comúnmente desatendida por parte de las autoridades en el análisis del mercado relevante. La mayoría de los países reconocen únicamente un mercado separado de datos cuando la información en cuestión es negociada —es decir, cuando se comercializan los datos de los usuarios—, pues de lo contrario la ausencia de un precio impide la aplicación del *SSNIP test*. No pretender un estudio alternativo al ya descartado es un error, pues en algunos casos, aunque los datos no se comercialicen, son intercambiados y económicamente relevantes. En consecuencia, es preciso atender toda transferencia de datos que incida en

⁴² KUNEVA M. «Keynote speech: Roundtable on online data collection, targeting and profiling». European Commission press corner, 2009, p. 2.

la definición del mercado de referencia, pues de lo contrario se ignorará un activo cuya consideración podría cambiar el resultado final del análisis.

6.1.4. *La definición del mercado relevante en el comercio electrónico*

La extensión del mercado como consecuencia del comercio electrónico es innegable. Más allá de permitir a los consumidores una mayor variedad, información y capacidad de comparación de los productos, faculta a elegirlos con independencia de la ubicación geográfica de su proveedor, restándole importancia a su nacionalidad y alcanzando un mayor nivel de globalización. La conectividad a la red opera, en este ámbito, como difusor del mercado concreto.

El comercio electrónico provoca la confluencia entre un mercado físico y otro *online*, y es precisamente en este punto donde reside la controversia protagonista de esta sección. La solución no puede obtenerse desde una óptica distinta a la del consumidor, pues serán sus preferencias las que determinen el nivel de sustituibilidad entre productos. A tales efectos, las cuestiones a través de las cuales se puede determinar el alcance de los mercados son las que siguen:

- *El precio.* Como en muchos otros puntos, la disparidad de criterios adoptados por las distintas autoridades nacionales es más que notable. Si bien hay países que abogan en este aspecto por la unidad de mercado –como Francia y Grecia–, otros resaltan la desigualdad entre los precios fijados en la red y los establecidos en los comercios físicos –como Polonia y Reino Unido. Debe estudiarse el supuesto concreto y, en función de él, determinar la sustituibilidad y la reacción del consumidor en el caso de que se produjera un eventual aumento del valor del producto en el mercado que se trate.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la política de descuentos de las empresas involucradas, pues no son inusuales las ofertas hacia aquellos clientes que, siendo frecuentes sus compras *online*, les permiten obtener productos en las correlativas tiendas físicas bajo condiciones más ventajosas de las aplicables a los clientes ocasionales. La *Competition and Markets Authority* del Reino Unido resalta, en su Comentario sobre concentraciones minoristas⁴³, la facilidad de los comercios que operan a través de internet –o de ambos canales– a la hora de recabar información sobre los hábitos de compra de sus clientes, pudiendo así ofrecerles las ventajas mencionadas y demostrando la dualidad de mercados.

⁴³ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, «Retail mergers commentary», Reino Unido, 2017, p. 27.

Por su parte, las Directrices polacas⁴⁴ subrayan la importancia de los gastos de envío y el ánimo que éstos provocan en el consumidor para demandar mayores cantidades de producto –o productos alternativos– para una mayor rentabilidad.

- *La calidad o el ajuste personal del producto.* Se ha considerado que, según las características del objeto de que se trate, los consumidores pueden preferir inspeccionarlos físicamente antes de proceder a su compra, lo que distinguiría claramente su mercado físico del digital.
- *La atención al cliente.* En este punto insisten reiteradamente las autoridades polaca, eslovaca y británica. Se ha considerado que los consumidores prefieren comprar ciertos productos en tiendas físicas por la capacidad de generar un mayor vínculo de confianza con el vendedor. Asimismo, entienden que el comercio *online* suele ir dirigido a la adquisición de marcas que son consideradas seguras, garantizando el servicio posventa o la resolución –o al menos la atención– de cualquier reclamación.
- *La entrega.* Este aspecto está relacionado con el ahorro de tiempo y la comodidad que se deriva de las compras *online*. Lógicamente, dependerá del producto y del tiempo en el que el comerciante se comprometa a entregarlo.
- *Los hábitos de consumo.* Hay supuestos en los que se considera que el comercio *online* es complementario al físico y que, por lo tanto, ambos mercados deben coexistir. Sin embargo, ha habido algunas autoridades que, en función del producto, han entendido que su distinción es necesaria por no ser ambos complementarios sino alternativos.
- *La estrategia de los competidores.* De nuevo, esta cuestión trata de averiguar si la apertura de tiendas físicas por parte de los minoristas que anteriormente operaban únicamente *online* genera la ampliación del mercado al físico o, por lo contrario, únicamente abarca el cibernético. La misma incógnita se presenta al revés, esto es, si una empresa física abre una página web y gestiona su negocio a través de Internet. ¿Genera ello una extensión automática del mercado relevante? Se ha considerado la existencia de elementos que abogan por la convergencia de canales y, a su vez, otros que hacen lo contrario. En este punto, deberá analizarse, no solo el producto de que se trate, sino también la estrategia seguida por los adversarios al extender su distribución a otros canales, pues la presión competitiva que ello puede generar es notable.

⁴⁴ OFFICE OF COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION, «Clarifications concerning the assessment by the president of UOKiK of the notified concentrations», Polonia.

El comercio electrónico supone una ampliación del mercado de referencia por el canal alternativo que presenta a los vendedores del producto. Como se ha comentado, esta posibilidad permite que los consumidores cuenten con una mayor variedad de oferta y se acorten las distancias. Sin embargo, ello no supone la ampliación del mercado de forma automática, pues es posible que el comercio concreto, pese a estar en la red, sea de carácter nacional, regional o incluso local. A título de ejemplo, un negocio puede limitar objetivamente la oferta de sus productos a través de una página web que bien solo permita su entrega en el propio país, bien se encuentre en una única lengua que, por su alcance, restrinja manifiestamente el acceso a los usuarios foráneos.

6.2. La innovación

Son dos las implicaciones prácticas del concepto de innovación: la creación de algo nuevo y la alteración de algo que ya existe, introduciendo en él avances. Nótese que la novedad está presente en ambos escenarios. El problema del presente epígrafe surge en relación con los sectores empresariales que desarrollan actividades de Investigación y Desarrollo o I+D, pues son los principales protagonistas en la búsqueda de la innovación y los futuros desarrolladores de productos «nuevos». ¿Cómo se define el mercado de un producto que aún no existe o no tiene traducción física? Son múltiples las dificultades que se anteponen a una posible respuesta, pues cabe tener en cuenta la incertidumbre que acompaña a todo proceso de innovación, los cambios inmediatos e imprevisibles que de ella pueden desprenderse y la complejidad que supone cuantificar el valor de la novedad.

La doctrina distingue, según la estructura y forma de innovación y el grado de desarrollo del producto, tres tipos de mercado:

1. *El mercado de la tecnología* en el que se sitúa el resultado de la innovación. Su objetivo es comercializar con la tecnología desarrollada. Este es el caso menos controvertido de los presentados, pues aquí el producto existe pese a ser intangible. Ello permite que se apliquen las técnicas tradicionales de la sustituibilidad, debiendo identificar las tecnologías que suplirían a la principal en el caso de que el precio de la correspondiente licencia⁴⁵ incrementara su precio de forma pequeña pero significativa y por un periodo de tiempo no transitorio.
2. *El mercado de futuro*. Se trata de aquél cuyo producto aún no existe –y por lo tanto no puede identificarse con ningún mercado–, pero hay presencia de una previsibilidad razonable por parte de las actividades de I+D que tratan de hacerlo real. Esta idea realza el ánimo preventivo por parte de las autoridades de

⁴⁵ Instrumento legal a través del cual se transfiere el derecho a hacer uso del derecho de propiedad intelectual que está vinculado a la tecnología cuyo uso o explotación se pretende.

competencia, tratando éstas bien de proteger a la competencia de un mercado que aún no existe, bien de vigilar la aparición de un nuevo mercado de producto.

Así, encontramos que el mercado de futuro puede proyectarse sobre un producto que ya existe –añadiendo innovación sobre él– o un elemento totalmente novedoso. Si bien es cierto que la aplicación de la sustituibilidad no es sencilla en ninguno de los casos, el primero de los supuestos permite que se tome de referencia el elemento sobre el que se parte para analizar con posterioridad a sus competidores.

Que un producto sea nuevo y mejor que aquél del que deriva no implica automáticamente que el mercado de referencia entre ambos sea común, aunque es cierto que, ante un pequeño pero significativo y no transitorio incremento del precio, los consumidores podrían preferir la versión anterior. Será esta decisión generalizada la que, al fin y al cabo, ponga precio al elemento innovador.

3. *El mercado de innovación.* A diferencia del punto anterior, éste se centra en las primeras etapas del proceso de innovación, evitando que se ejerzan restricciones competitivas por parte de las empresas que invierten de forma decidida y en una misma área en actividades de I+D. Hay autores que niegan la posibilidad de hacer en estos casos unas predicciones sobre futuros competidores, pues la insuficiencia del avance impide la identificación de la innovación y su correlativo impacto en el mercado. Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que las capacidades que adquieren las empresas involucradas en este tipo de procesos son más ágiles y flexibles en comparación con aquellas que no tratan de innovar y, por lo tanto, no sufren alteraciones y cambios constantes. Tal situación provoca, según sus defensores, una categorización de competidores distinta.

Una postura diferente a las anteriores aboga por considerar un mercado de innovación en aquellos casos en los que las investigaciones fruto de las actividades de I+D constituyan un nuevo mercado relevante de producto. De lo contrario, ello constituiría un mercado de futuro.

Nótese que la protección de la competencia que se pretende opera en todos los ámbitos del mercado, incluso en aquellos sectores en los que, por su naturaleza, no existe producto a definir. Es importante entender que, al fin y al cabo, es el inmenso desarrollo de la ciencia y de la tecnología el que genera que las leyes de competencia deban proteger incluso aquello que no se ve o, directamente, no existe.

La defensa de la competencia exige contar con unas directrices comunes y orientativas que guíen a las autoridades de los distintos Estados para definir el mercado relevante y evaluar operaciones susceptibles de romper el orden preestablecido es necesario y fundamental. Por ello, la nueva Comunicación además de anunciar los

criterios que la Comisión Europea seguirá en su delimitación, debería servir para orientar al resto de autoridades de la competencia nacionales en aquellas situaciones en las que, por falta de antecedentes o acuerdo, se sientan inseguras.

6.3. La definición del mercado geográfico

Más allá de la controversia generada por el fenómeno de la digitalización y la innovación, la disparidad de interpretaciones hace que los autores coincidan al afirmar la vaguedad de las consideraciones utilizadas por la Comunicación de 1997 para la definición del mercado geográfico, al que se define de la siguiente manera⁴⁶:

«El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas»⁴⁷.

La problemática de la definición reside en las «condiciones de competencia [...] homogéneas», pues, pese a ser el elemento clave para la delimitación del mercado geográfico, su concreción limita –o incluso distorsiona– su aplicación. Si se entiende que ese análisis se limita a los competidores efectivos de la empresa sobre la que recae la investigación, su alcance se limitará a los vendedores del producto en cuestión. Sin embargo, ello alejará al observador de los consumidores –que es precisamente en quienes se centra el estudio del mercado relevante de producto– y, consecuentemente, excluirá el uso de la técnica del *SSNIP test* para acoger otra que, a diferencia de la anterior, carece de concreción.

Algunos autores difieren de lo anterior y remarcan la importancia de los compradores en este punto. De hecho, la propia Comunicación utiliza el punto de vista del consumidor –quien a su vez le permite aplicar el *SSNIP test*– para decidir sobre la homogeneidad de las condiciones de competencia. No podría ser de otro modo, pues todo estudio de mercado que omita uno de sus protagonistas se verá limitado en su objetividad –o cuanto menos su integridad. Nos remitimos de nuevo al anterior epígrafe 5.3.2 para concluir que factores como «la fijación y las diferencias de precios» –segunda etapa de la definición del mercado geográfico– o «las particularidades de la demanda» –etapa tercera– no pueden determinarse sin tener en cuenta a la propia parte. Se entiende así que la interpretación de la doctrina que más encaja en un análisis coherente con los

⁴⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), página 2, párrafo 8.

⁴⁷ Definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 Hoffmann-La Roche.

mecanismos utilizados por la Comisión –o al menos no corre el riesgo de contradecirlos– es la que entiende que, pese a que la ratio de este estudio son las condiciones de la competencia, para su determinación se requerirá de la consideración de aquellos que no forman parte de ella, esto es, de los consumidores.

Se ha comentado, al tratar las «barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas» como método usado por la Comisión para la definición de este mercado, la influencia de los costes de transporte. La dimensión del mercado geográfico –en productos con una realidad física– y los costes de transporte aparejados a su distribución suelen estar relacionados e incluso ser –los gastos– proporcionales a la distancia a recorrer. La incertidumbre presentada por algunas autoridades y cuya aclaración se pretende en la revisión se centra en la consideración de factores que, si bien difieren de los costes propios del envío y la distribución, siguen estando relacionados con el transporte. Aspectos como la caducidad, el peso o la fragilidad del producto se tienen en cuenta especialmente por algunas directrices nacionales –como las de Letonia y Lituania. Esta cuestión no deja indiferente a la doctrina y, por ello, algunos autores⁴⁸ reclaman una aclaración al respecto.

Recuperando la explicación de la sustituibilidad del lado de la oferta contenida en el epígrafe 2.5 del presente texto, cabe advertir que su papel en la ampliación del mercado geográfico, del todo influyente. Su consideración queda sujeta, por un lado, a la presencia de la mayoría de los proveedores en distintas áreas geográficas y, por otro, a la posibilidad de cambiar ágilmente su oferta en el corto plazo. Si bien su uso supone la ampliación del mercado geográfico –pues contempla un mayor número de ofertantes–, actualmente no es un elemento que se tenga en cuenta por todas las autoridades. Es por la contundencia con la que se han pronunciado quienes lo entienden como un elemento definitorio por lo que los expertos debaten sobre su relevancia. De hecho, hay autores que defienden su importancia argumentando que, de no considerarse, podría restringirse el comportamiento de los proveedores que cumplen con los criterios mencionados⁴⁹.

Cabe advertir en este punto que, aun cuando la estimación de este elemento puede beneficiar el estudio que se pretende, su consideración no puede excluir la de la sustituibilidad del producto del lado de la demanda en la delimitación del mercado relevante de producto, pues de ser así podrían alcanzarse conclusiones erróneas. Al fin y al cabo, el hecho de que un proveedor pueda cambiar rápida y fácilmente la producción

⁴⁸ FLETCHER, A., LYONS, B., «Geographic Market Definition in European Commission Merger Control», en DG Comp, 2016, pp. 12-19.

⁴⁹ BISHOP, S., WALKER, M. «The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement». 3rd ed. Sweet & Maxwell, Mytholmroyd (UK), 2009.

de un producto a otro no implica necesariamente su automática sustituibilidad en las mismas condiciones de mercado. Por ello, aunque muchas voces abogan por utilizar este criterio únicamente en la definición del mercado geográfico –excluyéndolo así de la limitación del mercado de producto–, de contemplarlo en ambos escenarios deberá tenerse muy presente su alcance y complementariedad.

6.4. Las técnicas cuantitativas

Como se ha venido reiterando a lo largo del presente estudio, el método que mayormente se acepta en la definición del mercado relevante es el *SSNIP test*. Sin embargo, algunas autoridades han considerado que esta técnica es, dependiendo del escenario ante el que nos encontremos, algo imprecisa o poco fiable. El supuesto más destacado que ayudaría al analista a alcanzar el error es el de la *falacia del celofán*. El nombre de la paradoja se atribuyó a raíz del caso de los Estados Unidos contra DuPont⁵⁰, donde la empresa convenció al Tribunal Supremo de que el mercado de referencia abarcaba, no solo el celofán, sino todos los «materiales de empaquetados flexibles», por lo que se incluyeron aquí más tipos de papel de los que realmente debían conformar el ámbito de estudio. Tal ampliación surgió como consecuencia de la influencia que se observó que ejercía en el comportamiento de los consumidores el precio del producto principal. Se vio que, de darse el aumento que simula el *SSNIP test*, los consumidores abandonarían el celofán con rapidez. No entendió el Tribunal que tal situación se daría no por el gran nivel de sustituibilidad entre productos o el poco poder de mercado de la empresa, sino por todo lo contrario: DuPont contaba con una cuota de mercado tan alta que, de aumentar los precios tan elevados que ya había establecido, perdería su rentabilidad.

Es precisamente esto en lo que consiste la *falacia del celofán*: errar en la aplicación del test del monopolista hipotético por tener la empresa protagonista una posición dominante tal y fijar unos precios lo suficientemente altos como para que, en caso de aumentarlos, obtenga menos ganancias. La doctrina entiende que, para poder vencer a esta problemática es preciso aplicar el *SSNIP test* sobre el precio competitivo y no el prevaleciente del momento.

Cabe advertir que cabe la posibilidad de que suceda lo contrario a lo descrito, y que se produzca una *falacia del celofán* a la inversa. Ello supondría que, estando el precio

⁵⁰ United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

vigente a niveles inferiores al competitivo –por tratarse de precios predatorios⁵¹ (inferiores al coste de producción) o industrias reguladas–, el mercado de referencia que se dedujera fuera manifiestamente más estrecho del que realmente existiera.

Las posiciones que han abordado este asunto son múltiples y a su vez dispares. Mientras Francia aboga por utilizar métodos cuantitativos alternativos al del *SSNIP test*⁵², Reino Unido propone el cálculo del precio competitivo como solución, aunque admite la complejidad que de ello podría derivarse⁵³. Directrices como las de los Estados Unidos⁵⁴, pese a reconocer la problemática, no aportan orientación alguna sobre cómo proceder ante ella.

7. Conclusión

Según se desprende de cuanto se ha abordado en el presente estudio, la definición del mercado relevante no tiene solo un interés teórico, sino también eminentemente práctico, en materia de competencia. Tomando en consideración la importancia de la preservación del libre mercado y de la libre competencia, ejercer un buen control de las concentraciones es esencial. Sin ello, la destrucción del orden pretendido sería un riesgo real. Consecuentemente, es necesario que la autoridad o la jurisdicción competente cuente con mecanismos de evaluación que garanticen un grado de seguridad jurídica suficiente en el control del correcto funcionamiento del mercado en los casos que se le plantean. Ello pasa, como no puede ser de otro modo, por contar con unas directrices firmes y concretas, que alumbren el camino y diseñen una estrategia de estudio válida y eficaz para las diversas y variadas situaciones que, por el avance tecnológico sufrido a nivel mundial, puedan llegar a darse.

Según hemos podido constatar, la Comunicación de la Comisión que data de 1997 está desactualizada y el mercado exige su puesta al día. No se puede ignorar el enorme y trascendental impacto que ha tenido la digitalización y la innovación en el plano social y sobre todo económico, y es precisamente este nuevo paradigma el que requiere de una nueva publicación que tome en consideración la incidencia de estos factores.

⁵¹ Tal y como define técnicamente NICOLE ROLDÁN, Paula en «Precios predatorios» (Economipedia, 2016), los precios predatorios «consisten en una estrategia de precios que puede ser utilizada por una firma predominante en el mercado con el fin de eliminar a sus competidores y así asegurarse el monopolio del mercado. Se trata de reducir los precios por debajo del coste».

⁵² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, «Merger Control Guidelines of the Autorité de la concurrence», 2020, pp. 128-143.

⁵³ COMPETITION COMMISSION, «Guidelines for market investigations: their role, procedures, assessment and remedies», 2013, p. 32.

⁵⁴ US DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION, “Horizontal Merger Guidelines”, 2010.

En lo que respecta al primero de los aspectos tratados –la digitalización–, se ha remarcado la abundancia de mercados multifacéticos que, por su propia condición, desconcierta a los analistas. La disparidad de opiniones doctrinales impide un alcanzar una solución nítida sobre el mercado relevante, pues se desconoce aún cuántas caras del mercado deberían quedar incluidas en él. No solo debe tenerse en cuenta el tipo de mercado de que se trate –comercial o publicitario–, sino que en el segundo de los casos debe considerarse la posibilidad del precio cero, lo que genera un problema aún más agudo a la hora de utilizar técnicas como la del *SSNIP test*. Las alternativas propuestas son varias y, pese a que son bastante válidas, parece que ninguna acaba de convencer a la generalidad de los expertos. De optar por ellas, el estudio de este tipo de mercados se basaría en características como la calidad del producto –*SSNDQ test*– o el aumento de anuncios o datos que se demandan al consumidor –*SSNIC test*. Si bien algunas autoridades las han aplicado ya, su inclusión oficial en la Comunicación por parte de la Comisión las consolidaría y respaldaría su utilización en las condiciones que en su caso se determinen.

Cabe tener en cuenta que el uso de las plataformas intermediarias por parte de los usuarios va incrementándose de forma progresiva y exponencial en los últimos años, y en muchos casos son el origen de relaciones comerciales entre los integrantes de sus dos o múltiples lados. En otros, la ausencia de un precio determina la cesión –y la posterior comercialización– de los datos de los usuarios, generando así un activo para las otras caras del mercado. Asumir esta nueva forma de operar es crucial, pues carecerá de sentido cualquier revisión sobre la Comunicación que no tenga en cuenta la inteligencia artificial y los activos adicionales que derivan de la interacción de los usuarios en el mercado digital.

Otro elemento que se desprende de la digitalización y que ha tenido un impacto fundamental en el mercado es el comercio electrónico. No solo ha rediseñado la forma de dirigirse al mercado las empresas y comercializar sus productos o servicios, sino que ha alterado los hábitos y las preferencias de los consumidores. Nos encontramos con un mercado radicalmente distinto al que fue objeto de la Comunicación de 1997, generándose la creación de una dimensión alternativa a la física: la digital. Determinar la relación entre ambas realidades y aclarar el impacto que puede tener la una sobre la otra es esencial y, por ello, será otro aspecto a tener en cuenta en la revisión y posterior publicación de las nuevas directrices que contenga la Comunicación.

Como se ha comentado, el comercio electrónico ha traído como consecuencia la modernización de las técnicas de consumo, dejando un mercado totalmente distinto y mayor en extensión al previo a la digitalización. Pretender simular que las operaciones

comerciales de hoy funcionan igual que hace más de dos décadas es ingenuo y, ante todo, ineficiente, pues ello no deja otra cosa que un mercado desorientado que precisa de seguridad jurídica.

El cambio –o cuanto menos la flexibilización– de los parámetros utilizados para la definición del mercado de referencia es urgente. No se entendería que, ante el fenómeno de la digitalización, y la aparición y desarrollo del comercio electrónico y los mercados multifacéticos, los métodos para la definición del mercado relevante fueran los mismos que se empleaban antes de su nacimiento, en un contexto muy diferente al actual.

Si bien podría afirmarse que el desarrollo tecnológico experimentado a lo largo de los últimos años ha sido rápido, la pandemia ha acelerado aún más el proceso. Sus consecuencias han generado un aumento y una agilización del comercio electrónico y de la incidencia de la investigación que no podrán retroceder en el tiempo y que, por lo tanto, no pueden hacer más que mantener –si no agravar– las inseguridades aquí expuestas.

No adaptarse jurídicamente a los nuevos escenarios supone tener que convivir en ellos con la inestabilidad e incertidumbre que ello comporta. Como se ha señalado en la primera parte de este estudio, son muchas las ventajas que ofrecen las concentraciones económicas a sus interesados, y precisamente de ello se desprende que sean tantas las operaciones pretendidas de este tipo. Mantener la incertidumbre en los operadores económicos respecto de los criterios con los que se resolverá la operación económica que persiguen comporta un alto coste económico en las decisiones empresariales a la vez que desincentiva la recuperación y el progreso económico y las inversiones y transacciones empresariales en el territorio de la Unión Europea. Por ello, dar una respuesta clara y precisa a las inquietudes presentadas tanto por los países como por las autoridades y expertos es clave para alcanzar una homogeneización de los criterios que permita fortalecer el crecimiento económico. Con este fin, la revisión de la Comunicación deberá superar la incertidumbre y la falta de seguridad jurídica, abordando todas estas cuestiones que, aunque en la actualidad revistan la forma de avances, en el futuro serán la base del nuevo desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDEN, A. «A brief comparison of european and american antitrust law» en The Competition Law & Policy Guest Lecture Programme, 2005.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, «Merger Control Guidelines of the Autorité de la concurrence», 2020. Disponible en: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Lignes_directrices_concentrations_2020_EN_adlc.pdf
- BISHOP, S., WALKER, M. «The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement». 3rd ed. Sweet & Maxwell, Mytholmroyd (UK), 2009.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Case N° COMP/M.7217 Facebook/WhatsApp, 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Case N° IV/M.1013 - Shell UK/Gulf Oil (Great Britain), 1997. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1013_19971128_310_en.pdf
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA), «Retail mergers commentary», en GOV.UK, 2017, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/607524/retail-mergers-commentary.pdf
- COMPETITION COMMISSION, «Guidelines for market investigations: their role, procedures, assessment and remedies», 2013, Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf
- COMPETITION COMMITTEE OECD, «Policy Roundtables: Market Definition», 2012. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>
- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).
- Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones (2005/C 56/02).
- D'AMORE, M., MERCURI, P. «Elasticidad crítica y pérdida crítica en el análisis antitrust», en Spain documents, 2019. Disponible en: <https://fddocuments.es/document/elasticidad-critica-y-perdida-critica-en-el-analisis-1-elasticidad-critica.html?page=3>

- DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82(4) del Tratado de la Comunidad Económica Europea, actuales artículos 101 y 102(4) del TFUE, derogado por el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE).
- FILISTRUCCHI, L. «Market Definition in Multi-Sided Markets: Note by Dr Lapo Filistrucchi», Comité de Competencia de la OCDE, 2017. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)27/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)27/FINAL/en/pdf)
- FLETCHER, A., LYONS, B., «Geographic Market Definition in European Commission Merger Control», en DG Comp, 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/study_gmd.pdf
- GUTIÉRREZ, I., JORGE PADILLA, A. «La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales», en Anuario de la Competencia, 2001. Disponible en: <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/s/anuario/media/1636>
- HATZITASKOS, K., CARD, D., HOWELL, V. «Directrices sobre Técnicas Cuantitativas para el Análisis de la Competencia», en Compal. Disponible en: <https://unctad.compal.org/documento/directrices-tecnicas-cuantitativas-analisis-la-competencia/>
- Informe y propuesta de resolución de la CNMC del expediente C/0697/15 SECURITAS DIRECT -SEGUR CONTROL.
- Informe y propuesta de resolución de la CNMC del expediente C/1073/19 CARTAMUNDI-JARDEN.
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU), WORLD BANK (WB), «Approach to market definition in a digital platform environment», en Digital Regulation Platform, 2020. Disponible en: <https://digitalregulation.org/approach-to-market-definition-in-a-digital-platform-environment/>
- JACOBIDES, M.G., CENNAMO, C., GAWER, A. «Towards a theory of ecosystems», en Wiley Online Library, 2018. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/smj.2904>
- JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E. «Dificultades para la definición del mercado relevante», en el Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino, 2005. Disponible en: <https://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>
- JORGE PEDROSA, S. «Fusión vertical», en Economipedia, 2017. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/fusion-vertical.html>

- KUNEVA, M. «Keynote speech: Roundtable on online data collection, targeting and Profiling», en European Commission press corner, 2009. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- LIMA, J.L. «Aplicación de test de monopolista hipotético para definir mercado relevante», en Ventana de Análisis Económico, 2016. Disponible en: <http://ventanadeanaliseconomico.blogspot.com/2016/01/aplicacion-de-test-demonopolista.html>
- NICOLE ROLDÁN, P. «Ley de competencia», en Economipedia, 2017. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/ley-de-competencia.html>
- NICOLE ROLDÁN, P. «Libre competencia», en Economipedia, 2016. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/libre-competencia.html>
- NICOLE ROLDÁN, P. «Mercado de dos lados», en Economipedia, 2016. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/mercado-de-dos-lados.html>
- NICOLE ROLDÁN, P. «Poder de mercado», en Economipedia, 2016. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/poder-de-mercado.html>
- NICOLE ROLDÁN, P. «Precios predatorios» en Economipedia, 2016. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/precios-predatorios.html>
- NICOLE ROLDÁN, P., «Mercado libre», en Economipedia, 2017. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/mercado-libre.html>
- OECD, «Market definition», 2012. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/competition/Market definition2012.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/Market%20definition2012.pdf)
- OFFICE OF COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION, «Clarifications concerning the assessment by the president of UOKiK of the notified concentrations». Disponible en: https://uokik.gov.pl/merger_control.php
- OFICINA DE COMPETENCIA DE CANADÁ, «Merger Enforcement Guidelines», en *Government of Canada*, 2011. Disponible en: [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-e.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/$FILE/cb-meg-2011-e.pdf)
- ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. «Manual de Derecho de la Competencia», en TECNOS, 2008.
- PATAKYOVÁ, M., «Competition law in digital era: how to define the relevant market?», en EMAN, 2020. Disponible en: <https://eman-conference.org/wp-content/uploads/2020/10/EMAN.2020.171.pdf>

- PÉREZ, C. «El ecosistema de Apple: qué es, para qué sirve y ventajas», en Muy interesante, 2021. Disponible en: <https://www.muyinteresante.es/tecnologia/fotos/el-ecosistema-de-apple-que-es-para-que-sirve-y-ventajas-951609759414>
- Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»).
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, «Horizontal Merger Guidelines», 2010. Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>
- U.S. Supreme Court, «The United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963)», en Justia. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/321/>
- U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/>
- Valdani Vicari & Associati S.R.L., LE Europe, WIK-Consult, WIFO, Grimaldi Studio Legale, «Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», en Publications Office of the European Union, 2021.
- VICENTE, R.G. «Reglamento Comunitario sobre el Control de las Concentraciones», en *Ekonomiaz*, 1991, pp. 70-91.
- VIÑUALES FERREIRO, S., «Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones», en *La Administración al día*, 2016. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506343>
- WHISH, R., BAILWEY, D. «Competition Law». OUP Oxford, 10th ed., 2021.